HAL open science

L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes

Fanny Malhière, Aurélien Antoine, Jordane Arlettaz, Anne-Laure Cassard-Valembois, Miroslaw Granat, Ibrahim Kaboglu, Colombine Madelaine, Aurélia Schahmaneche, Marc Verdussen, Ruth Weber

To cite this version:

Fanny Malhière, Aurélien Antoine, Jordane Arlettaz, Anne-Laure Cassard-Valembois, Miroslaw Granat, et al.. L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit et Justice. 2017, pp.352. halshs-01568492

HAL Id: halshs-01568492

https://shs.hal.science/halshs-01568492v1

Submitted on 15 Dec 2023

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

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

Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes

« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice »

Responsable scientifique :

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Équipe de recherche :

Aurélien ANTOINE, Professeur à l'Université Jean-Monnet / Université de Lyon (CERCRID – UMR 5137)

Jordane ARLETTAZ, Professeur à l'Université de Montpellier (CERCOP)

Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS, Maître de Conférences HDR à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Miroslaw GRANAT, Professeur à l'Université de Varsovie et juge à la Cour constitutionnelle polonaise

Ibrahim KABOGLU, Professeur à l'Université de Marmara

Colombine MADELAINE, Maître de Conférences à l'Université François Rabelais de Tours (GERCIE, EA 2110)

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Aurélia SCHAHMANECHE, Maître de Conférences à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137 – IDEDH EA 3976)

Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université de Louvain (UCL), Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution (JUR-I – CRECO)

Ruth WEBER, Doctorante en co-tutelle à l'Université Albert-Ludwigs de Fribourg-en-Brisgau (Allemagne) et de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Assistante de recherche à l'Université de Friboug-en-Brisgau

Mai 2017

L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes

« Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice »

Responsable scientifique :

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Équipe de recherche :

Aurélien ANTOINE, Professeur à l'Université Jean-Monnet / Université de Lyon (CERCRID – UMR 5137)

Jordane ARLETTAZ, Professeur à l'Université de Montpellier (CERCOP)

Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS, Maître de Conférences HDR à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Miroslaw GRANAT, Professeur à l'Université de Varsovie et juge à la Cour constitutionnelle polonaise

Ibrahim KABOGLU, Professeur à l'Université de Marmara

Colombine MADELAINE, Maître de Conférences à l'Université François Rabelais de Tours (GERCIE, EA 2110)

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Aurélia SCHAHMANECHE, Maître de Conférences à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137 – IDEDH EA 3976)

Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université de Louvain (UCL), Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution (JUR-I – CRECO)

Ruth WEBER, Doctorante en co-tutelle à l'Université Albert-Ludwigs de Fribourg-en-Brisgau (Allemagne) et de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Assistance de recherche à l'Université de Fribourg-en-Brisgau

Mai 2017

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et justice – convention n° 15.05
Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Liste des principales abréviations

CCC : Cahiers du Conseil constitutionnel (France)

CEDH : Convention européenne des droits de l'homme

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme

Cons. Const. : Conseil constitutionnel (France)

JO : Journal officiel

LCCF : Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (Allemagne)

LF : Loi fondamentale

LSCC : Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle (Belgique)

RDP : Revue de droit public

RP : République de Pologne

RU : Royaume-Uni

TC : Tribunal constitutionnel

UE : Union européenne

QPC : Question prioritaire de constitutionnalité

SOMMAIRE

PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE - FANNY MALHIÈRE 1

RAPPORT COMPARATIF - FANNY MALHIÈRE 8

COUR CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE - RUTH WEBER 60

COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE - MARC VERDUSSEN 86

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL - JORDANE ARLETTAZ 112

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS - ANNE-LAURE CASSARD-VALEMBOIS 133

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE - JORDANE ARLETTAZ 184

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL POLONAIS - MIROSLAW GRANAT 201

COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI - AURÉLIEN ANTOINE 227

COUR CONSTITUTIONNELLE TURQUE - IBRAHIM Ö. KABOGLU 256

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - COLOMBINE MADELAINE ET AURÉLIA SCHAHMANECHE 280

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE 318

ANNEXES 325

TABLE DES MATIÈRES 342

PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE
-
Fanny MALHIÈRE

"Le fait de connaître la manière dont s'élaborent les décisions peut être un plus pour la démocratie."
Nicole Maestracci, Audition devant l'Assemblée nationale, 20 février 2013

Objet et enjeux de la recherche

La montée en puissance des cours constitutionnelles et européennes dans le processus de fabrication des normes, par leur activité d'interprétation - et de création – des normes suprêmes et leur pouvoir de contrôle, rend plus que jamais nécessaire la compréhension de leurs décisions. Le terme de décision désignant à la fois une action et son résultat, un processus et son aboutissement, la pleine compréhension - et acceptation - des décisions de justice ne peut se faire sans une connaissance précise de leur mode d'élaboration.

La présente étude vise précisément à décrire et à comparer les modes d'élaboration des décisions des juridictions constitutionnelles et européennes, compétentes pour assurer le respect des normes suprêmes. Cette recherche a pour ambition d'identifier les éléments communs, permettant de rapprocher ces juridictions, ainsi que les spécificités propres à chacune, invitant à les distinguer. Par l'observation et la confrontation des pratiques, il s'agit de montrer et d'expliquer les différences existantes entre ces cours et de déterminer si, derrière la diversité des traditions et des systèmes juridiques, il existe des points de convergence au travail des juges. L'analyse des facteurs et enjeux qui entourent l'élaboration des décisions permet de faire apparaître les canaux du dialogue plus ou moins étroit qui se développe entre les juges et de mesurer les rapprochements à l'œuvre, tels que l'harmonisation des procédures et la circulation des méthodes de jugement, qui sont des signes de l'émergence d'une culture constitutionnelle et juridictionnelle européenne.

Justification du champ de l'étude

Cette recherche associe des juristes français et étrangers spécialisés en contentieux constitutionnel et européen. Chaque membre de l'équipe a en charge l'étude d'une - ou de plusieurs - juridictions. L'étude porte sur les juridictions suivantes :

- Cour constitutionnelle allemande (Ruth Weber)
- Cour constitutionnelle belge (Marc Verdussen)
- Tribunal constitutionnel espagnol (Jordane Arlettaz)

- Conseil constitutionnel français (Anne-Laure Cassard-Valembois)
- Cour constitutionnelle italienne (Jordane Arlettaz)
- Tribunal constitutionnel polonais (Miroslaw Granat)
- Cour suprême du Royaume-Uni (Aurélien Antoine)
- Cour constitutionnelle turque (Ibrahim Kaboglu)
- Cour européenne des droits de l'homme (Colombine Madelaine et Aurélia Schahmaneche)

Le choix de ces juridictions permet d'englober différentes traditions juridiques (*common law* et *civil law*), différents systèmes juridiques (dualistes et monistes) et différentes cultures juridiques (propres à l'histoire de chaque cour et de chaque État) mais aussi de rendre compte du processus d'européanisation du droit et de la justice dans lequel sont intégrées l'ensemble de ces cours qui appartiennent au système conventionnel européen des droits de l'homme représenté par la Cour EDH. Il sera ainsi possible de montrer l'influence de ce système sur le rapprochement des modes d'élaboration des décisions rendues par les cours constitutionnelles des pays du continent européen, du Royaume-Uni à la Turquie dont les cours présentent à la fois les caractères de cour constitutionnelle et de cour européenne.

Méthodologie et déroulement de la recherche

L'originalité de cette étude repose sur une double approche :

Une **approche empirique** tirée de l'observation des pratiques et du retour d'expérience des acteurs juridictionnels (juges, assistants, greffiers…). Cette étude expérimentale a été conduite par les membres du groupe de travail à partir d'entretiens semi-directifs sur la base d'un questionnaire commun (v. annexe 1). Il s'agissait notamment de faire ressortir les contraintes matérielles et institutionnelles qui déterminent le choix du processus décisionnel, les divers facteurs (juridiques, politiques, sociologiques, psychologiques) qui influencent les juges dans l'exercice de leur fonction. Ce dialogue entre universitaires et praticiens a été complété par les connaissances scientifiques et l'expertise de chacun, la lecture de travaux doctrinaux et les données fournies par les juridictions via les sites internet des cours. L'objectif visé était de faire ressortir les éléments caractéristiques de l'élaboration des décisions.

Une **approche comparative** consistant à confronter les informations relevées pour chaque juridiction et à identifier les points de convergence, de divergence ou de résistances entre ces juridictions. Par ce travail de comparaison, nous avons tenté de dégager sur chacun des aspects étudiés des critères permettant de distinguer les juridictions (tradition juridique, structure interne, nature du contrôle...) et d'identifier leur impact sur le mode d'élaboration des décisions rendues. L'objectif recherché était d'établir une typologie des modes d'élaboration des décisions et des juridictions.

Le déroulement de la recherche s'est heurtée à **plusieurs difficultés** liées à l'objet d'étude, tenant à la fois à son étendue et à sa complexité, ainsi qu'à la méthode de travail,

basée sur les témoignages des principaux acteurs de l'élaboration des décisions.

- Une première *phase préparatoire* entamée dès 2014 a permis de préciser l'objet de l'étude et la méthode de travail. Un cadre commun a été défini pour mener les entretiens auprès des différents membres des juridictions étudiées. Lors de cette phase de cadrage, le premier défi résidait dans la délimitation du champ de l'étude. « L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes » : vaste sujet qui invite à s'intéresser à la fois à l'organe juridictionnel, à sa composition et au profil de ses membres ainsi qu'à leur statut et à leurs rapports, à son organisation interne, à sa saisine, à la procédure suivie et aux garanties qui s'y rattachent, aux méthodes de travail, aux techniques de contrôle, aux sources d'inspiration, aux habitudes rédactionnelles…etc. En effet, tous ces éléments participent à l'élaboration des décisions rendues et permettent d'en comprendre tant la forme que le contenu.

La question de l'élaboration des décisions impose de faire la distinction mais aussi le lien entre ce qui relève du processus de décision, de la façon dont se construit progressivement la décision, et son aboutissement, à savoir l'acte finalement rendu. Cette recherche porte donc sur l'acte de juger à la fois en tant qu'action et en tant que résultat. Elle a pour objet l'ensemble des opérations matérielles et intellectuelles qui précèdent et conditionnent les décisions rendues. De la saisine du juge jusqu'à la décision rendue, le processus juridictionnel forme un ensemble complexe dans lequel les éléments semblent liés les uns aux autres et forment un tout. Présente dès le début de la recherche, cette intuition justifie l'intérêt et l'étendue de l'objet d'étude. Elle sera confirmée par les résultats issus de la comparaison des systèmes qui montrent l'indissociabilité entre certains éléments (par exemple entre le délai de jugement et l'organisation de la collégialité, ou entre l'effet de la décision et l'étendue du contrôle). Après avoir listé l'ensemble des aspects qui interviennent dans l'élaboration des décisions (modalités de saisine, organisation de la juridiction, caractères du contrôle, déroulement de l'instruction et du délibéré…), a naturellement surgi la question de l'impact de chacun de ses éléments sur la décision rendue. La présente recherche vise précisément à essayer de repérer quels sont les éléments et facteurs déterminants qui pèsent sur les décisions rendues par les juridictions suprêmes. Mais nous verrons que ce repérage s'avère parfois délicat (v. ci-dessous les développements concernant la phase expérimentale).

Enfin, la délimitation du sujet imposait aussi de trancher la question du champ des décisions faisant l'objet de l'étude : fallait-il englober toutes les décisions rendues par les juridictions ou au contraire se limiter à certaines d'entre elles ? Pour ce faire, deux critères étaient envisageables : le critère formel et le critère matériel. Concernant la forme des décisions, il a immédiatement été décidé d'exclure les avis pour ne retenir que les décisions de type « juridictionnel ». Ensuite, s'est posée la question du type de décision. Fallait-il se limiter aux décisions rendues au fond ou bien inclure également les décisions de non-admission, d'irrecevabilité et les décisions rendues en urgence qui sont prises selon un mode d'élaboration spécifique ou qui ne donnent pas lieu à une publication ? Il a été décidé d'intégrer ces décisions en raison de leur importance quantitative (ces décisions représentant

plus de 70% des décisions dans certaines cours) et de l'enjeu qu'elles représentent au regard du processus d'élaboration. En effet elles obéissent bien souvent à un processus spécifique. Comment les juridictions gèrent-elle la masse contentieuse des affaires qui leur sont soumises ? Quel est l'impact du chiffre sur l'élaboration des décisions ? Ces questions semblent essentielles pour comprendre la façon dont les juridictions s'organisent pour répondre aux défis de l'efficacité et de la qualité de la justice.
Concernant le contenu des décisions, la question s'est posée de savoir s'il fallait retenir le plus petit dénominateur commun aux différentes juridictions en limitant le champ des décisions étudiées à celles intéressant la garantie des droits. Or, le contentieux relatif au fonctionnement des pouvoirs publics (répartition tant verticale qu'horizontale des compétences) constitue un élément essentiel du contentieux constitutionnel et européen qui n'est pas toujours facilement détachable de la question des droits fondamentaux. En outre, l'étude a révélé que ces deux contentieux obéissent à des procédures d'élaboration parfois distinctes (ils ne relèvent notamment pas toujours des mêmes formations de jugement). En revanche, il a été convenu d'exclure les contentieux périphériques (contentieux électoral, contentieux des partis politiques, responsabilité pénale des ministres…) qui apparaissent trop spécifiques et ne relèvent pas toujours des juridictions étudiées (en raison de leur diversité quant à leur nature : cour constitutionnelle, cour suprême, cour européenne).

- Une *phase expérimentale* conduite en 2015 a consisté pour chaque membre de l'équipe à prendre contact avec des membres de sa juridiction d'étude et à mener une série d'entretiens semi-directifs auprès des principaux acteurs du processus juridictionnel (juges, assistants, membres des services) à partir d'un questionnaire élaboré en commun qui a été adapté par chacun aux spécificités de la juridiction concerné. Ce travail d'enquête s'est parfois heurté à des obstacles concernant l'accès au terrain. En effet, plusieurs membres de l'équipe ont rencontré des difficultés pour établir un contact et réaliser des entretiens avec les professionnels (en Espagne, en Italie, en Turquie mais aussi en France). Indépendantes de la volonté des membres de l'équipe, ces difficultés sont dues à des évènements imprévus survenus au cours de la recherche (décès d'un juge en Espagne, changements affectant la composition de la juridiction en Turquie et en France, tensions politiques qui ont traversé certains pays, en Turquie et en Pologne notamment). Si certains professionnels se sont montrés très intéressés et ouverts à la discussion, d'autres représentants des juridictions ont montré une certaine réticence à aborder le sujet – visiblement sensible - de notre recherche, ce qui peut s'expliquer soit par une volonté de garder une certaine distance avec la doctrine, soit par indifférence ou par méfiance envers cette dernière. S'agissant du cas particulier de la France, de telles réticences peuvent s'expliquer par la composition politique du Conseil constitutionnel - qui tranche avec certaines cours constitutionnelles dans laquelle la doctrine est très présente, par exemple en Allemagne ou en Pologne – ou par des changements en cours concernant l'élaboration de ses décisions – suite au renouvellement de ses membres. Force est de constater que certains acteurs ont une parole beaucoup plus libre que d'autres (c'est évidemment le cas des anciens membres mais on peut également distinguer parmi les

membres en fonction, notamment entre les juges et les assistants, la liberté de parole des uns et des autres pouvant varier selon les juridictions en raison non seulement du statut de chacun mais aussi de l'organisation de la juridiction et de la collégialité). Ces variations peuvent sans doute également être reliées à la culture judiciaire (la méfiance envers les juges dans certains pays est de nature à cultiver le secret là où d'autres juridictions ont au contraire bâti leur légitimité sur l'ouverture et le dialogue) et au profil et à la personnalité de chaque juge (les magistrats et les universitaires sont apparus plus sensibles et ouverts que les politiques à l'objet de notre recherche). Nous avons pu surmonter ces difficultés en contactant directement certains membres ou anciens membres des juridictions sans passer par le filtre hiérarchique, en s'appuyant sur des sources existantes et sur les connaissances et l'expertise des membres de l'équipe. Mais ces difficultés sont de nature à expliquer certaines disparités existantes entre les rapports concernant les différentes juridictions. De plus, les entretiens ont parfois fait apparaître des positions divergentes de la part des acteurs. Ces divergences peuvent parfois s'expliquer par la position spécifique des acteurs et ainsi révéler la complexité des rapports entre ces derniers (par exemple entre les services et les juges). Elles montrent également la nécessité de croiser les approches et de garder une certaine distance vis-à-vis des opinions affirmées par les acteurs pour garantir l'objectivité de la recherche.

- Une dernière *phase restitutive* a été ouverte avec la remise par chacun des membres de l'équipe d'un compte rendu écrit qui a servi de base de préparation et de discussion au séminaire de travail qui s'est tenu fin 2015. Cette réunion a permis de faire le bilan des recherches effectuées par chacun, des difficultés rencontrées lors de la phase expérimentale et de resserrer l'objet de l'étude.

La synthèse des entretiens et la comparaison des résultats nous ont conduits à la conclusion qu'il est difficile de mesurer et de systématiser l'impact de certains éléments. Si notre étude ambitionne d'analyser une activité humaine complexe, nécessairement soumise à la subjectivité des acteurs (v. *supra*), le résultat de ce travail doit être présenté avec humilité. Nous avons ainsi fait le choix de nous détacher d'un certain nombre de facteurs qui nous sont apparus trop délicats à appréhender. Tout d'abord, l'influence des orientations personnelles des juges (idéologiques ou sociologiques), difficile à déceler sur la base d'un nombre assez réduit d'entretiens, peut être gommée et doit être nuancée par le caractère collégial de la prise de décision. Par ailleurs, la multiplicité des facteurs qui peuvent peser sur la décision rendue (qualité et objet de la saisine, contexte, contraintes multiples, profil des juges...) invite à retenir une vision empreinte de pragmatisme. Dès lors, il est apparu plus raisonnable de faire abstraction de certaines données psychologiques ou sociologiques très relatives et conjoncturelles selon la juridiction et l'époque pour concentrer l'analyse sur les éléments structurels qui ont un impact tangible sur le processus de décision. Notre profil de juristes explique certainement et justifie raisonnablement ce choix. Des études sociologiques ou psychologiques plus poussées mériteraient de compléter cette approche qui se veut à la fois descriptive et explicative.

Ces interrogations suscitées par les premiers résultats de la recherche nous ont

conduits à recentrer la problématique sur *"les éléments du processus d'élaboration ayant un impact mesurable sur la décision ainsi que les points de convergence et de divergence dans l'évolution des méthodes de travail des cours constitutionnelles et européennes"*. C'est sur la base de cette problématique et d'un questionnaire précisé (v. annexe 1) que chacun des membres du groupe de travail a pu resserrer la description du processus décisionnel au sein de sa juridiction d'étude. C'est sur la base de ces rapports par juridiction qu'a été élaboré le rapport comparatif qui vise à faire une synthèse des différentes pratiques et à dégager certaines tendances dans l'évolution de ces pratiques. La confrontation des résultats obtenus dans ces pré-rapports a permis d'identifier certains points de convergence et de divergence sur lesquels la comparaison méritait d'être approfondie. Les résultats de cette comparaison ont pu être éprouvés et affinés par un échange transversal entre l'équipe de recherche et certaines personnalités extérieures, membres ou anciens membres des juridictions étudiées, invitées à participer à un séminaire de travail qui s'est déroulé les 1er et 2 décembre 2016. Ce séminaire, organisé sous la forme d'ateliers thématiques, a permis aux participants d'échanger librement sur un certain nombre de questions préalablement définies en vue d'approfondir certains aspects du processus de décision et de confronter les différentes pratiques en la matière (v. programme en annexe 2). Ces regards croisés nous ont permis de préciser et d'éclairer la comparaison sur des points qui nous semblaient essentiels.

Présentation des résultats de la recherche

Compte tenu de l'ambition comparative et descriptive de la recherche, les résultats sont retranscrits à travers deux parties. La première repose sur le rapport comparatif qui fait la synthèse des rapports concernant les différentes cours constitutionnelles présentés dans une seconde partie. Ces résultats sont également présentés à travers plusieurs tableaux figurant en annexe (v. annexe 3) qui permettent de comparer les données recueillies concernant l'ensemble des juridictions sur certains aspects caractéristiques et spécifiques de l'élaboration des décisions.

La présentation par juridiction permet une meilleure connaissance de chaque système qui ne peut être compris que dans son contexte. Ces rapports individuels ont été réalisés par les différents membres de l'équipe à partir de sources multiples (connaissances académiques, données fournies par les juridictions…) et surtout à partir des entretiens réalisés auprès des membres de la juridiction en suivant la trame commune qui ressort du questionnaire axé sur les éléments essentiels du processus de décision. Ces rapports permettent ainsi de faire ressortir les caractères spécifiques propres à chaque cour et les évolutions des pratiques. Ils constituent la source principale du rapport comparatif issu du croisement des données recueillies pour chaque système.

Le rapport comparatif s'est également inspiré des échanges entre les membres de l'équipe lors de nos différentes rencontres (notamment celle du 6 juin 2016 ayant eu pour objet de confronter les résultats de nos recherches) et les praticiens invités pour discuter de

certains points de comparaison lors du séminaire des 1er et 2 décembre 2016 précité (v. annexe 2). Il s'attache non seulement à croiser les données recueillies mais aussi à formuler des conclusions transversales visant à répondre à la problématique retenue. Rappelons que l'objectif de la comparaison était de déterminer s'il existe un standard commun aux juridictions constitutionnelles et européennes concernant l'élaboration de leurs décisions ou à tout le moins des points de convergence. En ce sens, nous avons pu repérer certaines tendances dans l'évolution des pratiques des cours dans le sens d'un rapprochement. Néanmoins, d'importantes différences demeurent entre les pratiques des juridictions et sont également mises en évidence dans ce rapport.

RAPPORT COMPARATIF

-

Fanny MALHIÈRE

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne

Le plan choisi pour rendre compte de cette étude est celui qui a été dégagé collectivement par les membres de l'équipe au moment de la discussion autour des aspects essentiels de l'élaboration des décisions. Lors de cet échange, il nous est apparu que ce processus pouvait être comparé à un chantier organisé autour de trois éléments structurants : les matériaux utilisés, les artisans mobilisés et l'ouvrage réalisé.

Le croisement des données recensées pour les juridictions faisant l'objet de l'étude permet de formuler les conclusions suivantes :

- S'agissant d'une part des matériaux, on constate globalement une certaine unité dans les sources mobilisées par les juges, malgré des différences dans les techniques utilisées et dans les pouvoirs qu'ils se reconnaissent. Dans l'ensemble des cours, c'est tout d'abord la diversité de ces sources formelles (officielles) et matérielles (officieuses), juridiques (écrites, jurisprudentielles, doctrinales) comme extra-juridiques (données économiques, opinions politiques, considérations sociales…), qui ressort des entretiens. Depuis une vingtaine d'années, c'est également l'enrichissement de ces sources par le recours aux droits étrangers et européens qui marque l'évolution convergente des cours. Sous l'influence de l'européanisation du droit et de la construction de l'Europe des juges, les juridictions constitutionnelles et européennes s'inspirent réciproquement des solutions et des méthodes dégagées par leurs homologues. Mais la question des sources n'épuise pas celle des matériaux. La décision et son processus d'élaboration sont déterminés par la saisine qui déclenche le contrôle du juge, les éléments et les arguments qui vont être échangés devant lui entre les parties, éventuellement les avis qui vont être sollicités…etc. Là encore, la comparaison permet de faire apparaître certains points de convergence, dans les principes et les pouvoirs qui guident l'instruction et dans la marge de liberté du juge face au cadre fixé par la saisine. Au-delà de la diversité de ces matériaux et des spécificités propres à chaque cours, ce qui ressort de l'observation des pratiques est la fonction ambivalente de ces matériaux qui constituent à la fois une contrainte et une ressource dans l'élaboration des décisions (I).

- Concernant d'autre part les artisans du processus juridictionnel, ils jouent incontestablement un rôle essentiel dans le travail de construction de la décision. Mais qui sont précisément ces artisans ? Notre travail a tout d'abord consisté à identifier les différents acteurs au sein de chacun des juridictions et à analyser la répartition des rôles et la nature des

rapports entre eux afin de mesurer l'apport respectif de chacun à l'élaboration des décisions. La confrontation des résultats a permis de mettre en exergue la diversité des relations entre ces différents acteurs, indépendamment du statut de chacun. Par ailleurs, l'étude a permis de montrer également l'importance du dialogue qui se noue entre la juridiction et les acteurs du procès extérieurs à la juridiction. Nous avons choisi de nous intéresser notamment aux parties et aux tiers dont les interventions devant les juridictions sont plus ou moins formalisées et intenses selon les cours. Pour rendre compte de l'impact de ces relations internes et externes sur le processus décisionnel, nous nous sommes focalisés sur la question de l'apport et des rapports respectifs de ces différents acteurs (II).

- Concernant enfin l'œuvre produite, l'observation des pratiques des différentes cours constitutionnelles et européennes montrent, malgré certaines constantes et quelques rapprochements, une grande diversité selon les contentieux, la formation de jugement mais aussi entre les cours, aussi bien dans l'arrêt de la décision que dans sa présentation. Ces différences sont liées à la façon dont s'exerce la collégialité, à la culture juridique et au profil des juges ainsi qu'à leurs méthodes de travail. Façonnées par leur mode d'élaboration, les décisions sont à la fois le résultat et la représentation de ce processus (III).

I. LES MATÉRIAUX : CONTRAINTES ET RESSOURCES DE L'ÉLABORATION DES DÉCISIONS

Parmi les objectifs de cette étude, il s'agissait d'identifier les différents matériaux utilisés par les juges et de déterminer l'importance accordée à chacun d'entre eux dans le processus décisionnel. Au terme de cette recherche, il apparaît que l'ensemble des matériaux constituent à la fois une contrainte et une ressource pour les juges. Nous avons pu le constater en examinant le parcours des requêtes soumises aux juges. En premier lieu, la nature et la formulation du recours lient le juge et déterminent son traitement (A). Ensuite, la procédure contradictoire impose l'échange des arguments entre les parties mais aussi les tiers et vient éclairer les juges (B). Enfin, les sources du droit inspirent autant qu'elles pèsent de manière variable sur la prise de décision (C).

A) LES RECOURS ET LEUR TRAITEMENT PAR LE JUGE

La requête constitue le matériau fondamental de l'élaboration des décisions qui prédétermine le cadre du contrôle exercé par le juge. Le volume des saisines est également un facteur déterminant du processus décisionnel. L'importance du flux contentieux devant chaque juridiction influe en effet sur le traitement des recours.

Pour commencer, il a d'abord fallu recenser les différents recours possibles devant les juridictions étudiées (1). Cette présentation des différents contentieux ouverts devant les juridictions constitutionnelles et européennes permet d'établir une typologie des modes de contrôle en fonction des autorités de saisine (v. tableau n° 1 en annexe 3). Se pose ensuite la question des procédures de filtrage mises en place pour traiter la masse des recours. L'étude

des modalités de filtrage (2) permet de distinguer plusieurs systèmes selon les juridictions et selon le type de recours (v. tableau n° 2 en annexe 3). Enfin, une fois le recours admis, son examen par le juge conduit à envisager les pouvoirs du juge par rapport à la requête (3) en vue de l'élaboration de la décision (v. tableau n° 3 en annexe 3).

1) Les différents types de recours

Devant les cours constitutionnelles et européennes, on recense trois types de recours selon le mode de saisine :

- *Le recours de type institutionnel*, actionné par les requérants politiques. Ce recours peut être introduit par les autorités centrales, autorités exécutives telles que le Président ou le chef de Gouvernement, autorités législatives - les présidents des assemblées ou une partie de leurs membres (Turquie), les États devant la Cour EDH, autorités exerçant la mission de Défenseur du peuple (cas en Espagne et en Pologne), ou par des autorités locales comme le gouvernement d'une région (cas en Italie, en Espagne) ou les assemblées délibérantes des collectivités territoriales (en Pologne), les autorités représentant les organisations professionnelles ou confessionnelles (cas particulier de la Pologne). Ce type de recours déclenche un contentieux objectif - qui vise la préservation de l'ordre juridique - et implique généralement un contrôle abstrait – de norme à norme.

- *Le recours individuel*, exercé directement par une personne physique ou morale, qui induit un contrôle soit concret (en Belgique, au Royaume-Uni, en Pologne, en Turquie ainsi que devant la Cour EDH) soit abstrait (en Espagne). La nature abstraite ou concrète peut parfois varier selon l'acte contesté (en Allemagne selon qu'il s'agit d'une décision individuelle ou d'une loi générale bien que ce dernier cas soit assez rare).

- *Le renvoi préjudiciel*, opéré par une juridiction pour demander à la Cour de se prononcer sur une question précise accessoire de la résolution d'un litige en cours devant elle. Ce type de recours peut appeler un contrôle plutôt abstrait (France, Allemagne, Espagne) ou plutôt concret (Belgique, Italie, Turquie) selon le degré de connexion établi entre la question posée et les faits du litige à l'occasion duquel elle a été posée (v. *infra, III. B.*) et selon l'objectif poursuivi, la protection des droits subjectifs ou la préservation de l'ordre juridique.

À noter que la saisine d'office du juge n'est pas admise (possibilité abandonnée par la Pologne en 1997).

2) Les modalités de filtrage

La question du filtrage des saisines est une question essentielle qui se pose dans la

plupart des juridictions étudiées. Cette question s'inscrit dans celle de la régulation de l'accès aux juridictions suprêmes, notamment constitutionnelles et européennes, qui constitue une préoccupation qui s'est amplifiée ces dernières années avec l'accroissement du volume contentieux[1]. Ce phénomène est particulièrement criant devant certaines cours (en Allemagne, en Espagne ou encore devant la Cour européenne des droits de l'homme) où des réformes récentes ont été introduites pour permettre un filtrage plus efficace des recours (qui se traduit par un durcissement des conditions de recevabilité ou par une rationalisation de la procédure de filtrage). Si certaines juridictions ont jusqu'ici été épargnées par cette question (c'est le cas du Conseil Constitutionnel français), c'est en raison du faible nombre de saisines (bien qu'il ait considérablement augmenté depuis l'entrée en vigueur de la QPC en 2010) et de l'externalisation de cette compétence au profit d'autres juridictions (les juridictions de renvoi dans le cadre de la procédure de QPC).

Avant d'envisager les différentes modalités de la régulation de l'accès aux cours, il convient de préciser ce qu'il faut entendre par filtrage : il s'agit d'une **étape préliminaire de la procédure, d'une phase première du processus décisionnel[2] lors de laquelle il est procédé à un tri entre les recours déposés devant la juridiction, pour permettre de rejeter rapidement certains recours considérés comme non recevables ou non fondés, en vue de se concentrer sur les recours jugés les plus sérieux ou les questions considérées comme les plus importantes.**

Cet examen préalable des recours vise à éviter l'encombrement du prétoire et à réguler les flux contentieux. Le filtrage répond ainsi à une préoccupation de bonne administration de la justice que l'on retrouve dans toutes les juridictions suprêmes. Cette question se pose avec une acuité particulière devant les cours constitutionnelles et européennes qui ont une mission normative suprême[3]. Elle se pose évidemment de manière différente en fonction du nombre de recours qu'elles ont à traiter et donc en fonction des contentieux ouverts devant elles. Elle ne se pose pas de la même manière selon le type de recours et selon l'identité du requérant, elle concerne surtout le recours individuel. En effet, le succès rencontré par ce type de recours a conduit les cours à revoir et à adapter les modalités de traitement et de tri de ces recours et à préciser les conditions de recevabilité. Ces éléments posent également la question de l'accès au juge et du respect des garanties procédurales qui font la qualité de la justice.

---

[1] V. le rapport du Club des juristes sur *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, octobre 2014 http://www.leclubdesjuristes.com/wp-content/uploads/2014/10/CDJ_Rapports-2014_Cours-supr%c3%aames_Oct.2014_Web.pdf.

[2] Ce qui justifie son intégration dans le cadre de notre étude.

[3] En ce sens, v. notamment P. Maffei, « Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes, des cours constitutionnelles et des cours internationales », Atelier « Justice et élaboration de la norme » dans le cadre du colloque de l'AHJUCAF sur Justice et Etat de droit, 17 et 18 novembre 2014.

Force est de constater que la sélection des requêtes est très variable selon les juridictions et selon le type de recours. On peut identifier plusieurs systèmes en fonction de l'organe en charge du filtrage (a) et des critères posés à cette fin (b). Dans le cadre de cette phase préliminaire, les contraintes tenant à la procédure et la forme des décisions rendues sont allégées et adaptées selon les cas soumis (c).

a) L'organe de filtrage

L'exercice du filtrage est confié soit à la juridiction elle-même, soit aux juges de renvoi dans le cadre de saisine par voie incidente.

- soit à une formation spécifique (restreinte) de la Cour : c'est le cas le plus fréquent. Cette formation spécifique est une formation restreinte de trois juges en principe. C'est le cas en Espagne, en Belgique, au Royaume-Uni, en Allemagne, en Pologne (même si la loi du 30 novembre 2016 a confié cette compétence à une formation de juge unique, la décision de refus peut être contestée devant une formation à 3 juges). En Turquie, ce sont les commissions composées de deux membres qui sont chargées de se prononcer sur la recevabilité des recours individuels. En cas de désaccord entre les deux membres composant la commission, l'affaire est transmise à la section, formation de jugement ordinaire de 7 juges. Cette possibilité de renvoi devant une formation plus importante est organisée dans d'autres cours, en Espagne si deux juges au moins se prononcent pour la recevabilité. A la Cour européenne des droits de l'homme, c'est un juge unique et non plus un comité de trois juges qui est en charge du filtrage depuis l'entrée en vigueur du protocole 14 en 2010. Celui-ci peut toutefois se dessaisir de l'affaire en cas de doute au profit du comité de trois juges ou de la chambre de sept juges.
- soit à la formation de jugement elle-même : c'est le cas en Belgique, ainsi que devant la Cour européenne des droits de l'homme, si l'irrecevabilité du recours n'est pas manifeste. On notera que c'était également le cas en Espagne avant la réforme de la loi organique de 2007 qui a confié cette compétence aux sections.
- soit aux services de la Cour et notamment au greffe. C'est le cas au sein de la Cour EDH (avec la mise en place d'une section de filtrage en 2011, chargée de l'instruction des requêtes dirigées contre les pays les plus gros pourvoyeurs de requêtes et de développer des méthodes de travail efficaces vouées, à terme, à être utilisée par toutes les sections) et de la Cour suprême du Royaume-Uni (avec la possibilité de contester les décisions d'irrecevabilité devant un juge unique au sein de cette dernière). Ce n'est pas le cas en Allemagne où le greffe se contente d'orienter les saisines vers la formation de jugement adéquate, sans se prononcer sur l'issue à lui donner.
- enfin le filtrage des questions constitutionnelles est parfois confié aux juges de renvoi. C'est le cas en France avec un système de double filtrage des QPC mis en

place en 2008 - double filtre exercé par les juridictions du fond et par les juridictions suprêmes (exception faite des QPC posées directement devant le Conseil constitutionnel en tant que juge électoral). C'est également le cas en Italie dans le cadre de la « question incidente de légitimité constitutionnelle » soulevée dans le cadre du procès au fond. S'il n'existe pas de système de double filtrage comme en France, la Cour constitutionnelle italienne exerce un contrôle particulièrement poussé du filtrage opéré par les juges du fond pour diminuer le nombre de questions présentées devant elle. A l'inverse, certaines Cours peuvent admettre le recours alors que les juges du fond l'ont refusé. C'est le cas au Royaume-Uni où la Cour suprême peut se prononcer elle-même sur la saisine si la cour inférieure a refusé l'appel (*permission of appeal* en principe nécessaire mais non requise dans le contentieux de la dévolution) et en Allemagne où le refus de renvoi du juge ordinaire peut être contesté devant la Cour constitutionnelle par le biais d'un recours constitutionnel sur le fondement du droit au juge (ainsi que cela a été jugé par la Cour en 2014). Ce système permet à la juridiction de garder une certaine maîtrise sur le filtrage des questions constitutionnelles et d'éviter le risque de barrage par les juges ordinaires qui substitueraient leur appréciation à celles des juges constitutionnels en exerçant un contrôle trop poussé des questions constitutionnelles qui leur sont soumises. Ce n'est pas le choix qui a été fait en France lors de la mise en place de la QPC en 2008 puisque le constituant a expressément prévu que les décisions rendues par les juges de renvoi ne sont susceptibles d'aucun recours (mais il est toujours possible de poser une QPC identique à une QPC ayant été rejetée à l'occasion d'une autre affaire ou dans la même affaire à un autre stade de la procédure). Ce choix s'explique par le souci de ne pas froisser les juges ordinaires et de ne pas ériger le Conseil constitutionnel en Cour suprême. Si les réticences premières de la Cour de cassation à transmettre des QPC ont amené certains à proposer des réformes (pour confier le filtrage au Conseil constitutionnel lui-même ou pour ouvrir un recours contre les décisions de non-renvoi), la pratique du filtrage devant la Cour de cassation a évolué (l'organisation du filtrage des QPC ayant été modifiée[4] et des revirements ayant été opérés[5]) et le filtrage réalisé par les juges suprêmes est considéré aujourd'hui comme efficace.

---

[4] Depuis 2011, le filtrage des QPC a été confié aux chambres elles-mêmes et non plus au Premier Président.

[5] V. par exemple le cas de la QPC relative à la non-motivation des arrêts d'assises rejetée en 2010 et finalement transmise en 2011 ou de la loi Gayssot sur la pénalisation de la négation de génocide rejetée en 2010 et finalement transmise en 2015.

b) Les critères du filtrage

Le filtrage est réalisé sur la base de **critères prédéterminés**. Il s'agit ici de vérifier la recevabilité des recours, aussi bien sur la forme que sur le fond. On peut tout d'abord recenser certaines conditions que l'on retrouve dans la plupart des cours.

- Sur la **forme** du recours tout d'abord :
  * le délai de recours - seule la Pologne ne fixe aucun délai de recours pour les requêtes institutionnelles, la Turquie fixe quant à elle un délai différent concernant la forme et le fond de l'acte attaqué
  * l'identité du requérant
  * la présentation ou la motivation de la saisine
  * l'épuisement des voies de recours : c'est le cas notamment en Allemagne, en Turquie et devant la Cour EDH
  * le respect de la procédure ou encore la compétence de la juridiction
- Sur le **fond** du recours, les conditions posées portent généralement sur :
  * l'objet de la demande
  * les normes visées et les normes invoquées
  * le lien entre le recours et le litige ou la situation particulière du requérant
  * le caractère fondé du recours
  * etc.

Il faut souligner que ces conditions peuvent différer en fonction du type de recours introduit devant la juridiction.

Ainsi, les conditions exigées pour le recours individuel sont souvent spécifiques et plus restrictives que pour le recours institutionnel. Cela s'explique naturellement par le nombre élevé de recours individuels et le risque d'encombrement qu'ils représentent[6]. Dans certaines cours, les conditions de recevabilité de ces recours ont été durcies. C'est le cas en Espagne concernant le recours d'*amparo* dont l'admission est soumise depuis 2007 à l'exigence d'une question d'une importance spéciale. L'importance de la question est également un critère essentiel d'admission des recours individuels devant la Cour constitutionnelle allemande (« question de droit constitutionnel d'importance fondamentale » : ce critère est l'un des deux critères alternatifs avec celui de l'atteinte aux droits) et devant la Cour suprême du Royaume-Uni (« argument juridique discutable et d'une importance publique générale » : critères ici cumulatifs).

Les juges disposent d'une importante marge d'appréciation pour apprécier ces

---

[6] V. les statistiques notamment en Espagne où le recours d'*amparo* représente près de 97% des saisines en 2014, idem en Allemagne où 96 % des requêtes en 2014 sont des recours individuels. Il en est de même en Turquie.

différents critères. C'est la pratique et la jurisprudence qui permettent d'avoir une connaissance plus fine de ces critères. En ce sens, le Tribunal constitutionnel espagnol a précisé à travers un document officieux les éléments d'appréciation du critère d'importance applicable au recours d'*amparo*[7]. L'étude de la jurisprudence de la Cour suprême du RU montre quant à elle que les domaines constitutionnels (relatifs aux droits de l'homme, à la dévolution ou aux prérogatives des autorités administratives) sont ceux dans lesquels la Cour a tendance à repérer une question d'importance publique. L'interprétation qui peut être faite de ces critères peut être favorable au requérant (voir par exemple l'interprétation large des conditions de recevabilité sur le fond concernant la notion de victime et l'épuisement des voies de recours internes ou encore la faible utilisation du critère relatif au préjudice important par la Cour EDH). Or cet assouplissement a été compensé par un durcissement des conditions formelles (voir le nouvel article 47 du règlement de la Cour depuis 2014 ou encore la réduction du délai de recours de 6 à 4 mois posée par le protocole 15 non encore entré en vigueur).

Au final, les cours constitutionnelles allemande et espagnole ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme se distinguent par une politique restrictive en matière d'admission des recours. L'interprétation très stricte des conditions d'admission par la Cour constitutionnelle allemande la conduit à rejeter 97 à 98 % des recours individuels qui lui sont soumis. Devant la Cour EDH, ce sont plus de 90% des requêtes individuelles qui ont été déclarées irrecevables en 2014, près de 80% en 2015. En Espagne, le niveau de non-admission est sensiblement identique avec seulement 7% des recours d'*amparo* admis.

À l'inverse, les conditions posées pour les autorités politiques sont beaucoup plus légères que celles exigées à l'égard des requérants individuels. Les conditions d'admission des recours institutionnels tiennent seulement à la qualité de l'autorité requérante, à la norme contestée et au respect des délais de saisine. Il faut remarquer qu'il n'existe pas de procédure de filtrage spécifique pour ces recours qui n'ont souvent même pas à être motivés.

L'admission des recours par voie incidente peut être refusée s'il s'avère que **la question posée est inutile en raison d'un précédent** (critère posé par la loi organique de 2009 pour la transmission des QPC en France) **ou aurait pu être réglée par le biais d'une interprétation conforme** (critère dégagé par la Cour constitutionnelle italienne pour inviter les juges du fond à opérer un filtrage plus poussé ; l'application de cette technique a permis de réduire considérablement de nombre de questions préjudicielles posées à la Cour constitutionnelle italienne dont la proportion est passée de 85% à 45% entre 2003 et 2013).

L'appréciation du caractère sérieux, nouveau ou non-fondé de la question offre

[7] V. liste dans le rapport de Jordane Arlettaz sur l'Espagne.

également au juge un instrument puissant pour rejeter prématurément le recours. C'est le cas en France avec le filtrage des QPC par les juges ordinaires suprêmes qui peuvent refuser de transmettre une question si celle-ci ne présente pas un caractère sérieux ou nouveau. Cette procédure de filtrage confère aux juges de renvoi un pouvoir immense, celui de « juge constitutionnel négatif »[8]. C'est pour éviter le risque de verrou que la Belgique a exclu la possibilité pour les juridictions suprêmes - Conseil d'État et Cour de cassation - de s'opposer au renvoi d'une question à la Cour constitutionnelle en se fondant sur deux clauses échappatoires ouvertes aux autres juridictions lorsqu'elles estiment que la norme législative ne viole manifestement pas la Constitution ou que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre la décision. Dans d'autres systèmes, c'est la Cour elle-même qui peut déclarer irrecevable un recours pour défaut manifeste de fondement. Mais selon les cours, c'est à la Cour dans son ensemble (Belgique, Italie) ou simplement à la formation chargée de l'examen de la recevabilité (exemple de la Cour EDH) qu'il revient de le faire, ce qui pose la question de l'accès au juge.

c) La procédure

La procédure suivie pour le filtrage devant les cours constitutionnelles et européennes est allégée par rapport à la procédure ordinaire. Les garanties du procès ne sont pas aussi étendues comme nous avons pu déjà le constater en matière de collégialité en étudiant l'organe en charge du filtrage. Il en est de même concernant le respect du contradictoire et l'exigence de motivation qui font l'objet d'adaptation selon la difficulté du cas soumis au juge - comme nous aurons l'occasion de le revoir plus loin dans l'étude de la contrainte procédurale[9]. Rappelons également que le filtrage peut être réalisé en plusieurs étapes - devant le juge de renvoi puis devant la cour elle-même - et selon des procédures différentes selon les cas soumis aux juges. Ainsi, au Royaume-Uni, sauf le cas de *judicial review* qui est soumis à quelques particularités, la permission de faire appel devant la Cour suprême doit en principe être autorisée par le juge inférieur (*Court of Appeal*) au terme d'une procédure simplement écrite mais une audience peut être sollicitée par le requérant en cas de refus. Devant la Cour suprême, la permission fait l'objet d'une contradiction en principe écrite et sans audience sauf si celle-ci s'avère nécessaire pour approfondir l'instruction.

d) La décision

La forme de la décision rendue peut varier selon deux facteurs, son auteur et son

---

[8] Selon l'expression de Yann Aguila, « Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'Etat », in X. Philippe, M. Stéfanini (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité, premiers bilans*, PUAM, 2011, p. 27.
[9] V. *infra*.

contenu, qui peuvent se combiner.

D'une part, elle varie nécessairement selon son auteur. Une décision d'un juge unique, d'une formation restreinte ou une formation ordinaire ne sera nécessairement pas rendue dans les mêmes conditions (majorité ou unanimité requise selon les cas). En Italie, les *ordonanza* rendues en cas d'inadmissibilité manifeste ne font l'objet d'une discussion plénière qu'en cas de contestation. En Belgique, la formation compétente pour statuer au terme de la phase préliminaire dépend du fondement de la décision rendue : la chambre restreinte de 3 juges est compétente en cas d'irrecevabilité manifeste, la Cour elle-même est compétente en cas de recours manifestement non fondé ou au contraire manifestement fondé, la décision est enfin prise selon la procédure ordinaire - soit en formation limitée soit en formation plénière - en cas d'absence de caractère manifeste.

D'autre part, la forme de la décision peut être conditionnée par son issue. Ainsi en Espagne les décisions d'admissibilité, lorsqu'elles sont rendues à l'unanimité, n'ont pas à être motivées alors que les décisions de non-admissibilité doivent être sommairement motivées en précisant le motif d'irrecevabilité. En France, si les décisions des juges du filtre sont obligatoirement motivées, cette motivation est beaucoup plus brève en cas de renvoi qu'en cas de non-renvoi. En règle générale, les décisions rendues lors de cette phase préalable sont faiblement motivées voire dispensées de motivation (voir en Espagne, en Allemagne et en Italie)[10] et souvent stéréotypées (exemple au Royaume-Uni) ce qui laisse un pouvoir discrétionnaire à la Cour. Elles ne sont pas publiées en principe (v. l'exemple de la Cour EDH ou de l'Allemagne, contre-exemple en Italie).

En conclusion :

- On observe au sein de toutes les cours un souci de maîtriser le flux des saisines qui ont par ailleurs parfois été étendues (v. notamment l'exemple de la Pologne avec l'admission des personnes morales et de la QPC en France). Il existe dans certaines cours une réelle politique de restriction des saisines qui se traduit par un durcissement des conditions de recevabilité (c'est le cas de l'Espagne et de la Cour EDH) dont le bilan apparaît contrasté (l'intensité du filtrage devant la Cour EDH a conduit à une baisse significative des délais de jugement, en revanche en Espagne la réforme n'a pas produit les effets escomptés). Mais c'est également par l'interprétation restrictive des conditions de recevabilité que les juges peuvent limiter - ou au contraire étendre - le cadre de leur saisine.

- Le filtrage des questions transmises par les juges de renvoi pose la question de la maîtrise par le juge constitutionnel de l'accès à son prétoire. Les juridictions doivent

[10] On notera l'exception légitime de la Cour EDH dans le cas de décisions d'irrecevabilité rendues en formation de chambre pour défaut manifeste de fondement qui peuvent être aussi longue que les arrêts concluant à la non-violation.

entretenir une forme de coopération loyale (en ce sens les exemples donnés par la France, de l'Italie, la Belgique ou encore l'Allemagne montrent l'instauration d'un dialogue entre les juges constitutionnels et ordinaires) pour éviter le risque de « bouchon » (à ce sujet, on peut évoquer les craintes suscitées en France et en Belgique par la mise en place de la procédure de renvoi des juges ordinaires vers le juge constitutionnel) ou de « passoire » (à cet égard, on peut citer le cas de la Cour constitutionnelle italienne qui, en imposant le recours à l'interprétation conforme, a développé une jurisprudence contraignant les juges ordinaires à faire preuve de davantage de rigueur dans la transmission des questions posées). On notera en sens inverse la possibilité devant de nombreuses cours de forcer la voie vers le prétoire (en Belgique avec la limitation des clauses échappatoires pour les cours suprêmes, au Royaume-Uni et en Allemagne avec la possibilité de faire appel en cas de refus de renvoi).

- Pour éviter un encombrement de leur prétoire ou réduire leurs délais de jugement, les cours peuvent limiter l'admission de certains moyens (v. notamment la définition relativement restrictive des moyens admis en QPC par le Conseil constitutionnel français) et d'alléger les contraintes procédurales (collégialité, contradiction, motivation, délais) pour présenter des observations.

- Au contraire, l'admission de tierces interventions devant certaines cours (devant le Conseil constitutionnel français et la Cour constitutionnelle belge notamment ainsi que devant la Cour européenne des droits de l'homme) permet d'étendre la saisine et de faire valoir de nouveaux arguments devant certaines cours (c'est notamment le cas devant la Cour EDH et devant le Conseil constitutionnel français ; à l'inverse en Belgique, l'intervention ne peut pas élargir la portée du contrôle). Les conditions posées pour l'admission de ces intervenants diffèrent selon les cours (critère de l'intérêt spécial en France, même condition d'intérêt que celle posée pour les parties en Belgique). L'admission plus ou moins large de ces interventions répond à des préoccupations parfois plus politiques que juridiques et offre aux juges un pouvoir discrétionnaire d'appréciation, en l'absence de recours possible contre le refus d'admettre une intervention et à défaut d'une décision motivée.

Une fois la saisine admise devant le juge, se pose la question de la latitude du juge par rapport à celle-ci.

3) Les pouvoirs du juge dans le traitement de la saisine

Le juge dispose d'un certain nombre de pouvoirs pour définir le cadre de son contrôle et ses effets par rapport à la requête dont il est saisi. Notre étude révèle des différences importantes dans l'usage qui est fait des pouvoirs permettant de délimiter l'étendue de son contrôle (a). En revanche, les pratiques des cours se rejoignent dans l'utilisation limitée des pouvoirs d'instruction (b) et dans l'élargissement des méthodes et des effets du contrôle (c).

a) L'usage variable des pouvoirs permettant de délimiter l'étendue du contrôle

Déclenchée par la saisine, l'action du juge est en principe délimitée par son contenu.

Cependant, le juge dispose d'une certaine liberté pour définir le cadre de son contrôle. Il peut étendre ou au contraire restreindre le champ de son intervention à travers l'utilisation de certains pouvoirs :

* Le **pouvoir d'office** permet au juge d'élargir le cadre de son contrôle en examinant des normes ou en soulevant des moyens qui n'ont pas été visés par la saisine.

Ainsi, le pouvoir d'office peut être utilisé pour dépasser le cadre fixé par la saisine s'agissant :

- de normes ou de dispositions non contestées par la saisine (concerne les normes attaquées)
- de normes de référence non invoquées à l'appui de la saisine (concerne les moyens/griefs d'inconstitutionnalité soulevés).

Il faut distinguer ces deux hypothèses car la liberté du juge diffère dans les deux cas de figure.

La faculté d'étendre le champ des normes contrôlées à d'autres normes que celles soumises au juge s'oppose au principe *non ultra petita* selon lequel juge ne peut statuer au-delà du cadre fixé par la saisine. Cette interdiction est clairement établie par les textes qui encadrent la compétence de certaines juridictions constitutionnelles (notamment en Pologne ou en Italie) et les exceptions restent limitées aux normes inséparables, identiques ou analogues. La pratique de la Cour constitutionnelle italienne illustre les enjeux qui entourent cette possibilité. Les textes lui reconnaissent la possibilité de déclarer l'inconstitutionnalité de dispositions dont l'inconstitutionnalité est la conséquence de celle de la norme qu'elle est invitée à contrôler. Elle a parfois eu recours à cette possibilité dans des procès par voie d'action opposant l'État et les régions pour étendre sa déclaration d'inconstitutionnalité à des lois régionales similaires à celles qui lui avaient été soumise. Mais cette pratique est très critiquée au nom du respect du contradictoire et des droits de la défense[11]. La plupart des cours se refusent pour cette raison à censurer une autre norme que celle qui leur a été soumise[12]. Elles s'autorisent en revanche à contrôler des dispositions qui n'ont pas été critiquées dans la saisine mais qui se situent à l'intérieur d'un même ensemble normatif, d'un même texte. En effet le juge se considère saisi de l'ensemble du texte et se réserve la liberté de procéder à un tri sélectif. S'agissant du cas de la France, le Conseil constitutionnel est saisi dans le cadre de son contrôle *a priori* de l'ensemble de la loi mais depuis l'introduction du contrôle *a posteriori* il ne relève plus de moyens d'office sauf pour des motifs liés à

[11] Il faudrait prévoir une intervention des autorités régionales devant la Cour pour combler cette lacune mais ce n'est pas permis en Italie pour l'instant (v. plus loin sur les tiers intervenants).
[12] Cependant en Belgique la décision rendue par la Cour fait courir un nouveau délai pour contester les normes analogues.

l'inobservation de la procédure parlementaire (il censure notamment les cavaliers législatifs) pour laisser la porte ouverte à une QPC sur les dispositions non critiquées par les saisissants[13].

La seconde hypothèse permet au juge de soulever des moyens qui n'ont pas été invoquées par les saisissants à l'appui de leur contestation. Là encore, les pratiques sont variables d'une cour à l'autre. Si cette possibilité est largement reconnue au profit des cours constitutionnelles, elle semble être utilisée avec parcimonie par les juges qui s'en tiennent souvent au fondement constitutionnel invoqué. D'après les entretiens réalisés, la Cour constitutionnelle allemande s'autorise à reformuler la question posée en remplaçant le fondement invoqué par un fondement plus pertinent dès lors que les garanties sont à peu près équivalentes (il s'agit donc d'une simple reformulation et non d'un véritable relevé d'office) mais elle refuse de se placer sur un terrain complètement différent. A l'inverse, cette possibilité devient une obligation dans certains cas. C'est le cas en France, le Conseil constitutionnel dispose d'un large pouvoir pour soulever d'office tous les moyens d'inconstitutionnalité qui peuvent être opposés à la disposition en cause, et d'élargir ainsi son contrôle à des normes non invoquées par les saisissants. Il apparait que cette liberté est en réalité contrainte par l'effet *erga omnes* attaché aux décisions du Conseil constitutionnel. En effet, lorsque ce dernier déclare une disposition conforme à la Constitution, sa décision lui confère un brevet de constitutionnalité qui rend irrecevable tout nouveau recours contre cette disposition sauf si un changement de circonstances est intervenu depuis la décision rendue. Pour rendre sa décision, le juge français va donc rechercher tous les moyens de nature à fonder une éventuelle inconstitutionnalité. La mise en œuvre de ce pouvoir d'office pose néanmoins le problème du respect du contradictoire qui est enserré dans des délais très courts au Conseil constitutionnel. Il faut donc mettre en relation les pouvoirs que se reconnaît le juge pour élargir le champ de la saisine et l'effet de la décision ainsi que la nature du contentieux. La liberté du juge dans la détermination de l'objet de son contrôle sera plus forte dans le cadre du contrôle abstrait que dans le cas d'un contrôle concret où le juge constitutionnel est plus formaliste.

* Le **pouvoir de reformulation** est utilisé par le juge pour élargir ou au contraire restreindre la question qui lui est posée. Si les juges sont en principe liés par la requête, ils peuvent s'en émanciper dans une certaine mesure pour préciser ou rectifier la formulation de certains moyens. Ils peuvent ainsi substituer un fondement pertinent à celui invoqué (v. *supra*) ou dégager une motivation implicite (c'est une technique utilisée par le Tribunal

---

[13] En effet, une QPC ne peut porter que sur une disposition qui n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans une décision du Conseil constitutionnel (sauf si un changement des circonstances est intervenu depuis) et doit viser les « droits et libertés garantis par la Constitution (ce qui exclut les normes constitutionnelles portant sur la procédure d'élaboration de la loi).

constitutionnel espagnol) et ainsi élargir le champ du contrôle. Ils peuvent à l'inverse resserrer le contrôle sur la norme contrôlée au regard des griefs réellement formulés dans la saisine ou la décision de renvoi. En France, le Conseil constitutionnel procède régulièrement à un tel resserrement depuis l'introduction de la QPC dans le cadre du contrôle *a posteriori* mais également *a priori* (ce qui remet en cause l'idée d'un contrôle intégral). Cette façon de restreindre le champ de la saisine permet aux juges de préserver l'avenir et de laisser ouverte la possibilité d'autres saisines sur des éléments qui n'ont pas été soulevés devant lui. En Belgique, le pouvoir de reformulation des juges constitutionnels est purement formel. Par exemple, elle ne peut en aucune manière modifier le contenu ou la portée de la question qui lui est soumise.

* Enfin, le juge peut faire usage d'un **pouvoir de requalification** : il convient ici de distinguer deux types de requalification en fonction de l'objet du contrôle du juge et de la nature du contentieux : la requalification législative lorsque le juge statue sur une disposition générale et abstraite, et la requalification des faits lorsqu'il apprécie une situation concrète. La requalification des faits, caractéristique du pouvoir de pleine juridiction, est pratiquée par certaines cours (la CEDH notamment) mais interdite dans d'autres (notamment en Espagne y compris dans le cadre du recours *d'amparo*). Si les cours saisies par la voie du renvoi préjudiciel pourraient contrôler l'applicabilité de la norme contestée aux faits, elles s'y refusent généralement et se considèrent liées par la qualification faite par les juges du fond. En effet, dans le cadre de ce mécanisme de renvoi, les cours n'ont pas vocation à statuer sur le litige concret mais à se prononcer sur une norme générale. Dans la mesure où elles sont appelées à confronter des normes, les juridictions constitutionnelles et européennes sont naturellement conduites à opérer un travail de requalification concernant le contenu de la norme en vue d'apprécier sa constitutionnalité. La ligne de partage dans l'utilisation de ces différents pouvoirs correspond à la compétence reconnue à la cour et aux moyens nécessaires pour mener à bien sa mission.

Une fois le cadre du contrôle délimité, la latitude du juge par rapport aux données fournies par les parties peut le conduire à faire usage de pouvoirs d'instruction.

b) L'usage limité des pouvoirs d'instruction

Les pouvoirs d'instruction permettent au juge de compléter les informations fournies par les parties. Reconnus dans la plupart des juridictions, ces pouvoirs d'instruction sont rarement mobilisés par les juges constitutionnels pour deux raisons : le respect de la procédure et le manque de moyens. Dans certaines juridictions, la procédure étant accusatoire et non inquisitoire, les juges s'en tiennent aux éléments apportés par les parties qui doivent démontrer l'inconstitutionnalité de la norme contestée (c'est le cas en Belgique où il y a une présomption de constitutionnalité et au Royaume-Uni où la procédure est dominée par les parties) et les mesures d'instruction se limitent aux questions posées aux parties (cette possibilité a été récemment ouverte aux juges constitutionnels en France qui depuis 2016 posent des questions à l'audience). Concernant le recours à des avis extérieurs, la question

essentielle qui préoccupent la plupart des cours est celle du respect du contradictoire. C'est pour contourner la contrainte de la procédure contradictoire (v. *infra*) que les mesures d'instruction à destination de tiers au litige (gouvernement ou experts) restent souvent informelles. L'autre explication qui est parfois donnée pour expliquer la rareté de ces mesures d'instruction tient au manque de moyens, manque lié aux délais (qui sont très contraints dans certaines juridictions, notamment en France) et à la faiblesse des moyens humains (notamment à l'absence de magistrats instructeurs à la différence ce qui peut exister dans les juridictions ordinaires) pour réaliser ce travail de recherche de manière approfondie.

c) L'accroissement des pouvoirs dans la détermination des effets de son contrôle.

Nous avons précédemment constaté que les pouvoirs que le juge se reconnaît dans la détermination de son contrôle, en principe limité par la saisine, dépendent de l'étendue des effets reconnus à ses décisions (v. *supra 3.a)* notamment à travers l'exemple français). Or, en dépit de la diversité des effets des décisions rendues par les cours faisant l'objet de l'étude (v. *infra* III), l'objet même du contrôle reste le même : il s'agit de confronter deux normes, la norme attaquée et la norme de référence. En conséquence, les pouvoirs mobilisés pour réaliser cette confrontation sont similaires même si les méthodes d'interprétation et d'évaluation peuvent varier (v. *infra* III.). On constate en revanche dans l'ensemble des cours une extension des possibilités offertes au juge dans la détermination des effets de son contrôle à travers l'utilisation de plusieurs pouvoirs :

* **le pouvoir d'interprétation conforme** : technique utilisée par les cours pour préserver la constitutionnalité ou la compatibilité des normes contrôlées, l'interprétation conforme, lorsqu'elle s'avère trop constructive, peut conduire le juge à réécrire la norme contrôlée de manière parfois explicite (v. la technique des réserves d'interprétation en France et des sentences « manipulatives » en Italie, même technique utilisée en Allemagne et en Belgique).

* **le pouvoir de modulation des effets des décisions** : cette faculté a été reconnue aux cours constitutionnelles (de manière prétorienne en Italie et en Belgique, en France dans le cadre du contrôle *a posteriori* l'article 62 al. 2 de la Constitution a ouvert cette possibilité au Conseil constitutionnel mais celui-ci s'était déjà reconnu cette faculté dans le contrôle *a priori*) et européennes (la Cour EDH s'est reconnu cette faculté en 1979 en s'appuyant sur l'exemple des cours constitutionnelles). Cette faculté permet aux juges aussi bien :

- de reporter dans le temps les effets de sa décision en déterminant les effets de l'acte qui doivent être considérés comme définitifs (en dérogeant au caractère rétroactif d'une annulation comme c'est le cas en Belgique) ou maintenus provisoirement (en différant l'abrogation de l'acte en cause ou les effets d'une déclaration : v. à cet égard notamment l'exemple de la France mais aussi de la Cour EDH). Dans cette dernière hypothèse, la décision rendue détermine la date à laquelle elle prendra effet, laissant ainsi au législateur un certain délai pour

prendre une nouvelle norme et ne pas créer de vide juridique. À noter que l'exercice de ce pouvoir est généralement limité par les textes (v. les limites temporelles fixées en Pologne et en Turquie) mais parfois laissée à l'appréciation discrétionnaire de la juridiction (cas du Conseil constitutionnel français et du Tribunal constitutionnel espagnol qui utilisent fréquemment cette technique pour éviter les conséquences manifestement excessives que pourrait provoquer une abrogation immédiate). Certaines cours prononcent également des réserves d'interprétation transitoires (c'est le cas du Conseil constitutionnel français).

- de remettre en cause les effets passés de l'acte contesté pour préserver l'effet utile de la décision (c'est le principe qui a été posé par le Conseil constitutionnel français, c'est l'exception prévue par l'article 40-1 de la loi organique espagnole qui prévoit une possible rétroactivité de la censure lorsque l'annulation de la norme emporte une réduction de la peine ou de la sanction, c'est la règle de l'avantage individuel en Pologne qui permet de réouvrir la procédure en justice, ce bénéfice est accordé de manière exceptionnelle par la cour constitutionnelle belge lorsqu'elle maintient les effets de la disposition en recours direct.
- de préciser les effets de sa décision en réservant le bénéfice de la décision rendue à certaines situations (c'est le cas en Belgique mais aussi en France) ou en rendant des jugements d'application (c'est le cas en Pologne).

* **le pouvoir d'injonction** : les cours peuvent adresser certaines directives aux destinataires de leurs décisions (notamment au législateur, à l'administration ou aux juges) pour en tirer les conséquences et en assurer la bonne exécution. Ces directives peuvent être plus ou moins contraignantes ; elles peuvent aller de la simple indication à la véritable injonction et peuvent apparaître dans les motifs ou dans le dispositif des décisions selon les cas. Ces injonctions ont des fonctions diverses : elles peuvent avoir directement pour objet d'orienter la réécriture de la loi (exemple fréquent d'injonction de ce type en Italie à destination du législateur). Elles permettent parfois de combler la faiblesse technique de certaines décisions (ainsi les cours européennes indiquent aux États comment remédier aux manquements constatés à défaut de pouvoir annuler ou abroger les actes nationaux) ou pour remédier à un problème systémique donnant lieu à des affaires répétitives (exemple à la CEDH avec la technique de l'arrêt pilote), de réparer les lacunes législatives (la Cour constitutionnelle belge habilite ainsi la juridiction de renvoi à combler une lacune législative portant atteinte aux droits et notamment au principe d'égalité par un remaniement textuel) ou de combler un vide juridique créé par une décision d'abrogation immédiate (exemple donné par certaines censures particulièrement constructives du Conseil constitutionnel). Le recours à ces injonctions varie selon les cours (il est utilisé fréquemment en Pologne) et selon les destinataires (il s'adresse le plus souvent aux autorités chargées d'appliquer la décision ou la norme en cause, en particulier aux juges du fond).

* En cas d'urgence, certaines cours peuvent prononcer des **mesures provisoires** (ce cas est fréquent à la CEDH qui recourt régulièrement à ce type de mesures, plus rare à la Cour

suprême du RU et en Turquie pour l'application du droit européen) ou décider de mesures de suspension avant de se prononcer sur le fond de l'acte contesté (cas de l'Espagne et de la Turquie dans le cas d'un préjudice irréparable). Ces mesures permettent de garantir l'effet utile des recours.

L'extension des pouvoirs du juge dans la détermination des effets de son contrôle répond à plusieurs objectifs : assurer l'efficacité des recours (aussi bien à travers le développement des mesures provisoires que du pouvoir d'injonction), préserver la sécurité juridique tout en protégeant les différents intérêts en cause (modulation des effets, réserves d'interprétation).

C) LA DIVERSIFICATION DES SOURCES MOBILISÉES

Cette étude a permis de montrer que les sources mobilisées par les juges constitutionnels et européens pour construire leur jurisprudence sont de plus en plus nombreuses et variées. En droit français, on distingue généralement deux types de sources : les sources dites « formelles », officielles, et les sources officieuses que l'on peut qualifier de « matérielles ». Les premières vont explicitement fonder la décision rendue. Elles apparaissent dans les visas et/ou dans les motifs de celle-ci. Il peut s'agir des pièces du dossier, des normes contrôlées et des normes de référence, ou encore des décisions juridictionnelles, des précédents rendus par la cour mais éventuellement les décisions de jurisprudence interne ou externe (v. *infra*). Les secondes, dénommées sources matérielles, sont des sources d'inspiration qui peuvent influer sur la détermination de la solution ou la construction de sa motivation sans pour autant figurer de manière explicite dans la décision rendue. On en trouve trace dans les travaux préparatoires des décisions, notamment dans le rapport du rapporteur mais aussi parfois dans certains documents accompagnant la décision (par exemple en France dans le dossier documentaire élaboré par le service de la documentation ou dans le commentaire du service juridique) mais aussi entre les lignes, à travers certains mots ou dans le silence de la décision. Ces sources d'inspiration peuvent servir le juge dans l'utilisation de ses méthodes d'interprétation et de contrôle. Elles sont situées dans l'environnement normatif (travaux préparatoires des normes en jeu), jurisprudentiel (décisions rendues sur l'affaires et des affaires similaires par différentes juridictions), doctrinal (écrits publiés dans les revues spécialisées, avis exprimés dans la presse), politique (opinion publique relayée par la presse) ou technique (avis d'experts) de l'affaire soumise au juge.

Ces sources n'ont pas toutes le même poids dans la prise de décision. La réalisation de cette étude a permis de mettre en évidence l'importance particulière accordée à certaines sources (v. tableau n° 5 en annexe 3).

1) Les précédents de la cour

Le respect attaché au précédent est un élément essentiel du processus d'élaboration des

décisions rendues par les cours constitutionnelles et européennes. Même lorsque ces précédents ne figurent pas explicitement dans la décision rendue (c'est le cas en France), ils constituent une référence incontournable et un fondement indéniable de la décision en dépit des différences observées sur la citation des précédents dans la motivation des décisions rendues (à cet égard on peut opposer la pratique de l'auto-référence de la Cour EDH à la discrétion du Conseil constitutionnel français). Présenté par les juges eux-mêmes comme le pilier de leur légitimité, le respect du précédent est un réflexe et un argument très fort dans la discussion entre les juges. C'est un argument pacificateur et stabilisateur qui permet d'arbitrer entre les opinions différentes et fige la jurisprudence. Il est en effet très difficile de faire changer la jurisprudence. De manière exceptionnelle, des changements de circonstances - une évolution de la société, une intervention législative, une jurisprudence extérieure ou des critiques doctrinales très fortes - pourront conduire à un revirement de jurisprudence. En toute hypothèse, l'idée qui commence à s'imposer dans l'ensemble des juridictions est qu'il faut motiver les revirements de jurisprudence. Cette règle a été posée par la Cour européenne des droits de l'homme[14] et est appliquée par certaines juridictions (c'est le cas notamment en Belgique). Garantie de l'exigence de sécurité juridique, cette motivation renforcée vise à assurer la bonne réception de la nouvelle jurisprudence et à éviter les tentatives de retour en arrière.

2) Les sources internationales et européennes

Ces sources sont prises en compte par l'ensemble des cours constitutionnelles qui y font référence de manière plus ou moins explicite en fonction de leur tradition mais aussi du type de contrôle qu'elles exercent.

Les normes internationales et européennes sont parfois intégrées dans le contrôle en tant que normes de référence. C'est le cas lorsque les cours exercent un contrôle de conventionnalité comme la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour constitutionnelle turque dans le cadre du recours individuel.

Dans d'autres cours, le contrôle de conventionalité est intégré au contrôle de constitutionnalité. C'est le cas en Belgique où la Cour constitutionnelle exerce un contrôle vis-à-vis des normes internationales de manière indirecte par le biais du principe d'égalité et de non-discrimination, et depuis 2004[15] par rapport aux droits fondamentaux reconnus par les traités internationaux ayant un contenu analogue à ceux reconnus par la Constitution

[14] Cour EDH, req. 36815/03, 14 janvier 2010, Atanovoski c. l'ancienne république Yougoslave de Macédoine ; req. 32 820/08, 30 août 2011, Boumaraf c. France.
[15] Cour constitutionnelle belge, n° 136/2004 du 22 juillet 2004.

(méthode du tout « indissociable »)[16]. Cette intégration conduit le juge constitutionnel belge à citer la Convention dans ses normes de référence et les arrêts de la Cour de Strasbourg dans les motifs de ses décisions.

À l'inverse, certaines cours ont refusé d'intégrer les normes internationales et européennes dans le contrôle de constitutionnalité. C'est le cas du Conseil constitutionnel qui, comme il le rappelle constamment depuis 1975, n'opère pas un contrôle de la loi par rapport aux traités internationaux et au droit de l'Union européenne. Pourtant, si le juge français s'abstient dans ses décisions de citer la Convention et la Cour européenne des droits de l'homme, il s'efforce néanmoins de respecter les exigences fixées par ces dernières, tout en s'autorisant à prendre parfois ses distances[17].

En Italie, il faut distinguer le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la Cour constitutionnelle italienne n'est pas juge du droit de l'Union - sauf pour les normes n'ayant pas un effet direct - elle assure en revanche la conformité des lois nationales à la Convention EDH - en l'absence de contrôle de conventionalité diffus. Mais la Cour regarde de près la jurisprudence des cours européennes et cherche à rendre sa jurisprudence conforme au droit européen.

En Allemagne et en Pologne, on constate la même attention pour les jurisprudences européennes et en particulier pour celle de la Cour EDH mais aussi le même souci d'indépendance et de dialogue entre les juges.

Le renvoi préjudiciel est un instrument du dialogue entre les juges constitutionnels et européens. La pratique de ce renvoi préjudiciel devant la CJUE est très différente selon les juridictions. Ces différences s'expliquent également par l'étendue du contrôle réalisé par les juridictions (v. *supra*). Très fréquent en Belgique, il est exceptionnel dans les autres juridictions : un seul renvoi par le Conseil constitutionnel, *idem* pour la Cour allemande. Cette rareté peut s'expliquer par une réticence liée à la volonté de préserver la souveraineté de la juridiction mais aussi par le champ de la question posée. Si l'introduction d'un mécanisme de renvoi vers la Cour EDH n'est pas encore à l'ordre du jour, dans l'attente de l'entrée en vigueur du protocole n°16, il est intéressant de constater que les cours ne semblent pas prêtes à faire de cet instrument un usage intensif. Cela peut s'expliquer par une approche souverainiste ou à tout le moins fédéraliste de l'Europe des droits fondamentaux.

---

[16] Cette intégration a permis à la Cour constitutionnelle belge de s'imposer dans le paysage juridictionnel national et de faire évoluer l'interprétation de sa Constitution.

[17] V. par exemple les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et la Cour EDH concernant l'application du principe *non bis in idem*.

3) Les droits et jurisprudences constitutionnels étrangers

Les juges constitutionnels et européens se regardent, dialoguent et s'enrichissent mutuellement. Les cours développent entre elles des relations bilatérales qui sont l'occasion d'échanger sur certaines problématiques communes concernant notamment la pratique du contentieux constitutionnel et surtout l'approche du droit européen. Les juges constitutionnels sont de plus en plus demandeurs de tels échanges avec leurs homologues étrangers. Ils ont également accès à la jurisprudence des cours étrangères via différents réseaux – l'Association des Cours Constitutionnelles ayant en Partage l'Usage du Français (ACCPUF), Commission de Venise, réseau diplomatique de la Commission de Bruxelles, réseau des Cours supérieures créé par la Cour EDH en octobre 2015 - ou par des contacts directs entre les juridictions.

Néanmoins, on constate une grande disparité entre les cours dans l'organisation de la recherche documentaire réalisée sur les sources étrangères. Mis à part le cas de certaines cours où il existe des services spécialisés (c'est notamment le cas de la Cour EDH où le service de la recherche produit des rapports de droit comparé pour toutes les affaires de Grande Chambre, ainsi que de la Cour constitutionnelle italienne avec le service de droit comparé qui réalise une veille régulière et systématique pour toutes les décisions rendues par la Cour sur les jurisprudences de cinq cours particulières : Allemagne, France, Royaume-Uni, Espagne, États-Unis), le recours au droit comparé dépend de la démarche personnelle de chaque juge qui au besoin sollicite ses collaborateurs ou les services de la juridiction. Cette recherche peut avoir pour objet la comparaison des solutions mais semble être surtout une source d'information et d'inspiration en matière de droits fondamentaux. A la Cour EDH, elle peut également viser à dégager l'existence d'un consensus européen et donc être un élément du raisonnement du juge européen en vue de trouver la solution. Si ces sources étrangères n'apparaissent pas la plupart du temps dans la décision rendue (exception faite de la pratique de la Cour polonaise et de la Cour EDH), elles peuvent figurent dans les travaux préparatoires des décisions (exemple du dossier documentaire qui accompagne la décision publiée sur le site du Conseil constitutionnel qui comporte parfois des extraits de décisions étrangères).

4) La doctrine

La doctrine est rarement présente dans la décision proprement dite, à l'exception des arrêts de la Cour constitutionnelle allemande (ce qui s'explique par la prédominance des universitaires au sein de cette juridiction) et parfois de la Cour européenne des droits de l'homme. On peut la retrouver dans les opinions séparées des juges (c'est le cas notamment en Turquie, en Allemagne et à la Cour EDH) ou dans les travaux préparatoires (exemple en France dans le commentaire qui accompagne la décision rendue et qui est réalisé à partir de la note du service juridique du Conseil constitutionnel).

5) La jurisprudence des juridictions nationales

La jurisprudence des juridictions nationales est un paramètre essentiel du contrôle de

constitutionnalité et de conventionalité. Cette prise en compte s'effectue quel que soit le mode de saisine du juge, qu'il s'agisse d'un recours direct ou d'un renvoi préjudiciel. En effet, les juges ne peuvent faire abstraction de l'interprétation jurisprudentielle faite par les juges d'application des normes contrôlées. Parmi les ressorts de cette prise en compte, on pense bien sûr à la doctrine du droit vivant, forgée dans les années 1950 en Italie et transposée dans d'autres cours (notamment en France dans le cadre de la QPC en 2010 mais déjà dans le contentieux *a priori* à travers les réserves d'interprétation), qui permet au juge constitutionnel de contrôler la norme en cause telle qu'elle est interprétée et appliquée effectivement par les juges ordinaires. L'application de cette doctrine conduit à apprécier la norme en cause à la lumière de la jurisprudence constante. Mais la jurisprudence du juge ordinaire peut elle-même faire l'objet du contrôle effectué par la cour (c'est le cas notamment dans le cadre du recours *d'amparo* en Espagne). Il en va de même de manière indirecte devant la Cour européenne des droits de l'homme qui est amenée à se prononcer sur la compatibilité de la jurisprudence des cours nationales à la Convention. En dehors de ces hypothèses qui peuvent conduire à une soumission de la jurisprudence des juges ordinaires, cette dernière peut également être une source d'inspiration pour le juge amené à faire application des mêmes normes ou à des normes ayant un contenu analogue. En toute hypothèse, cette prise en compte est attestée par les références abondantes à la jurisprudence nationale dans les décisions rendues et dans les travaux préparatoires qui peuvent donner lieu à des échanges directs entre les cours (v. le cas de la Pologne où la Cour constitutionnelle s'adresse régulièrement à ses homologues nationaux).

Ces différentes sources sont apportées par les différents acteurs du procès (v. *infra*) : les parties et leurs avocats (dans leurs mémoires et leurs observations écrites et orales), les assistants des juges, le juge rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire ou les services de la juridiction mais aussi parfois les tiers, spontanés ou sollicités par le juge, qu'il s'agisse d'experts ou d'*amicus curiae* qui jouent un rôle croissant dans certaines juridictions, par d'autres juges, européens ou nationaux, par le biais de renvois préjudiciels notamment. Il convient désormais de s'intéresser à ces acteurs pour envisager leur apport et leurs rapports dans l'élaboration des décisions.

II) Les artisans : apport et rapports des acteurs du procès

Cette étude a permis de faire apparaître la place centrale des artisans dans l'élaboration des décisions. Étudier l'élaboration des décisions de justice invitait tout d'abord à se poser la question des auteurs et donc de l'organe juridictionnel lui-même. Nous nous sommes donc intéressés à la structure des juridictions en vue de mieux connaître leurs membres et de mieux comprendre leur organisation (A). Mais l'étude du processus décisionnel montre surtout que les décisions rendues sont le fruit d'un dialogue entre les acteurs, une œuvre « construite » à plusieurs mains (B).

A. LA STRUCTURE DE LA JURIDICTION

La structure de la juridiction revêt une importance essentielle dans son organisation et dans son fonctionnement et s'avère donc potentiellement déterminante dans la façon dont s'élaborent les décisions. Pour mesurer l'impact de ces éléments, il faut tout d'abord s'intéresser à la composition de la juridiction (1) puis aux formations de jugement (2).

1) La composition de la juridiction

La composition de la juridiction est très variable selon les cours mais on retrouve toujours la même structure : les juges, le Président, les assistants, les services (v. tableau n° 6 sur la structure en annexe 3). Le nombre de juges varie de 9 (France) à 47 (Cour EDH), avec une moyenne autour de 12 à 17 selon la juridiction. Le rôle et la place du Président, des assistants et des services est variable selon les cours.

La composition de la juridiction dépend de la désignation de ses membres (1) et de la place et du rôle de chacun d'entre eux (2). Ces différents éléments permettent de constater la diversité des profils et d'apprécier la nature des rapports entre ses membres.

a) La désignation des juges

Leur désignation est encadrée de manière différente selon les cours et s'effectue en différentes étapes que l'on retrouve dans l'ensemble des systèmes. La désignation formelle est presque toujours précédée d'une phase de sélection par les autorités publiques. En principe[18], les juges sont nommés ou présentés par des autorités exécutives, législatives ou judiciaires ou par les partis politiques selon les cas mais toujours en respectant une diversité ou un équilibre entre les différentes autorités de nomination (répartition des sièges entre les partis politiques en Belgique et en Allemagne, diversité des autorités chargées de proposer les candidats en France, en Espagne, en Italie et en Turquie).

Il faut néanmoins préciser que le choix des candidats est dicté par des exigences plus ou moins nombreuses selon les cours. Il existe des critères individuels applicables à chaque candidat mais aussi des critères globaux concernant la juridiction dans son ensemble. Au plan individuel, le critère de la compétence et de l'expérience juridique est partagé par toutes les cours à l'exception de la France (aucune exigence posée même si la plupart des membres nommés ont au départ une formation juridique). On notera également un critère d'âge (minimum et/ou maximum) dans la plupart des cours (exemple en Belgique, en Turquie et à la

[18] Il faut mettre à part le cas des membres de droit en France. En effet, les anciens présidents de la République peuvent siéger au Conseil constitutionnel. Dans la pratique, ils ne siègent pas en QPC depuis sa mise en place en 2010.

Cour EDH). Au plan global, on peut observer au sein de la majorité des cours le souci de respecter une certaine diversité de profils parmi les candidats présentés en fonction de leur sexe (exigence de diversité mais non de parité présente en Belgique, à la Cour EDH et en France, cette question est en débat au RU, les femmes sont en revanche totalement absentes en Turquie depuis plusieurs années), de leur profil professionnel (la parité entre anciens parlementaires et juristes est exigée en Belgique, respect de l'équilibre entre universitaires et praticiens à la Cour EDH, diversité à la Cour constitutionnelle turque, moins au Conseil constitutionnel français où les personnalités politiques sont sur-représentées et en Allemagne où il y a une prédominance des universitaires, seul le RU ne semble pas se préoccuper de cette diversité même si elle existe de fait), de leur culture juridique et linguistique et de leur origine géographique (à la CEDH, au RU et en Belgique) voire religieuses ou ethniques (débat sur la représentation des minorités au RU).

Quel que soit le profil des candidats sélectionnés, il semble que les nominations soient toujours politiques. Mais ce choix politique n'entraine pas pour autant la politisation de l'institution. L'indépendance des juges, garantie notamment par le secret du délibéré ainsi que par le caractère long (9 ans en Pologne et en France, 12 ans désormais en Turquie, pas de limite de temps en Belgique ni au RU) et non renouvelable du mandat, permet d'éviter cet écueil. Par ailleurs, les compromis politiques entre les autorités de nomination (en Allemagne et à la Cour EDH notamment mais aussi en Belgique avec l'exigence d'une majorité des 2/3 des chambres) peuvent étouffer le risque d'une contestation. Cependant, dans certaines juridictions, des garde-fous ont été mis en place pour éviter des nominations trop politiques et pas suffisamment sérieuses.

Les candidatures présentées sont ensuite soumises à l'avis de commissions, commissions parlementaires (c'est le cas en France depuis 2008, c'est le cas également en Pologne), commissions judiciaires (commission de sélection au Royaume-Uni composée du Président de la Cour suprême, de son vice-président, d'un représentant de la Commission de désignation judiciaire en Ecosse, d'un représentant de la Commission de désignation judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles et d'un représentant de la Commission de désignation judiciaire en Irlande du Nord) ou commissions indépendantes (c'est le cas du comité mis en place pour la désignation des membres de la Cour EDH). L'avis rendu est parfois simplement consultatif (exemple pour la Cour EDH), parfois contraignant (cas en France en cas de vote négatif des 3/5).

Quant à la désignation proprement dite, lorsqu'elle est sanctionnée par un vote de l'assemblée, ce dernier peut être essentiel (c'est le cas pour la Cour EDH où ce vote permet de désigner un candidat parmi les 3 proposés par l'État) ou formel (c'est le cas pour la Cour constitutionnelle allemande où il s'agit d'un vote de confirmation... C'est la raison pour laquelle la récente réforme de l'élection des juges allemands modifie formellement mais non réellement le processus de désignation). On observe néanmoins dans la plupart des cours une volonté de renforcer la transparence du processus de désignation (c'est le cas au RU et en France avec les réformes récentes, en Allemagne et devant la Cour EDH).

Quel que soit le profil des juges, il est parfois difficile de détecter la position et l'influence respective de chacun en raison du style unitaire auquel veillent les services (le service juridique au Conseil constitutionnel français comme le greffe à la Cour EDH œuvrent en ce sens) et de la collégialité qui tendent à gommer ces différences (c'est le cas en Belgique et cela se renforce au RU). Ces différences ne sont souvent visibles que dans le délibéré ou dans les opinions séparées des juges lorsqu'elles existent (c'est le cas à la Cour EDH, au RU, en Turquie et exceptionnellement en Allemagne). On constate inévitablement des sensibilités différentes entre les juges sur de multiples sujets (sur la conception des droits et des libertés, sur la place et le rôle de l'État, l'influence du droit européen, mais aussi sur l'exercice de la fonction de juger, la cohérence de la jurisprudence, la prise en compte des faits concrets...). Ces différences s'expliquent autant par les convictions politiques, philosophiques ou religieuses que par la formation professionnelle de chacun. Certains entretiens ont également fait apparaître des clivages entre hommes et femmes sur certains sujets (droits sociaux, droit de la famille ou droit pénal : v. à ce sujet les rapports sur l'Espagne et la Cour EDH).

Contingentes selon les sujets, ces différences personnelles sont difficilement systématisables. Par ailleurs, il est délicat de mesurer leur impact dès lors que la décision rendue est une décision collégiale (d'autant plus lorsque le nom du rapporteur n'est pas connu comme c'est le cas en France). En outre, si elles peuvent exercer une influence sur les décisions rendues, elles n'ont pas forcément d'impact sur l'élaboration des décisions. Néanmoins, encore faut-il souligner que certaines cours semblent plus attentives que d'autres à ces différences (la Cour constitutionnelle allemande tient compte de la représentation idéologique de la Cour dans la composition des sections, l'exigence de parité est de plus en plus présente en France par exemple). Comme cela a été dit en introduction de ce rapport, ces questions mériteraient d'être approfondies par une étude sociologique et psychologique plus poussée. De plus, ces différences peuvent se retrouver sur les méthodes de travail (même si ces méthodes peuvent être très variables d'une personne à l'autre) et la forme des décisions rendues. À cet égard les universitaires semblent plus attachés à la pédagogie (c'est ce qui a pu être observé en Allemagne et en Belgique ainsi qu'à la Cour EDH) et à un contrôle assez abstrait (c'est ce qui semble ressortir des observations faites à la Cour EDH). Les praticiens eux, qu'ils soient d'anciens politiques ou d'anciens juges, semblent plus attachés aux effets concrets de leurs décisions (c'est ce qui ressort notamment des entretiens menés auprès des juges constitutionnels français). Par ailleurs, les juristes sont plus attentifs à la cohérence et aux motifs que les politiques. Mais ces différences n'ont rien de systématiques et peuvent varier aussi selon la culture juridique d'une juridiction à l'autre (par exemple la force des précédents n'a sans doute pas la même portée pour un juriste continental et un juriste de *common law*). Enfin, la personnalité des juges semble être parfois un critère plus déterminant que le profil professionnel ou le sexe pour expliquer certaines différences entre les juges.

Au sein de la juridiction, on doit distinguer certains acteurs par la place spécifique qu'ils occupent au sein de la juridiction et le rôle stratégique qu'ils jouent dans l'élaboration des décisions.

b) La place spécifique et le rôle stratégique de certains membres

Parmi les membres de la juridiction, il faut souligner la place centrale du Président dans l'organisation du travail de la cour, le rôle essentiel du juge rapporteur désigné pour chaque affaire et le travail crucial des assistants dans l'instruction du dossier ainsi que la part non négligeable de certains services dans l'élaboration des décisions pour certaines juridictions (v. tableaux n° 6 et 7 en annexe 3).

- Le **Président** exerce généralement un rôle central dans l'organisation du travail de la cour.

La désignation du Président varie selon les cours. Parfois nommé comme les autres juges par l'autorité compétente (France, RU, Pologne), il n'est pas rare qu'il soit élu par ses pairs (CEDH, Turquie). À noter qu'en Belgique il existe deux Présidents pour respecter la parité linguistique. Il existe dans certaines cours des Vice-présidents (Turquie, Espagne, RU) qui assurent la présidence de certaines formations de jugement. Le Président exerce un rôle souvent important (seule l'Allemagne semble ici encore une fois faire exception). Les pouvoirs du Président sont comparables dans la plupart des juridictions. C'est lui qui le plus souvent assure la répartition des affaires et des juges (c'est le principe au RU, la règle en Turquie, en France) et qui procède à la désignation du rapporteur (Espagne, France, Italie, Turquie) même si son choix est parfois contraint par des critères de spécialisation (Italie, Allemagne) ou des critères linguistiques (à la Cour EDH). Le Président joue également un rôle important dans l'organisation des débats. Ainsi, le Président conduit le délibéré lorsqu'il fait partie de la formation de jugement (Belgique, France, Turquie et Cour EDH) et favorise le consensus (à la Cour EDH et en Belgique surtout). Il a parfois voix prépondérante en cas de partage des voix dans les délibérations (Belgique, France, Italie, Espagne, Turquie, Cour EDH). Le Président semble jouer un rôle important dans la définition de la politique jurisprudentielle des Cours (à la Cour EDH notamment) mais aussi dans le mode de rédaction des décisions (c'est une des attributions du Président de la Cour constitutionnelle polonaise et c'est une nouveauté depuis mai 2016 en France avec le changement de style des décisions sous l'impulsion du nouveau Président). Son influence est variable selon les personnalités et selon la durée de son mandat.

- Le juge rapporteur joue un rôle crucial dans l'instruction des dossiers.

Il y a en principe un seul juge rapporteur par affaire, parfois deux (pour toutes les affaires en Belgique pour respecter la parité linguistique et en Pologne de manière exceptionnelle en cas d'affaire complexe), il n'existe pas de juge rapporteur à proprement parler dans certaines juridictions (en Turquie la fonction de rapporteur est confié à un assistant juridique et non à un conseiller, au Royaume-Uni il n'existe pas de juge rapporteur car la décision est formée par les opinions individuelles de tous les juges mais un juge peut être désigné pour rédiger l'opinion de tête lors de la réunion qui suit l'audience).

La désignation du juge rapporteur obéit à des modalités différentes selon les cours. Le rapporteur est désigné en principe par le Président et en pratique parfois par le greffe (RU,

Cour EDH, Pologne). Ce choix est effectué selon un plan de répartition pré-déterminé de manière aléatoire équitable (Allemagne, Belgique, Pologne), en tenant compte de la spécialité (en Espagne, en Italie, à la Cour EDH devant la Grande Chambre) ou de manière totalement discrétionnaire (en France aucun critère n'est fixé même si un souci d'équité semble guider cette attribution et si la spécialité des juges ne peut être ignorée dans la répartition de certains dossiers, à la Cour EDH mais c'est souvent le juge national ou un juge maîtrisant la langue et éventuellement la procédure du pays qui est désigné).

Le rôle du rapporteur est identique dans toutes les juridictions : il lui revient de mener l'instruction du dossier et de préparer la délibération en rédigeant un rapport et un projet de décision qui sera transmis aux autres membres de la formation de jugement.

L'identité du juge rapporteur est connue dans certaines juridictions (Allemagne, Pologne, Italie), la France et la Cour EDH font en la matière figure d'exception. L'influence du rapporteur est variable selon les personnalités et en fonction des affaires (elle est par exemple moindre à la Cour EDH pour les affaires de moindre importance traitées en Juge unique et en Comité de 3 juges mais est importante pour les affaires de Chambre et de Grande Chambre).

- Les **assistants** occupent également une place essentielle au sein des juridictions.

Leur nombre varie selon la taille de la juridiction (d'une dizaine pour le Conseil constitutionnel à 270 pour la Cour EDH) et par juge (de 1 à 6 par juge).

Leur désignation est variable selon les juridictions, les assistants sont parfois attachés aux juges qui les recrutent directement (RU, Espagne, Italie, Pologne, Allemagne) ou rattachés à la juridiction qui les met à la disposition de l'ensemble de ses membres (au secrétariat général en France, au greffe à la CEDH, au Président en Turquie) ou les répartit entre plusieurs juges (Belgique) ou selon les affaires (Turquie). L'Espagne et l'Italie ont adopté un système mixte qui mêle assistants personnels et assistants de la Cour (1 assistant personnel et 1 proposé par la Cour en Espagne, 2 assistants personnels et 1 conseiller mis à disposition par la Cour en Italie). Si l'existence de services communs fournisseurs d'assistants se justifiait dans certaines cours à l'origine (c'est le cas au Conseil constitutionnel en raison du faible nombre d'affaires qui lui étaient soumises avant 2010 et à la Cour EDH qui n'était pas initialement une cour permanente), certains juges expriment aujourd'hui le souhait d'avoir des assistants attitrés (c'est d'ailleurs le cas avec la possibilité ouverte à la Cour EDH depuis un an de recruter des assistants en contrat à durée déterminée pour se faire aider dans la préparation d'opinions séparées). On note que la fonction d'assistant est plus ou moins pérenne selon les cours (fonction pérenne en Belgique et en Italie avec la transmission de juge à juge, fonction temporaire dans les autres cours avec un profil très jeune à la Cour constitutionnelle allemande et en Pologne). Dans tous les cas, ce qui semble rassembler l'ensemble des cours s'agissant du recrutement des assistants c'est l'exigence d'un haut niveau de compétences juridiques. Les assistants sont recrutés parmi les universitaires et au sein de la magistrature.

L'influence déterminante des assistants est plus marquée dans certaines cours (en France et en Allemagne où les assistants sont parfois présentés comme formant un corps voire une chambre à part dans la juridiction pour montrer à la fois l'importance et la cohésion des membres du groupe formé par les assistants). Bien qu'ils ne délibèrent pas, les assistants jouent un rôle essentiel dans l'élaboration des décisions à travers le travail préparatoire qu'ils effectuent au stade de l'instruction : de la recherche documentaire et de l'assistance juridique dans toutes les cours (en Italie, en Belgique et en Allemagne notamment) à la rédaction de projets de décision (en Turquie, en France, à la Cour EDH et en Allemagne pour les décisions rendues en section de 3 juges, en Italie en ce qui concerne la partie « en fait »)[19]. Les tâches qui leur sont attribuées sont donc très larges et peuvent varier selon les cours, selon les affaires en cause mais aussi selon les juges. La répartition du travail et les rapports entre les juges et les assistants dépendent de chaque juge (de leur profil ou de leur personnalité) mais aussi et surtout de la structure de la juridiction. Il faut en effet distinguer selon que les assistants sont attachés de manière personnelle à un juge, comme c'est le cas dans la plupart des cours constitutionnelles, ou partagés entre les juges sous l'autorité d'un service formant un bloc face aux juges, comme c'est le cas du service juridique en France ou du greffe à la Cour EDH.

- La place du **greffe** est très variable selon les cours, rôle purement administratif ou décisionnel. Le greffe joue un rôle très important dans certaines cours. Ce rôle peut porter sur le respect de la procédure et le filtrage des saisines (Cour EDH, RU), l'orientation des affaires (Allemagne, RU, Cour EDH), la préparation voire la rédaction des décisions (Cour EDH). Ses membres sont parfois élus (c'est le cas à la Cour EDH pour le greffier en chef et le greffier adjoint) ce qui témoigne de l'importance reconnue à cette fonction.

- Le **secrétaire général** assure une mission de direction et de coordination des services. En Espagne, il est élu parmi les assistants. En France, il est désigné par le Président du Conseil ; il est généralement choisi parmi les membres du Conseil d'État. Son rôle est en principe purement administratif (exemple en Italie) mais en France il joue souvent un rôle essentiel dans l'élaboration et la diffusion de la jurisprudence (par la note qu'il rédige sur chaque affaire qui est distribuée à l'ensemble des juges et qui sert de base au commentaire de la décision qui l'accompagne et l'éclaire).

- Certains **services** (service de recherche et de documentation, service juridique, de droit comparé, service de presse…) jouent un rôle essentiel dans la préparation des décisions (constitution de dossiers documentaires pour chaque décision rendue en France et de dossiers

[19] Seul le Royaume-Uni semble faire exception sur ce point : les juges rédigent visiblement eux-mêmes leurs opinions.

thématiques en Italie) et la diffusion de la jurisprudence (exemple en Italie avec le service des études ; en France avec la mise en ligne des différents supports de communication ; à la Cour EDH avec le service de la presse qui met en ligne des fichiers thématiques et par pays…).

2) Les différentes formations de jugement

La répartition des affaires entre les différentes formations de jugement obéit à des règles très variables selon les juridictions (v. tableau n° 7 en annexe 3). Il faut d'abord mentionner le cas où une seule formation de jugement existe et examine l'ensemble des dossiers : c'est le cas du Conseil constitutionnel français et de la Cour constitutionnelle italienne ; c'était également le cas de la Cour constitutionnelle turque avant 2010. Mais cela reste une exception et toutes les autres juridictions étudiées connaissent plusieurs formations de jugement compétentes pour statuer sur les différentes affaires soumises à la juridiction et où le recours à l'assemblée plénière - formation la plus solennelle qui réunit le plus grand nombre de juges, nombre variable selon les cours - est rare (voir l'exemple de l'Allemagne, de la Pologne, de la Turquie, du RU). Nous avons évoqué au stade du filtrage les formations restreintes et de juges uniques - au RU et devant la Cour EDH - compétentes pour statuer sur la recevabilité des requêtes. Il faut également envisager le cas classique de la formation ordinaire de jugement. La plupart des cours sont divisées en chambres elles-mêmes divisées en sections (c'est le cas de l'Espagne et de l'Allemagne) ou de sections au sein desquelles sont formées les chambres (cas de la Cour EDH et de la Turquie).

L'attribution des affaires à l'une des formations de jugement relève généralement du Président, parfois de l'assemblée plénière (cas de l'Espagne). Dans certaines cours, c'est le greffe qui assure la répartition des affaires (Cour EDH, RU qui assiste le Président, ce dernier pouvant désigner des juges additionnels). Un dessaisissement est généralement toujours possible au profit d'une formation plus importante (Cour EDH). Mais ce choix est en principe encadré par des critères pré-déterminés par les textes qui définissent la compétence de chaque formation. Ainsi, les affaires réservées à la formation la plus solennelle sont sans surprise les affaires les plus importantes et les plus complexes (voir en ce sens les affaires soumises à la formation plénière en Belgique, en Pologne, au RU et à la Grande Chambre à la Cour EDH[20]) alors que les formations restreintes sont compétentes pour statuer sur la recevabilité et sur les cas faciles (v. *supra* sur le filtrage). Dans le même sens, la répartition entre les différentes formations peut se faire par matière (v. notamment en Espagne ou en Allemagne où les chambres sont spécialisées chacune dans un domaine juridique) ou par type de recours (les contentieux les plus sensibles étant souvent réservés aux formations les plus solennelles : voir

[20] Il faut noter la différence entre la Grande Chambre et l'Assemblée plénière à la Cour EDH, cette dernière statuant essentiellement sur les questions relatives à l'organisation de la Cour.

par exemple le contentieux des partis politiques et le recours en annulation en Turquie, le contrôle préventif en Pologne ou encore le contrôle de constitutionnalité des traités en Espagne relèvent exclusivement de l'Assemblée Plénière). Par ailleurs, la réunion de la formation la plus solennelle peut être déclenchée à la demande du requérant (à la Cour EDH cette demande de renvoi étant conditionné à l'accord d'un collège de 5 juges) ou des juges (en Belgique à la demande de 2/7 des juges de la formation limitée). On peut remarquer une tendance au renvoi vers la formation plénière dans certaines cours (v. notamment en Belgique).

Si dans certaines cours, le choix de la formation est décisif pour le traitement d'une affaire et sa solution (c'est le cas par exemple de l'Allemagne où les pratiques divergent beaucoup d'une section à l'autre) ce qui peut être problématique du point de vue de l'unité, son impact porte le plus souvent sur la forme de la décision (sur sa motivation et sa publication, v. *infra*).

La répartition des juges au sein de la formation de jugement peut être fixe ou variable. Elle est fixe en Espagne et en Allemagne où les juges sont répartis en deux chambres spécialisées et en sections dont la composition change tous les 3 ans ; il en est de même en Turquie et à la Cour EDH pour les sections. Mais le plus souvent, la composition de la formation de jugement varie pour chaque affaire (c'est le cas au RU, en Pologne, en Belgique et à la Cour EDH). La constitution de ces formations *ad hoc* est effectuée en tenant compte de certaines exigences, comme l'équilibre linguistique et professionnel (c'est le cas en Belgique), l'origine et la compétence des juges (c'est le cas pour la constitution des panels de juges au RU, c'est le cas également à la Cour EDH où le juge national est membre de droit de la formation de jugement). Elle résulte parfois d'un tirage au sort (cas de la Grande chambre à la Cour EDH).

La structure de la juridiction est une donnée importante pour la compréhension du processus de fabrication des décisions. L'organisation de l'institution a permis de faire apparaître la nature des relations entre certains de ses membres. La question des rapports entre les différents acteurs du procès est essentielle pour comprendre et mesurer la part de chacun dans la construction de la décision. À cet égard, l'observation des pratiques au sein des juridictions étudiées montre que la décision est le fruit d'un dialogue plus ou moins ouvert entre les acteurs, et par conséquent une œuvre construite à plusieurs mains.

B) L'ÉCHANGE CONTRADICTOIRE ENTRE LES PARTIES ET AVEC LES TIERS

Il est désormais admis que la procédure suivie devant les juridictions constitutionnelles et européennes peut, voire doit, être soumise aux exigences du procès équitable. Parmi ces exigences, le caractère contradictoire de la procédure constitue donc une contrainte pour toutes les cours mais aussi une ressource puisque l'échange des arguments permet d'éclairer le juge en vue de prendre la bonne décision.

Le débat contradictoire est inscrit dans l'ADN de certaines cours. Il en est notamment

ainsi au Royaume-Uni où le rôle des parties domine la procédure accusatoire (v. *infra*). Dans d'autres cours, le contradictoire a été formellement introduit dans la procédure assez récemment. C'est le cas en France depuis la mise en place de la QPC et en Turquie avec la plainte constitutionnelle. Dans toutes les cours, le contradictoire tend à se renforcer sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH même si des progrès restent à faire dans certains domaines. En effet, son étendue et son respect demeurent variables. Dans la plupart des cours, le contradictoire est en effet une exigence diversement appliquée selon le type de recours (exemple en Turquie où le contradictoire est réservé au recours individuel et en France où il est rudimentaire dans le recours *a priori* et codifié seulement pour la procédure suivie en matière de QPC), le stade la procédure (v. *supra* sur le filtrage) ou la formation de jugement (v. *infra* s'agissant de l'audience).
La contradiction implique le droit pour les parties de disposer de tous les arguments portés à la connaissance du juge par l'autre partie, par un tiers intervenant (possible notamment en l'Espagne et en France en QPC : v. *infra II. B.*), ainsi que des moyens soulevés d'office par le juge (v. *supra I.A.3.a)*), afin de pouvoir y répondre. Le respect de ce principe suppose donc la communication aux différentes parties ainsi qu'aux autorités et tiers intervenants de tous les documents et pièces fournies au juge et la fixation d'un délai suffisant pour y répondre. Cette communication s'étend aux mesures d'instruction (comme les avis d'experts et les rapports d'*amicus curiae*) même si certains progrès restent à faire (à cet égard, voir notamment le débat actuel sur les portes étroites en France).

La contradiction se traduit ensuite par la possibilité de déposer devant le juge des observations qui peuvent être à la fois écrites et orales. Elle est tout d'abord écrite avec l'échange des mémoires qui s'est intensifié ces dernières années, avec le développement de l'écrit devant certaines juridictions (c'est le cas au Royaume-Uni) et du numérique (en Belgique et en France notamment). Les délais imposés aux parties pour déposer leurs observations sont variables selon les cours (3 semaines en France, 2 mois en Pologne, délai fixé *ad hoc* devant la Cour EDH...).

Le débat contradictoire peut se poursuivre ensuite de manière orale lors de l'audience. Il faut ici préciser que l'audience n'est pas systématique, sauf au Royaume-Uni. Elle est parfois réservée à certaines formations (par exemple en Allemagne elle n'a pas lieu devant les sections et demeure rare devant les chambres, même chose à la Cour EDH où les audiences sont systématiques seulement devant la grande chambre et rares devant les chambres) ou à certaines affaires (exemple en Allemagne pour les affaires qui ont une importance politique). Elle est parfois conditionnée à la demande expresse des parties (exemple en Italie dans le cadre du contrôle incident) ou à la décision des juges (par exemple en Pologne où les parties ainsi que le Président de la Cour peuvent solliciter une audience). Lorsqu'une audience est prévue, l'échange entre les parties et les juges est plus ou moins fructueux selon la qualité des interventions des parties et de leurs représentants et la précision des questions posées par les juges (à cet égard, l'évolution de la pratique lors de l'audience notamment au Conseil constitutionnel où les membres posent désormais - depuis 2016 - des questions aux avocats

des parties et au représentant du gouvernement), les secondes ayant sans doute un impact *a posteriori* sur les premières. Les audiences semblent avoir peu d'importance dans les autres cours sauf exception (au Royaume-Uni). L'influence de l'audience sur la prise de décision est donc variable selon les traditions juridiques et la pratique des acteurs. Mais l'impact de l'audience est aussi fonction des conditions de sa préparation, notamment du délai, et de sa place au sein du processus de décision, d'une part par rapport à l'instruction (selon que l'audience permet ou non de la réouvrir et sous quelles conditions : ce cas est rare en France mais il est fréquent dans d'autres pays, en Pologne et au RU par exemple) et d'autre part par rapport au délibéré (selon que ce dernier a lieu sur le siège ou est reporté à une date ultérieure et selon le délai entre cette date et celle de l'audience : c'est le cas en Pologne et au Royaume-Uni où la délibération suit immédiatement l'audience mais pas en France même si les délais contraints imposent un délibéré dans un laps de temps inférieur à un mois et demi).

En conclusion, on constate un renforcement du contradictoire qui s'applique aux éléments tant fournis par les parties que recherchés par le juge (v. *supra* sur les pouvoirs d'office et les pouvoirs d'instruction). Si l'échange contradictoire constitue une base de réflexion pour le juge, ce dernier doit également puiser dans les sources du droit pour forger sa conviction.

B. UNE ŒUVRE « CONSTRUITE » À PLUSIEURS MAINS

L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européenne est un processus qui repose sur le dialogue entre les différents acteurs du procès : d'une part, le dialogue interne à la juridiction, entre les juges bien sûr - qui caractérise la décision collégiale - mais aussi avec leurs collaborateurs, d'autre part, le dialogue externe à la juridiction avec les parties et les tiers. Cette présentation renvoie l'image d'une œuvre construite à plusieurs mains. Pour mesurer la part de chacun des acteurs dans la construction de la décision, il convient tout d'abord d'analyser les pratiques de la collégialité entre les juges (1) et les modalités de leur collaboration avec les assistants (2) avant d'envisager les liens qu'ils entretiennent avec les parties et les tiers intervenants (3).

1) Une collégialité variable entre les juges

Le **caractère collégial** de la procédure est un élément inhérent à la procédure juridictionnelle. C'est un principe qui souffre néanmoins d'exceptions. Ainsi, au stade de la recevabilité, certaines juridictions ont recours à un juge unique (Cour EDH, RU). La collégialité est une exigence particulièrement forte dans certaines cours (Allemagne, RU, Belgique). Son intensité est variable selon plusieurs facteurs ;

- le **nombre de juges** dans la formation de jugement : plus ce nombre est élevé, plus la collégialité est renforcée et plus le risque de confrontation s'accroît – de ce point de vue la proposition d'augmenter le nombre de juges en Belgique n'est pas forcément bien perçue par les juges eux-mêmes.

- les **modalités d'arrêt de la décision** : exigence de majorité simple ou renforcée voire d'unanimité (selon le type de décisions rendues et les formations de jugement), recherche du consensus (v. *infra*), possibilité de dévoiler les opinions dissidentes... Ces éléments ont un impact sur la collégialité qui peut être positif ou négatif. À cet égard, la possibilité pour les juges de faire connaître leurs opinions séparées fait débat au sein de certaines cours constitutionnelles qui n'autorisent pas cette pratique (en France, en Belgique, en Italie). La crainte est que l'introduction de cette faculté de faire connaître son opinion séparée encourage les juges à s'exprimer individuellement et nuise ainsi au travail collégial et à la recherche de compromis. Pourtant, l'existence des opinions séparées (Pologne, Turquie, RU, Cour EDH, Allemagne) ne semble pas être un frein à la collégialité (elles sont d'ailleurs exceptionnelles en Allemagne et en Pologne et en recul au RU). A l'inverse, cette possibilité peut conduire à renforcer le dialogue entre les juges dès lors que l'objectif recherché est d'éviter de telles opinions et de réunir une majorité la plus large possible (v. l'exemple à la Cour EDH où les juges veillent à éviter le vote 4/3 au sein de la chambre).
- la **culture du consensus** : la recherche du consensus est une tendance lourde dans certaines juridictions (c'est le cas en Belgique notamment), un objectif qui se renforce dans d'autres (c'est le cas au Royaume-Uni), un idéal difficile à atteindre pour d'autres. L'obtention du consensus peut être favorisée par plusieurs facteurs :
- la **culture politique** du pays mais aussi la **structure de la juridiction** : c'est le cas en Belgique où le souci de préserver l'unité entre les deux communautés linguistiques et de rechercher le compromis est une constante ; le système de nomination des juges peut également favoriser cette culture du compromis entre les différentes forces politiques (v. notamment en Belgique et en Allemagne où les candidatures font l'objet d'un compromis entre les partis politiques).
- **l'organisation du travail** : plusieurs éléments peuvent ici être relevés :
    - le développement du travail en amont (voir par exemple au RU et en France) ;
    - la possibilité voire l'obligation de fixer un autre délibéré : les délibérés successifs à la Cour EDH, en Belgique ou en Pologne tendent à permettre de trouver une solution de compromis (à ce sujet, v. *infra III.*) ; en Italie l'existence d'un second délibéré sur la motivation après publication de la solution impose aux juges de dégager une large majorité lors du premier délibéré.
    - l'influence du travail de certains acteurs, en particulier du juge rapporteur chargé de préparer le projet de décision et du Président de la formation de jugement au moment des délibérations (v. *supra* les développements sur le rôle du Président de la Cour).

En toute hypothèse, la recherche de solutions consensuelles ou de compromis est

également tributaire de la personnalité des juges (les entretiens menés ont révélé certaines différences entre les juges à cet égard).

Les débats entre les juges sont plus ou moins formalisés selon les cours (très formalisés en Allemagne, peu en France et au RU), parfois très ouverts (en Allemagne et au RU notamment).

La collégialité s'exerce à plusieurs moments du processus de décision : des discussions orales peuvent être nouées entre les juges en amont du délibéré, de manière formelle (au RU lors de la *Fisrt conference* après l'audience mais également depuis peu avant l'audience une brève discussion est engagée entre les juges) ou informelle (dans la plupart des cours notamment en France dans ce que certains appellent « des délibérés de couloir »), ce qui permet d'échanger et de rapprocher les points de vue. Une collégialité écrite s'exerce parfois entre certains juges privilégiés (c'est le cas en Belgique entre les deux rapporteurs) ou entre les juges de certaines formations de jugement au sein desquelles la décision est arrêtée par circulation du projet de jugement et non lors d'une délibération (c'est le cas en Allemagne pour les décisions de section). La collégialité peut également s'exercer en aval du délibéré pour la rédaction de la décision (c'est le cas pour les arrêts de grande chambre de la Cour EDH où un comité de rédaction est désigné, c'est également le cas en Allemagne pendant le « délibéré de lecture » qui suit le délibéré oral et au RU après la *First conference* lors de laquelle est désigné le rédacteur de l'opinion de tête).

La collégialité est réservée au moment du délibéré dans certaines cours (Espagne, France). On notera que pour assurer la qualité de la collégialité, il est nécessaire que tous les juges disposent suffisamment longtemps avant le délibéré des documents préparatoires (c'est en principe le cas en Turquie où un délai d'une semaine est fixé, en France aucun délai n'est fixé et il est apparemment fréquent que les juges ne découvrent le projet de décision que deux jours avant le délibéré).

Alors qu'on observe un renforcement de la collégialité en amont du délibéré dans certaines cours (c'est le cas de la Cour suprême du RU), le travail collégial apparaît insuffisant dans d'autres cours (notamment en France la collégialité s'exerce dans des délais très contraints qui laissent peu de place au débat entre les juges, l'essentiel se joue en amont à travers le dialogue entre le juge rapporteur et les membres du service juridique dont l' « hyper-collégialité » contraste avec la solitude du juge-rapporteur).

2) La collaboration étroite des assistants

Les juges et les assistants entretiennent des rapports de collaboration. La collaboration entre les juges et les assistants est souvent décrite comme étroite. C'est le cas en particulier lorsque les assistants sont choisis par les juges eux-mêmes (v. *supra*) mais c'est également le cas lorsque les juges rapporteurs sont assistés par les services de la juridiction (greffe à la Cour EDH, rapporteurs en Turquie), même si l'étroitesse de la collaboration peut alors être teintée de concurrence (service juridique en France).

Les méthodes de travail varient d'une juridiction en fonction de l'organisation et de la répartition des assistants (système centralisé à la française ou à la strasbourgeoise, système décentralisé dans les autres cours) voire d'un juge à l'autre (selon la formation professionnelle des juges – politique ou judiciaire - et leur personnalité).

Les échanges entre les juges et les assistants (exemple au RU avec les *coaching sessions*) peuvent être renforcés par certaines pratiques (comme la pratique des assistants tournants en Belgique imposée par la réduction du nombre de référendaires ou la pratique des coaching sessions au RU). Les échanges entre les assistants permettent également de renforcer la discussion collégiale (par exemple en Italie où des réunions entre assistants ont lieu deux semaines avant l'audience ce qui permet aux juges non rapporteurs d'être informés du dossier).

Le travail fourni par les assistants est essentiel pour la réflexion et la prise de décision des juges. Dans certaines cours, les assistants n'exercent pas seulement un rôle de conseil mais ils ont également une forte influence sur la décision en vertu de la relation de confiance qu'ils entretiennent avec leur juge (c'est le cas en Allemagne pour les décisions prises en section à 3 qui sont préparées par les assistants) ou de l'importance de leur place et de leur fonction au sein de la juridiction (c'est le cas en France où le service juridique assiste le juge rapporteur et rédige une note qui est distribuée à tous les conseillers afin d'éclairer la délibération[21], *idem* en Turquie où les assistants jouent le rôle de « rapporteurs »). Les assistants ont également un rôle essentiel dans la rédaction des projets de décision sous le contrôle du juge rapporteur (v. *supra*). A la Cour EDH et au Conseil constitutionnel français, l'organisation centralisée du groupe des assistants présente l'avantage d'harmoniser la rédaction des décisions mais l'inconvénient de réduire la part d'autonomie des juges, qu'il soit ou non rapporteur. En effet le travail des assistants est essentiel pour le juge rapporteur mais il l'est également pour les autres juges afin de se tenir informé du dossier (v. *supra*) et de préparer des alternatives au projet de décision voire des opinions séparées.

3) La contribution active des parties et des tiers

La décision rendue par toute juridiction est une réponse à une demande faite par un requérant. Elle est le fruit de la réflexion du juge éclairée par l'échange contradictoire des arguments entre les parties et les tiers qui ont été invités à intervenir au procès. Les cours constitutionnelles et européennes n'échappent plus à cette dimension procédurale de leur office. Dans le cadre de cette étude, il nous est donc apparu nécessaire de mesurer le rôle joué

[21] La façon dont cette note est rédigée aura un impact évident sur la discussion entre les juges qui sera plus ou moins ouverte.

par les parties et par les tiers dans l'élaboration des décisions rendues.

*** Le rôle des parties** varie selon la nature du contentieux. Dès lors que l'on se trouve dans le cadre d'un contentieux objectif, il demeure limité. Ainsi certaines juridictions ont pendant longtemps refusé aux parties d'intervenir devant elles lorsqu'elles étaient saisies par voie incidente (c'était le cas de l'Espagne qui a été condamnée pour cela par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt Ruiz Matéos ; ce n'est que depuis 2007 que les parties peuvent intervenir dans le cadre du procès incident). Or aujourd'hui, les parties sont largement invitées à intervenir devant le juge constitutionnel y compris dans le cadre d'une saisine indirecte, par renvoi préjudiciel. Il faut néanmoins voir que le juge de renvoi constitue un filtre entre les parties et la juridiction constitutionnelle. La décision de renvoi fera plus ou moins de place aux données du litige et aux arguments des requérants pour justifier et orienter la question posée. Le juge constitutionnel se sentira plus ou moins libre par rapport à la formulation de la demande par le juge et les parties. Il en est de même en recours direct. Néanmoins, il paraît évident que plus la saisine sera de qualité, précise et étayée dans son argumentation, plus la décision du juge le sera en retour (en ce sens on peut noter l'évolution des saisines dans le cadre du contrôle *a priori* en France qui a conduit le Conseil constitutionnel à rendre des décisions de plus en plus longues et mieux motivées ; au contraire les saisines non motivées donnent lieu à des décisions lapidaires). Il faut donc souligner le rôle d'information et de conviction que jouent les parties auprès du juge, en lui apportant des sources utiles à sa réflexion (v. *supra* notamment les jurisprudences externes et la doctrine mais aussi des éléments concrets sur les conséquences de sa décision).

Mais il faut relativiser la part active prise par les parties (ou plutôt par leurs représentants) dans le procès. Cette part est variable selon les contentieux comme nous l'avons dit mais aussi selon les cours et selon les parties. Plusieurs paramètres permettent de mesurer la place faite aux parties dans le processus décisionnel :

* La place faite à la **discussion orale lors de l'audience :** elle est très importante au RU où les audiences sont très approfondies, elle est beaucoup moins importante dans les autres cours où l'audience revêt un caractère assez statique (c'est le cas en France même si l'interactivité a été renforcée avec la possibilité depuis 2016 pour les juges de poser des questions aux parties). Ce caractère assez formel justifie le choix fait par la plupart des cours (Belgique, Allemagne, Pologne, Cour EDH) de réserver le recours à l'audience au cas où les parties le demandent ou lorsque les juges considèrent qu'une telle audience est nécessaire.

* La **possibilité pour les parties d'avoir communication et de répliquer** à la transmission de certains documents préparatoires à la décision (le rapport du rapporteur par exemple comme c'est le cas en Turquie) ou portés à la connaissance du juge (comme les tierces interventions ou les mesures d'instruction sollicitées par le juge, tels que les rapports d'experts ou les avis d'*amici curiae*) par des observations additionnelles (comme c'est le cas en Pologne) ou par des échanges ou des auditions contradictoires (c'est le cas en France dans le cadre du contrôle *a posteriori* où les mémoires présentés par des tiers admis à intervenir ainsi que les auditions qui peuvent être sollicitées pendant l'instruction sont soumises au

contradictoire).

Au-delà de ces éléments liés à l'organisation du procès, les moyens des parties (moyens financiers, juridiques) semblent être un élément déterminant et discriminant concernant l'influence que peuvent avoir les parties. Les juges ont souligné l'importance de ces différences de moyens en notant que si certaines parties sont bien armées juridiquement, d'autres sont moins bien dotées. Ces différences se ressentent dans les mémoires et les juges semblent sensibles à admettre ici le support des tiers pour permettre à des parties faibles de se défendre.

- **L'ouverture aux tiers :**

Alors que la dimension objective du contrôle de constitutionnalité justifierait une ouverture du prétoire à tout citoyen, la plupart des cours constitutionnelles ont eu un réflexe de fermeture vis-à-vis des tiers. La crainte était sans doute justifiée par le risque d'encombrement. Il est donc assez curieux de constater que les cours qui admettent le plus largement les tiers sont celles qui sont amenées à statuer dans un délai très bref (Conseil constitutionnel) ou qui connaissent une masse contentieuse importante (Cour EDH). Mais cela s'explique sans doute par les besoins de ces juridictions qui sont assez éloignées des situations concrètes que leurs décisions ont pourtant pour conséquence d'englober (délai souvent très court après l'adoption de la norme pour le Conseil constitutionnel, éloignement géographique pour la Cour EDH) De manière générale, il faut constater que les pratiques varient non seulement selon les cours mais aussi devant chaque cour selon le type de recours et la nature du tiers.

Il faut distinguer deux catégories de tiers (v. tableau n° 9 en annexe 3) :

- les *tiers institutionnels* (les États et les institutions de défense des droits de l'homme comme le Commissaire des droits de l'homme à la Cour EDH, les institutions politiques devant les cours constitutionnelles) qui sont des tiers privilégiés puisqu'ils n'ont pas besoin de démontrer un intérêt, leur intervention est admise de droit. Les tiers institutionnels sont en effet largement admis à intervenir devant les cours constitutionnelles et européennes (notamment en Belgique, devant la Cour EDH). Le rôle joué par les institutions de défense des droits, très importante devant certaines cours (Cour EDH, Pologne), est à rapprocher de celui des *amici curiae* qui sont par nature des tiers désintéressés.
- les *tiers non institutionnels* qui sont des tiers intéressés, personnes physiques ou morales, qui défendent des intérêts subjectifs. Les cours ont fixé des conditions assez restrictives à leur intervention, que le procès soit déclenché sur recours direct ou par voie incidente. La porte de certaines cours leur est quasiment fermée. Parmi ces tiers intéressés, on peut effectuer plusieurs distinctions selon la position du tiers et les intérêts défendus.

Dans le cadre du contentieux préjudiciel, seules les parties au litige dans le procès principal sont admises à intervenir devant certaines cours (Espagne, Italie, Allemagne). Une position plus souple consiste à admettre les parties engagées dans des litiges analogues

(Belgique, France). Une position plus libérale permet d'ouvrir le prétoire à toute personne susceptible d'être touchée de manière spécifique par la norme en cause. C'est en ce sens que le Conseil constitutionnel a fixé le critère de l'intérêt spécial, critère apprécié largement. D'autres cours sont plus ouvertes aux personnes morales défendant un intérêt collectif (Italie).

Dans le cadre du recours direct, l'admission des tiers est permise devant certaines cours pour les personnes qui sont affectées directement (Espagne) voire défavorablement (Belgique) par la norme en cause ou qui sont dans une situation similaire (États contractants devant la Cour EDH). Il faut noter l'intervention de tiers de manière officieuse devant le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Ces « portes étroites » ont été pendant longtemps le seul accès des citoyens et de la société civile, au Conseil constitutionnel. Produites pour le compte de divers acteurs (associations, syndicats, groupes économiques…), ces interventions ne peuvent être assimilées aux interventions au sens juridictionnel dès lors qu'elles ne sont encadrées par aucune règle de procédure (contradictoire, publicité, délai…). Néanmoins, en raison de la précieuse contribution qu'elles apportent aux juges constitutionnels, certaines voix ont commencé à s'élever pour demander leur publication et poser la question du statut de cette sorte d'*amicus curiae*[22]. D'autres cours peuvent également solliciter de manière discrétionnaire certains tiers pour éclairer leur réflexion sans que cela soit encadré (Allemagne).

L'objectif de ces interventions n'est pas forcément toujours au soutien de la demande, il peut s'agit d'intervenir en défense de la norme attaquée. C'est le cas des interventions devant le Conseil constitutionnel français, *a priori* comme *a posteriori*. Ces interventions permettent ainsi d'enrichir, voire d'élargir, le champ de la réflexion du juge. Les intervenants peuvent notamment soulever des moyens qui n'ont pas été visés par les parties requérantes. C'est d'ailleurs une exigence formelle posée par certaines cours que l'intervention complète le point de vue défendu par le requérant (Cour EDH). D'autres juridictions interdisent en revanche d'étendre la portée de la demande (Belgique).

En définitive, les positions sont très variables d'une cour à l'autre voire d'un recours à l'autre. Ce qui domine semble être une attitude assez pragmatique et sélective de la part des cours qui apprécient l'intérêt de l'intervention en fonction du contexte de l'affaire en cause et de ses besoins pour la résoudre. Il transparaît en effet que l'admission des tiers est davantage

---

[22] En ce sens, v. en particulier la note rédigée par le Professeur Denys de Béchillon pour le Club des juristes : http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/. Après avoir reçu l'auteur de cette réflexion, le Conseil constitutionnel a décidé le 21 février 2017 de publier désormais la liste des « contributions extérieures » qui lui ont été adressées avec la décision rendue : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/communique-sur-les-contributions-exterieures.148638.html.

au service du juge et de sa mission objective de protection de la Constitution que de la protection des intérêts défendus par les tiers (en ce sens on notera le flou qui semble entourer ces interventions, tant du point de vue des critères que de la procédure d'admission).

L'apport relatif des différents acteurs dans le processus décisionnel dépend d'un ensemble de facteurs, notamment de l'organisation de la juridiction et du travail entre ses membres mais aussi de l'ouverture de la juridiction sur l'extérieur, aux tiers. Ces divers acteurs influent plus ou moins sur l'œuvre en fonction de la part qui leur est faite dans la construction de la décision. Il s'agit maintenant d'analyser cette œuvre pour avoir une vision plus précise de la façon dont les cours rendent compte de leurs décisions.

III. L'œuvre : produit et (re)présentation des décisions

À l'origine de cette recherche, une des hypothèses de travail reposait sur l'idée selon laquelle les décisions rendues dépendaient des conditions de leur élaboration. Cette idée a déjà pu être confirmée à travers l'étude des décisions de filtrage (v. *supra*). Il convient ici de vérifier la validité de ce présupposé à propos des autres décisions, les plus importantes qualitativement. Mais on pourrait également renverser la problématique car l'ouvrage réalisé, l'acte rendu, révèle en partie ses fondations (ses sources d'inspiration, ses méthodes d'interprétation et de contrôle…). Cependant, le résultat visible peut ne pas refléter l'ensemble du processus (notamment toutes les sources prises en compte et les discussions qui ont eu lieu entre les acteurs). Issue du délibéré, la décision matérialise le contrôle effectué par les juges. L'œuvre produite apparaît ainsi comme le produit du délibéré entre les juges (A) et le compte-rendu de leur contrôle (B). Nous avons étudié et comparé les pratiques à cet égard pour vérifier si cette présentation correspond bien à la réalité. Nous avons également essayé de mesurer l'impact du temps et du chiffre sur cette œuvre (C). Nous avons enfin envisagé les outils utilisés pour en assurer la diffusion auprès des destinataires mais aussi des autres cours (D).

A. LE PRODUIT DU DÉLIBÉRÉ ?

La décision rendue est en principe le produit final de la discussion collégiale qui s'est déroulée au moment du délibéré. L'étude des pratiques concernant l'organisation du délibéré (a) nous a permis de vérifier la réalité de son impact sur la décision rendue (b).

1) L'organisation du délibéré

Le délibéré est le moment de la discussion formelle entre l'ensemble des juges de la formation de jugement permettant d'arrêter la décision collégiale. Cette étude comparative a permis de faire apparaître certains points de convergence mais aussi certaines spécificités concernant à la fois l'étendue, les participants et le déroulement du délibéré.

a) L'étendue du délibéré

En principe toute décision doit faire l'objet d'un délibéré. Cependant, on note quelques exceptions :

- en Allemagne, il n'y a pas de délibéré dans les sections, la décision est prise par écrit par circulation du projet entre les juges.
- au Royaume-Uni, il n'existe pas de délibéré à proprement parler : il existe seulement une réunion initiale de tous les juges concernés par l'affaire pour exprimer leur point de vue préliminaire après les audiences. Les échanges entre les juges se poursuivent ensuite de manière informelle à travers les « coaching sessions ».

À l'inverse, certaines cours organisent souvent deux délibérés, un pour se mettre d'accord sur la solution envisagée et l'orientation générale du projet et un autre pour adopter définitivement le projet de décision, la motivation (c'est le cas en Allemagne, en Italie et à la Grande chambre de la Cour EDH). Dans certaines cours, les délibérés peuvent se multiplier durant un an ou deux dans les cas particulièrement difficiles ou controversés (exemple en Pologne). Pour anticiper certaines difficultés, on constate le développement en France des délibérés « de couloir », pratique officieuse qui permet par des discussions informelles de préparer en amont le délibéré (certains juges souhaiteraient la mise en place d'un pré-délibéré ou d'une séance blanche après l'audience ce qui permettrait un meilleur respect de la collégialité).

b) Les participants au délibéré

En principe, seuls les juges formant la juridiction de jugement participent aux délibérés. Les assistants en sont exclus sauf exceptions (cas du secrétaire général et du service juridique en France, du greffe pour la Cour EDH et des assistants rapporteurs en Turquie).

Certaines contraintes sont parfois fixées pour délibérer : l'exigence de *quorum* peut varier selon les cours (majorité absolue en Turquie sauf exceptions, renforcée dans les autres cours), les formations de jugement (exemple en Belgique le *quorum* pour la formation plénière est de 10 juges au moins et autant de juges d'expression française que de juges d'expression néerlandaise), voire selon les formations de jugement (en Pologne la présence de tous les juges est requise pour les formations de 3 ou de 5 juges) ; on observe aussi une exigence de présence aux audiences (par exemple en France).

Il faut noter que le Président de la formation de jugement joue un rôle essentiel dans le déroulement du délibéré. Il dirige les débats, facilite la recherche du consensus, et dispose parfois d'une voix prépondérante (Belgique, France, Italie, Espagne, Turquie, Cour EDH).

c) Le déroulement du délibéré

Le déroulement du délibéré répond à un rituel défini de manière assez similaire dans l'ensemble des cours : après la présentation de l'affaire par le juge rapporteur, les débats sont

dirigés sous l'autorité du président de la formation de jugement. Pendant la discussion, la répartition de la parole est variable selon les cours, formalisée selon l'ancienneté dans certaines cours (du plus ancien au plus jeune en Turquie et en Pologne, inversement en Espagne et en Italie), librement exercée dans d'autres (en France notamment).

Le Président joue un rôle d'arbitre en favorisant le rapprochement des points de vue et en décidant du moment du vote. Les règles de vote sont plus ou moins formalisées et varient selon les époques[23] et les affaires (majorité ou unanimité au stade de la recevabilité). La voix du Président est parfois prépondérante (v. *supra*). Dans la plupart des cours, les décisions sont rendues le plus souvent à la majorité, rarement à l'unanimité ; certaines privilégient la recherche du consensus (en Belgique surtout).

La durée des délibérés est très variable en fonction des cours, de quelques heures (une demi-journée en principe au Conseil constitutionnel français, deux jours au maximum) à plusieurs jours (en Pologne et en Allemagne notamment) et dépend beaucoup de la complexité des affaires (d'une heure à six ou huit heures en Espagne).

Les délibérations sont secrètes, elles font parfois l'objet d'un enregistrement (en Turquie par exemple) ou d'un compte-rendu publié après l'écoulement d'un certain temps (délai fixé à 25 ans en France depuis l'ouverture des archives en 2009, il est de 60 ans en Allemagne). Le résultat des votes est parfois connu (à la Cour EDH ou au RU, en Allemagne mais pas en Pologne). Les désaccords entre les juges peuvent être exposés à travers les opinions séparées des juges lorsqu'elles sont publiées (opinions dissidentes en Allemagne sauf pour les décisions de section, en Pologne et en Turquie, opinions individuelles au RU et opinions dissidentes ou concordantes à la Cour EDH et en Espagne). Il faut néanmoins noter que la pratique des opinions dissidentes reste marginale au sein des cours qui l'admettent (v. notamment en Allemagne et en Pologne où elles ne sont présentes que dans 6/7% des décisions).

2) L'impact variable du délibéré

Lorsqu'il existe (v. *supra*), le délibéré a un impact variable selon les cours. Moment clé en Pologne et en Allemagne, le délibéré revêt une importance plus mesurée dans d'autres cours où les réunions préparatoires et les discussions de couloir exercent un rôle majeur (comme en France et au Royaume-Uni. Son influence peut également varier au sein d'une même cour selon les formations de jugement (limité en chambre, fort en GC à la Cour EDH).

---

[23] Par exemple la pratique de l'abstention qui était reconnue au Conseil constitutionnel dans les années 1970 ne semble plus être admise aujourd'hui comme c'est le cas dans d'autres cours (en Espagne notamment). Un autre exemple concernant l'ordre des votes en Italie par ordre d'arrivée et non plus par âge.

La délibération des juges joue un rôle essentiel dans les cours qui admettent les opinions dissidentes (Allemagne, Pologne, Turquie, Cour EDH). Le souci de rapprocher les points de vue lors de cette réunion collégiale est en effet encore plus fort puisque ces divergences pourront apparaître une fois la décision rendue ce qui risque potentiellement de la fragiliser. La pratique montre que ces opinions restent marginales (notamment en Allemagne et en Pologne).

Le délibéré porte tant sur la solution que sur la motivation de la décision (sur la distinction entre ces deux étapes du délibéré, v. *supra a)*). Les discussions en vue de trouver une motivation de compromis sont souvent intenses en raison de l'attention particulière apportée à la rédaction des décisions (v. *infra*).

B. LE COMPTE-RENDU DU CONTRÔLE

Destinée à rendre compte de l'exercice du contrôle, la décision rendue permet de révéler les caractères du contrôle : son étendue (1), sa nature (2), son intensité (3) ainsi que ses effets (4).

1) L'étendue du contrôle

Le contrôle exercé par les cours faisant l'objet de cette étude porte sur des normes variées selon les cours (traités, lois, actes règlementaires, actes juridictionnels) vis-à-vis de normes de valeur le plus souvent supra-législative, normes constitutionnelles (englobant les lois constitutionnelles et la jurisprudence de chaque cour) ou européennes (v. notamment de la CEDH pour l'Italie, la Turquie, la Pologne, le Royaume-Uni, mais aussi du droit de l'Union pour la Pologne et le Royaume-Uni) voire internationales (v. notamment en Belgique, en Pologne et à la Cour EDH à travers l'interprétation consensuelle et évolutive de la Convention).

Lorsque des normes externes à celles qui relèvent de leur compétence sont en jeu, les cours ont développé des techniques pour restreindre ou au contraire étendre leur contrôle :

- pour restreindre leur contrôle : le contrôle de l'équivalence, inauguré par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt *Solange* et désormais exercé par les cours européennes et les cours constitutionnelles nationales ;
- pour étendre leur contrôle : c'est le cas en Belgique avec la méthode conciliatoire (qui permet de tenir compte de sources analogues) et la méthode combinatoire (qui permet d'exercer un contrôle vis-à-vis de la norme internationale en cas d'atteinte au principe d'égalité).

L'étendue du contrôle exercé est déterminée en principe par la saisine (motivation ou précision de la question préjudicielle) sauf cas de moyen soulevé d'office par le juge (v. *supra*).

Le contrôle exercé par les cours constitutionnelles peut porter à la fois sur la procédure et sur le fond. La plupart des cours exercent également un contrôle sur les lacunes législatives

(Pologne, Belgique, Cour EDH, contrôle de l'incompétence négative en France).

Globalement on constate donc dans l'ensemble des cours une extension du champ de contrôle.

2) La nature du contrôle

La nature du contrôle est en principe soit abstraite, soit concrète, mais la distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret s'avère parfois délicate. La frontière entre ces deux dimensions du contrôle est relativement poreuse et le contrôle exercé mêle souvent les deux avec des degrés différents. Pour schématiser, le contrôle abstrait est un contrôle de la norme considérée de façon abstraite, détachée de toute considération factuelle, le contrôle concret est un contrôle de la norme telle qu'elle est appliquée aux situations concrètes, en tenant compte des faits.

L'expression de « contrôle concret » est utilisée pour désigner deux formes de contrôle :

- *un contrôle de la norme appliquée*, qui tient compte de son interprétation par les autorités chargées de son application (juge et/ou administration) et des effets concrets de cette application sur les situations particulières. Cette forme de concrétisation du contrôle s'observe dans le modèle concentré de justice constitutionnelle qui implique en théorie un contrôle abstrait. Elle se traduit par certaines techniques de contrôle telles que les réserves d'interprétation (v. le développement de cette technique en France, *a priori* comme *a posteriori*, comme en Italie) ou la modulation des effets dans le temps (v. *supra*).
- *un contrôle de l'application de la norme*, exercé dans le cadre d'un litige donné, portant sur les faits propres à l'espèce dont le juge est saisi. Ce contrôle se traduit par le lien entre le litige et la question posée qui constitue une condition de recevabilité (pour le recours individuel et le renvoi préjudiciel) mais détermine également l'examen au fond puisque la norme contrôlée est prise en situation, telle qu'elle a été appliquée dans le cas concret soumis au juge. Un tel contrôle concret est exercé par la Cour EDH et certaines cours constitutionnelles dans le cadre du recours individuel (Belgique, Pologne, Turquie) et/ou préjudiciel (Belgique, Italie). C'est également celui qui est exercé par la Cour suprême du Royaume-Uni (sauf cas de la dévolution). En revanche, les autres cours constitutionnelles (Allemagne, France, Espagne), même lorsqu'elles sont saisies d'un recours individuel ou à l'occasion d'un litige individuel par une question préjudicielle (et que le lien avec le litige conditionne la recevabilité du recours), font un contrôle abstrait pour apprécier la constitutionnalité de la norme en cause, malgré l'appellation de contrôle concret (en Espagne). On peut cependant mettre à part le cas du contrôle portant sur une norme individuelle, comme une décision de justice (c'est le cas en Allemagne).

Par ailleurs, il faut distinguer le contrôle concret d'une forme de contextualisation du

contrôle qui se traduit par la prise en compte des données qui entourent la norme, celles ayant conduit à l'adoption de la norme (c'est le cas notamment avec la prise en compte des faits de société dans le contrôle *a priori* exercé en France) ou conditionnant son application et justifiant son réexamen (en raison d'un changement de circonstances dans les conditions de son application ou de son environnement normatif : v. en ce sens le cas de la France et de la Belgique).

Si on assiste parfois à une concrétisation ou plus généralement à une subjectivisation du contrôle exercé par les cours constitutionnelles, on observe en sens inverse dans le contrôle exercé à l'occasion de litiges concrets un mouvement d'objectivisation qui répond à la fonction normative des cours suprêmes (v. en ce sens la jurisprudence récente de la Cour EDH ainsi que les opinions des juges anglais).

3) L'intensité du contrôle

L'intensité du contrôle exercé par les cours constitutionnelles et européennes peut être modulée en fonction de la latitude (marge d'appréciation) laissée à l'auteur de l'acte contrôlé. Or cette marge d'appréciation est elle-même variable selon les cas. Elle est déterminée par le juge en fonction de plusieurs éléments :

- *la nature du domaine en cause*. En matière de droits de l'homme, l'application même du principe de proportionnalité varie en fonction du droit en cause. Ainsi, la marge d'appréciation des autorités d'application est plus réduite et le contrôle des cours plus exigeant lorsque la liberté individuelle ou l'intimité est en jeu (v. en ce sens la jurisprudence de la Cour EDH et du Conseil constitutionnel français notamment). A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'un domaine technique ou en matière économique et sociale, la marge d'appréciation des autorités est réputée plus large et le contrôle des cours est plus restreint. D'autres facteurs de variation peuvent avoir un impact sur l'intensité du contrôle :
- *la précision de la norme de référence* : le degré de précision de la formulation de la norme de référence est un paramètre essentiel de modulation de l'intensité du contrôle du juge.
- *le but de l'atteinte* : le respect des droits n'ayant pas un caractère absolu, le juge opère le plus souvent une conciliation entre différents droits et apprécie la proportionnalité de l'atteinte portée à un droit par rapport au but poursuivi. Le contrôle sera d'autant plus restreint que ce dernier poursuit un objectif impérieux.
- *le contexte politique, économique ou social* : l'influence du contexte politique sur le contrôle exercé est parfois difficile à mesurer à la lecture des décisions mais elle semble déterminante dès lors qu'il s'agit de concilier différents intérêts dont l'importance varie et évolue selon le contexte politique, économique ou social dans lequel ils s'inscrivent.
- *l'existence d'un consensus européen* : c'est un élément utilisé par la Cour EDH pour déterminer la marge nationale d'appréciation (qui sera réduite si un

consensus existe sur une question donnée) et l'intensité de son contrôle (qui est restreint en l'absence de consensus). Cette notion de consensus peut également être prise en compte par les juges nationaux qui regardent de plus ou plus la jurisprudence de leurs voisins européens (v. *supra*).

- *la jurisprudence européenne :* les juges nationaux sont contraints de faire converger leurs solutions (et donc d'adapter l'intensité de leur contrôle) avec les exigences définies par les cours européennes ce qui peut conduire à une hausse du degré de protection des droits (parmi de nombreux exemples, on peut citer celui du contrôle des validations législatives en France) mais aussi parfois à un abaissement (exemple de l'affaire Melloni / Espagne) selon les cas. Cette idée se vérifie y compris pour des cours qui ont refusé d'intégrer formellement le droit européen comme élément du contrôle qu'elles exercent (exemple de la France selon la jurisprudence IVG de 1975).
- *la complexité de l'affaire* : c'est une donnée qui ressort de certains entretiens menés (concernant la France notamment).

En revanche, au vu des recherches qui ont été effectuées, certains éléments ne semblent pas jouer sur l'intensité du contrôle. Il s'agit notamment de la nature du requérant, qu'il soit institutionnel ou individuel (même si nous avons pu supra constater des différences au stade de l'appréciation de la recevabilité).

On notera qu'**on ne constate pas de renforcement global de l'intensité du contrôle exercé par les cours constitutionnelles et européennes mais une modulation de ce contrôle en fonction des éléments précités**. Certains ont pu regretter une tendance de certaines cours à se retrancher derrière la marge d'appréciation laissée aux autorités (c'est notamment le cas pour la Cour EDH).

4) Effets du contrôle

Les effets des décisions rendues par les cours constitutionnelles et européennes varient selon les cours et l'objet du recours mais aussi selon le sens de la décision. Il faut distinguer plusieurs cas de figure :

- *le cas des Cours constitutionnelles statuant sur les recours dirigés directement contre une norme* (contestée par voie d'action devant toutes les cours constitutionnelles et par voie d'exception en France avec la QPC) : la décision rendue peut prononcer l'annulation (avec effet rétroactif), l'abrogation (avec effet pour l'avenir seulement) ou la suspension (avec effet provisoire) de la norme attaquée. Il faut noter que les cours peuvent moduler ces effets en les reportant si besoin à une date ultérieure pour tenir compte de certaines exigences ou de certaines situations (v. *supra*). Si les décisions de censure ainsi rendues par les cours constitutionnelles ont un effet absolu, effet *erga omnes* (conformément au système européen concentré), les décisions de rejet ont en principe un effet relatif. Il faut souligner le cas particulier du Conseil constitutionnel statuant en QPC qui

ne rejette jamais le recours mais rend une décision de conformité ou de non-conformité avec effet *erga omnes* dans les deux cas (v. *supra*).

- *le cas des cours statuant par voie incidente sur une question préjudicielle* (Belgique, Italie, Espagne, Allemagne) : la réponse de la cour prend la forme d'une déclaration d'inconstitutionnalité ou de conformité qui peut être assortie d'une réserve interprétation. La décision a un effet relatif, limité aux parties, mais dans certaines cours elle permet d'ouvrir un nouveau délai pour contester l'acte en cause par voie d'action (exemple en Belgique).

- *le cas des cours statuant sur un recours en violation dans le cadre d'un litige concret* (cas de la Cour EDH ou de la Cour suprême du Royaume-Uni) : les juges concluent à la violation ou à l'absence de violation du droit européen par l'acte en cause mais n'ont pas le pouvoir de l'annuler. L'arrêt a une portée « déclaratoire » et peut être assorti d'une condamnation à réparation (Cour EDH) ou d'une compensation (Cour suprême du RU). La décision a autorité relative de chose jugée mais les juridictions nationales tendent à se conformer à la position de la Cour ce qui conduit à reconnaître l'autorité de chose interprétée de ses arrêts.

C. L'IMPACT DU TEMPS ET DU CHIFFRE

La contrainte des délais (1) et le poids de la masse (2) contentieux ont un impact non négligeable sur la forme et le contenu des décisions rendues.

1) La contrainte des délais

La célérité de la procédure est une donnée très variable selon les cours.

La plupart du temps, il n'y a pas de délai de jugement imposé à la juridiction. Les délais varient ainsi de quelques mois à plusieurs années selon les cours et au sein de chaque cours selon plusieurs paramètres tenant au contentieux à traiter (non seulement de l'affaire en cause compte tenu de sa nature, de sa complexité et de l'urgence à statuer, mais aussi du nombre d'affaires en cours) et dépendant de la formation de jugement (et des contraintes procédurales qui y sont attachées : le délai de jugement à la Cour EDH a ainsi varié en 2016 de 6 mois en juge unique à entre 2 et 12 ans pour les autres formations). L'absence de contrainte temporelle donne à la juridiction le pouvoir de fixer elle-même son calendrier et lui permet de prioriser certaines affaires par rapport à d'autres et d'adapter le processus de décision aux affaires en vue d'un résultat.

Il faut noter plusieurs exceptions à cette absence de délai de jugement. Le cas de la France est remarquable. Les délais fixés au Conseil constitutionnel pour statuer sont très courts : un mois pour le contrôle *a priori*, 3 mois pour le contrôle *a posteriori*. Même si aucune sanction n'est prévue, le Conseil a toujours respecté ces délais sauf une fois (en 2013 en raison d'un renvoi préjudiciel à la CJUE). Ces délais très courts ont un impact considérable sur la procédure contradictoire (extrêmement limitée dans le cadre du contrôle *a priori*) et sur

la collégialité (restreinte entre les juges et renforcée au sein du service juridique) ainsi que sur les méthodes de travail (anticipation des saisines éventuelles).

Deux autres exceptions peuvent être relevées : en Turquie et en Belgique. En Turquie, il faut distinguer deux cas de figure : dans le cadre du contrôle concret, un délai non impératif (conditionnel) de 5 mois est fixé et il est fréquent que la Cour dépasse ce délai.

En Belgique, le délai de principe est de 6 mois, ce délai pouvant être prorogé dans la limite de 6 mois ce qui porte la durée maximum de l'instance à 12 mois (sauf cas de renvoi préjudiciel à la CJUE). On notera que la durée des procédures est modulée par la cour selon la nature des affaires (notamment selon la complexité et le contexte - politique - de l'affaire ainsi que selon la situation particulière du requérant).

Pour des affaires jugées urgentes, des mesures provisoires peuvent être prises (v. notamment l'exemple de la Cour EDH ou de la Cour constitutionnelle turque) ou une politique de priorisation mise en œuvre (c'est le cas à la Cour EDH pour traiter plus rapidement certaines affaires mettant en cause les articles 2 et 3 de la CEDH, concernant des détenus ou des personnes âgées notamment). Le souci de rendre des décisions dans un délai raisonnable peut également justifier un allégement des contraintes procédurales (v. *supra*) et la fixation de délais pour les différentes phases du processus, comme le dépôt des observations (il est par exemple de 10 jours dans le cadre du recours *d'amparo* en Espagne et de 3 semaines dans le cadre de la procédure QPC en France), l'audience ou le délibéré (v. à cet égard les délais fixés devant le Tribunal constitutionnel espagnol).

2) Le poids de la masse contentieuse

La masse contentieuse, à savoir le volume actuel et potentiel des saisines devant la juridiction, pèse également sur l'œuvre.

Pour réguler le flux contentieux, les cours ont adapté le processus décisionnel. Le nombre croissant de recours individuels devant certaines cours a conduit à la mise en place d'un filtrage très poussé (voir *supra*) en allégeant la contrainte de motivation (c'est le cas des décisions de non-admissibilité prises par la Cour constitutionnelle allemande ainsi que des ordonnances rendues par les cours constitutionnelles italienne et espagnole ; c'était le cas des décisions de juge unique à la Cour EDH jusqu'en avril 2017, date à laquelle le motif d'irrecevabilité a de nouveau été communiqué au requérant), en durcissant la jurisprudence sur la recevabilité ou en imposant le recours à des techniques permettant de limiter le nombre de saisines (v. le développement de la technique de l'interprétation conforme devant les juges ordinaires en Italie).

En outre, certaines techniques ont été mises en place par les cours pour permettre un traitement plus efficace d'affaires proches (c'est la jonction de saisine pour les questions sérielles ou la technique de l'arrêt pilote destiné à donner la position de la cour sur un problème structurel ou dans un contentieux répétitif, technique développée devant la Cour EDH mais aussi en Turquie et en Pologne). Se pose ensuite la question de la diffusion de ces

décisions.

D. LES OUTILS DE LA DIFFUSION

La diffusion des décisions est une exigence essentielle à laquelle les cours constitutionnelles sont de plus en plus sensibles. A cette fin, les cours constitutionnelles accordent un soin particulier à leur rédaction (1), à leur publication et à leur traduction (2) ainsi qu'aux supports de communication qui peuvent les accompagner (3).

1) La rédaction des décisions

La rédaction des décisions est réalisée à plusieurs mains et en plusieurs temps. Notre étude comparative a permis de repérer les différentes étapes et les divers auteurs et de montrer que la décision est le fruit d'un travail à la fois individuel et collectif (a). Quant à la forme et au contenu des décisions, la confrontation des pratiques a permis de déceler d'importantes variations et quelques rapprochements (b).

a) Les étapes et les auteurs : entre projets individuels et œuvre collégiale

Trois phases peuvent être distinguées :

* *Avant le délibéré* : dans la plupart des cours, un projet de décision est préparé par le(s) juge(s) rapporteur(s) ou le(s) juge(s) désigné(s) au début du processus et assisté(s) par ses(leurs) propres collaborateurs ou par les services de la Cour (v. *supra* le rôle joué par le greffe à la Cour EDH et le service juridique et le secrétaire général au Conseil constitutionnel français). Au Royaume-Uni, la décision est formée par l'ensemble des opinions des juges mais un juge peut être désigné pour rédiger le jugement de tête (*leading judgement* : opinion majoritaire) ou l'unique opinion (le *single majority judgement* en cas de consensus).

* *Pendant le délibéré* : la rédaction de la décision est arrêtée en principe lors du délibéré. Les juges apportent les corrections nécessaires au projet de décision défendu par le rapporteur, ils proposent des rédactions alternatives qui sont soumises à la discussion collégiale.

* *Après le délibéré* : la rédaction de la décision est parfois réalisée après un premier délibéré. C'est le cas pour la Grande chambre de la Cour EDH où la rédaction du projet de décision est confiée à un comité de rédaction ; ce projet sera ensuite soumis à une deuxième délibération des juges. Il en est de même en Allemagne après le délibéré oral et avant le délibéré de lecture (à noter que le rapporteur écrit l'opinion majoritaire même s'il a été mis en minorité) et en Italie où la rédaction de la décision peut être reportée à l'issue de la délibération pendant un délai qui peut aller jusqu'à trois mois mais elle fait là encore l'objet d'une délibération (v. *supra*).

Il faut également noter que la rédaction des opinions séparées, dans les cours qui les admettent, est en principe réalisée après ce délibéré. Un délai est prévu à cet effet.

b) La forme et le contenu : variations et rapprochements

La forme et le contenu des décisions sont très variables selon les cours. Néanmoins certaines règles de présentation se retrouvent dans la plupart des juridictions.

Hormis le cas particulier des arrêts de la Cour suprême du RU constitués par les différentes opinions des juges (même si on observe une tendance à un renforcement de la collégialité avec le développement des single opinions) et rédigés en style conversationnel, les décisions rendues par les cours sont présentées sous la **forme** d'une réponse unique (certes parfois accompagnées d'opinions concordantes ou dissidentes en Espagne et à la Cour EDH).

La **présentation** des décisions rendues[24] est structurée globalement de la manière suivante :

- Mentions identifiant la décision : nom de la juridiction, précisions relatives à la formation de jugement, date de la décision, noms des parties ou de l'objet de la décision
- Présentation de la saisine : contient le rappel des faits et de la procédure antérieure à l'origine de la saisine et précise l'objet de la saisine
- Exposé des arguments des parties (parfois inclus dans la motivation)
- Exposé de la motivation de la cour : cet exposé suit généralement une présentation syllogistique (sauf au Royaume-Uni où le style de motivation est narratif et inductif : v. *infra*) qui consiste à énoncer d'abord les normes et les principes applicables (majeure) et à les appliquer ensuite à la situation concrète ou à la norme contestée (mineure) avant d'en tirer la conclusion.

  La partie en droit consacrée à l'énoncé de principes généraux qui orientent la jurisprudence sur les points abordés par la décision s'est développée visiblement dans l'ensemble des cours. Les *obiter dicta*, développements sans lien avec l'affaire précisément soumise à la Cour, sont également fréquents (v. *infra*).
- Énoncé de la solution proprement dite (dispositif) : à cet égard, les cours sont de plus en plus précises sur les conséquences à tirer de leurs décisions afin d'en faciliter l'exécution (v. notamment en Pologne mais aussi en France).

Par leurs décisions, les juges répondent aux questions qui leur sont posées et au débat contradictoire qui s'est déroulé devant eux (v. *supra*). Ainsi se justifie la place faite à l'argumentation des parties, y compris dans la motivation même de la décision. Néanmoins, comme le juge la Cour EDH, les juges ne sont pas obligés d'apporter une « *réponse détaillée à*

---

[24] Sont ici exclues les décisions de non-admission, d'irrecevabilité ou de rejet faisant l'objet d'une rédaction simplifiée : v. *supra* sur le filtrage.

l'ensemble des arguments des parties »[25]. La rédaction des décisions peut passer sous silence certains moyens surabondants (cette pratique de « l'économie de moyens » est traditionnelle en France mais cette liberté est partagée par la plupart des autres cours). À l'inverse, certaines cours s'autorisent à tenir des propos généraux sans lien avec le moyen à travers des *obiter dicta* (c'est le cas au Royaume-Uni et en Allemagne notamment, pour ne citer que ces exemples).

Concernant le **contenu** des décisions rendues, trois remarques principales s'imposent :

Tout d'abord, la rédaction de la décision ne reflète pas les débats entre les juges à la différence des opinions dissidentes (c'est même une obligation faite aux opinions séparées en Espagne). En revanche, la collégialité peut avoir un effet pervers en favorisant l'adoption de motivations de compromis, souvent brèves et parfois incohérentes (v. notamment la juxtaposition d'arguments contradictoires dans des cours qui ne reconnaissent pas les opinions dissidentes, en France, en Belgique ou en Italie par exemple).

Ensuite les décisions ne mentionnent pas toujours l'ensemble des éléments pris en compte pour décider. Certaines sources d'inspiration (les jurisprudences externes, les droits étrangers, les avis d'experts, la doctrine…) ou certaines considérations extra-juridiques (la prise en compte du contexte et des conséquences de la décision) exerçant une influence sur la prise de décision peuvent être passées sous silence dans la rédaction finale alors qu'elles apparaissent dans les travaux préparatoires (dossier documentaire, rapport ou note du rapporteur, compte-rendu des délibérations) ou dans les supports de communication qui accompagnent sa diffusion (v. *infra*). En revanche, certaines cours n'hésitent pas à intégrer ces éléments dans la décision elle-même (c'est le cas par exemple de la Cour constitutionnelle allemande, de la Cour constitutionnelle polonaise et de la Cour EDH).

Enfin, le développement de certaines méthodes d'interprétation (interprétation finaliste ou évolutive) ou certaines techniques de contrôle (le contrôle de proportionnalité) au sein de l'ensemble des cours conduit à enrichir le contenu de leurs décisions.

Au terme de cette étude, il semble que l'amélioration de la transparence impliquerait de la part de certaines juridictions de faire preuve de davantage de clarté dans la rédaction de leurs décisions pour savoir quels sont les éléments qui ont pesé sur l'interprétation retenue ou dans l'exercice du contrôle pour fonder la solution. C'est le cas en particulier dans les cours qui ne reconnaissent pas la pratique des opinions dissidentes. En effet, les opinions séparées (concordantes ou dissidentes) jouent à cet égard un rôle pédagogique et démocratique indéniable. Rappelons que ces opinions peuvent porter aussi bien sur la solution (opinion

---

[25] Voir par exemple, Cour EDH, 30 novembre 1987, *H c/ Belgique, op. cit.* – Cour EDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija c/ Espagne*, *op. cit*.

dissidente admise en Allemagne, Turquie, Pologne, Cour EDH) ou sur la seule motivation (au Royaume-Uni à travers les opinions individuelles ou en Espagne et à la Cour EDH à travers les opinions concordantes ainsi qu'en Pologne).

Quant au style de la motivation, il est permis de distinguer plusieurs façons de rédiger, ancrées dans les traditions juridiques et dans les habitudes professionnelles. Portant sur la forme ou le fond des motifs, ces différences ont un impact sur la longueur des décisions rendues. Elles se combinent de manière différente selon les cours.

On peut ainsi distinguer :

* *Le style narratif et conversationnel propre à la tradition anglo-saxonne (encouragé par les opinions séparées) ou le style formaliste et affirmatif de la tradition continentale qui repose sur le syllogisme déductif (qui semble s'opposer à l'exposé des solutions alternatives)*. Néanmoins, certaines cours adoptent un style hybride (comme la Cour EDH qui réalise une synthèse entre la tradition de *common law* et la tradition continentale). Le pragmatisme, cher aux juges de *common law* très attachés à l'examen des faits et au raisonnement inductif (v. en ce sens la Cour suprême du RU), se distingue également du « dogmatisme » caractéristique de la motivation de la Cour constitutionnelle allemande, dont la composition majoritairement universitaire est de nature à expliquer la tendance à se détacher des faits pour faire œuvre doctrinale.

* *Le style direct ou le style indirect* : emblématique de la tradition française (héritée de la Cour de cassation et du Conseil d'État), le style indirect se retrouve en Italie (pour les ordonnances mais plus pour les sentences). Depuis mai 2016, le Conseil constitutionnel a supprimé les considérants de l'ensemble de ses décisions. Cette évolution visant à faciliter la lecture des décisions apparait d'autant plus nécessaire que les décisions s'allongent. Cette évolution s'inscrit dans un mouvement de rapprochement du style des décisions.

Néanmoins, la longueur des décisions reste extrêmement variable selon les cours (il faut souligner la persistance du laconisme en France malgré une tendance à l'allongement de ses décisions) et selon la nature et la complexité des affaires (de quelques pages à plusieurs dizaines voire centaines de pages).

2) La publication et la traduction : sélection des décisions

L'étendue de la publication est variable selon les décisions rendues. Dans certaines cours, toutes les décisions rendues (et même une majorité de celles-ci) ne sont pas publiées. Les décisions non publiées sont de moindre importance (décisions de section en Allemagne, décisions d'irrecevabilité en juge unique rendues à la Cour EDH).

Cette publication intervient en principe le jour même (France) mais dans certaines cours il peut y avoir parfois un décalage entre l'arrêt de la décision et sa publication (v. l'exemple de l'Italie où il faut distinguer l'annonce de la solution et la publication de la décision motivée ; v. également le cas de la Pologne avec le cas récent de suspension de la publication de décisions).

La traduction des décisions peut être automatique (en Belgique dans les deux langues, à la Cour EDH en français et anglais pour les décisions et arrêts de Grande Chambre) mais le plus souvent elle est facultative (dans ce cas la décision relève du Président, des services ou des juges rapporteurs). Elle est parfois inexistante (cas du RU ou de la Cour EDH pour les affaires traitées par les Comités et la plupart des affaires de Chambre).

3) Les supports de communication externes : auteurs et destinataires

Certaines cours ont développé des supports de communication externes aux décisions pour favoriser leur diffusion. Il s'agit en premier lieu des communiqués de presse, pratique répandue parmi les cours constitutionnelles (en France, en Italie, en Espagne…) et des conférences de presse, pratique plus rare (existe en Pologne) et souvent réservée à des décisions ayant une résonnance politique. Mais il s'agit également de notes visant à compléter (cas du commentaire en France) ou au contraire à résumer la décision rendue (en Italie et à la Cour EDH notamment). Dans les deux cas, le support de communication corrige les excès de la décision, excès de brièveté (dans le cas français) ou excès de longueur (cas de l'Italie ou de la Cour EDH). C'est également un moyen de repérer les décisions importantes qui ont été rendues (cas de la Belgique où les notices informatives sont réservées à certaines décisions). Ces documents périphériques constituent des outils pédagogiques précieux qui facilitent bien souvent la compréhension des décisions rendues. Néanmoins, ils peuvent poser certains problèmes. Dépourvus de valeur juridique et non soumis à la collégialité, ils peuvent parfois s'écarter de la décision rendue et entretenir certaines confusions. Ils posent ainsi la question de savoir ce qui doit être dans la décision (qui est le seul document ayant valeur juridique) et ce qui ne doit pas l'être (les éléments extra-juridiques ou les considérations externes à l'ordre juridique national par exemple). Ils posent également la question de savoir par qui sont rédigées les décisions (les juges de manière collégiale, leurs assistants ou les services) et à qui elles s'adressent (non plus seulement aux juristes mais aussi aux citoyens informés par les médias) ce qui invite certaines cours à revoir la rédaction même de leurs décisions (v. l'exemple français). Il y a sans doute là encore matière à évolution.

Enfin, plus largement, la diffusion de la jurisprudence est favorisée par des supports de communication divers (fiches thématiques, discours et articles des membres de la juridiction, rapports…). Ces instruments contribuent ainsi au rayonnement des cours et de leur jurisprudence mais aussi à une meilleure connaissance de la façon dont s'élaborent leurs décisions.

CONCLUSION

Pour conclure cette étude, il faut tout d'abord faire le constat de l'absence d'uniformité dans les pratiques des cours constitutionnelles et européennes. La diversité des traditions juridiques, l'histoire propre à chaque juridiction ainsi que les contraintes matérielles (délai, volume contentieux, effectif) et juridiques (normes contrôlées et normes de référence, objet et

auteur de la saisine…) propres à chacune permettent de comprendre la persistance des spécificités entre les cours tenant tant à l'organisation de la juridiction qu'à la définition de leur contrôle ou à la présentation de leurs décisions.

Néanmoins, ces différences ne doivent pas masquer l'existence de nombreux points de convergence et d'un certain nombre de rapprochements en cours liés à l'exercice et à l'évolution de la fonction de juger (soumission aux règles du procès équitable notamment au respect du contradictoire, développement de nouvelles méthode de contrôle comme le contrôle de proportionnalité, enrichissement des sources et subjectivisation du contentieux) mais aussi à la mission et à la place particulière de ces juridictions suprêmes (prise en compte du contexte européen et des conséquences politiques de leurs décisions, réflexion en cours dans plusieurs juridictions sur la place des tiers…).

Cette étude a également permis de révéler l'intérêt des cours pour les pratiques de leurs homologues, signe que ces cours ont le souci de développer leurs relations et de comparer leurs méthodes. Face à des problématiques communes, les cours ont tout intérêt à s'inspirer les unes des autres. Les discussions qui ont pu avoir lieu dans le cadre de cette étude ont d'ailleurs permis à certains juges de s'enrichir de l'expérience des autres. Ces échanges, s'ils n'ont pas vocation à engendrer une uniformisation des pratiques, permettent aux praticiens de réfléchir à leurs propres pratiques et nous ont permis de prendre conscience du poids culturel des traditions et de l'impact de certaines contraintes sur la façon dont sont fabriquées les décisions.

COUR CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE
-
Ruth WEBER

Doctorante en cotutelle à l'Université Albert-Ludwigs de Fribourg en Brisgau (Allemagne) et à l'Université Paris II Panthéon-Assas (France), Assistante de recherche à l'Université de Fribourg-en-Brisgau[26]

> *„L'influence de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel sur l'ordre juridique et politique est considérable ; et cela à tel point que l'on dit habituellement qu'en Allemagne fédérale, au-delà même de l'État de droit il y a l'État des juges".*[27]

Par la Loi fondamentale de 1949 la République Fédérale d'Allemagne s'est donnée une nouvelle institution en créant la Cour constitutionnelle fédérale. La Cour entame ses fonctions en 1951 et réside dès lors à Karlsruhe, Bade-Wurtemberg, « la résidence du droit ». L'ajout de la Cour constitutionnelle dans la Loi fondamentale est une réponse directe à l'échec de la Constitution de Weimar et au détournement du droit par le gouvernement national-socialiste. La nouvelle Constitution comprend de nombreux mécanismes de protection contre un éventuel abus de pouvoir, l'introduction d'une garantie de principes qui ne peuvent pas être abrogés par une révision constitutionnelle (article 79 alinéa 3 de la LF) en étant un bon exemple. La Cour constitutionnelle s'insère dans ce nouveau cadre et représente le « gardien » de la nouvelle Constitution.[28] Elle devient ainsi porteuse d'espoir et mur de projection d'un État de droit prospère.

La Cour se saisit de ce rôle et acquiert au fur et à mesure une position puissante et

---

[26] Je remercie Laurence Meyer pour les remarques précieuses et les corrections linguistiques qui m'ont aidé à la finalisation de ce texte.

[27] Louis Favoreu trouve ces mots emblématiques pour décrire l'influence de la Cour constitutionnelle allemande dans la 1ère édition de son fameux ouvrage de droit constitutionnel comparé « Les cours constitutionnelles », 1986, p. 67.

[28] Par cela, la LF suit le modèle Kelsenien de « gardien » de la Constitution, v. les débats entre Hans Kelsen (Wer soll Hüter der Verfassung sein?, 1931) et Carl Schmitt (Hüter der Verfassung, 1931).

déterminante. Depuis sa création, la Cour a élargi de plus en plus son pouvoir. Déjà dans les années 1950, la Cour étend, par sa jurisprudence, son champ matériel de contrôle[29] et se positionne en tant qu'organe constitutionnel de premier plan[30]. La Cour dispose d'une très haute réputation au sein de la société allemande en grande partie du fait du recours constitutionnel individuel (« Verfassungsbeschwerde »). Son statut et ses fonctions sont notamment réglés par les articles 92 à 94, 99, 100, 115g et 115h de la Loi fondamentale (« Grundgesetz », GG, ci-après LF) qui sont complétés par la Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (« Bundesverfassungsgerichtsgesetz », BVerfGG, ci-après LCCF).[31] De plus, selon l'article 1 alinéa 3 de cette loi, la Cour constitutionnelle établit un règlement pour les détails du fonctionnement intérieur, adopté par son Assemblée plénière.

Ainsi non seulement du fait de la Loi Fondamentale mais également par son action dès son premier mandat, la Cour a acquis un rôle décisif dans l'ordre juridictionnel interne. Les questions qui se posent sont alors – comment fonctionne cette institution de l'intérieur ? Quels sont les éléments essentiels qui dirigent le processus décisionnel de cette prestigieuse juridiction ? Ce sont les questions auxquelles tente de répondre ce rapport en adoptant une approche empirique[32]. Des entretiens avec des collaborateurs de la Cour constitutionnelle fédérale[33] ont pu permettre d'éclairer les facteurs dominant le fonctionnement quotidien de la

---

[29] Le point de départ de cette jurisprudence, c'est la jurisprudence de BVerfGE 7, 198 (« Lüth ») de 1958. Une traduction française d'extraits de cet arrêt (ainsi qu'une sélection d'autres décisions de la Cour constitutionnelle fédérale) se trouve dans les Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004. Dans cette affaire, la Cour décide que les droits fondamentaux ont un effet d' « irradiation » (« Ausstrahlungswirkung ») en droit civil ce qui élargit énormément le champ d'application du contrôle de constitutionnalité.

[30] Dans le mémoire du 27 juin 1952 (appelé « Statutsdenkschrift »), publié dans la Juristenzeitung 1953, p. 157 et suiv., la Cour constitutionnelle se dote du rôle d'organe constitutionnel (« Verfassungsorgan ») ce qui est une étape importante d'autodétermination de son pouvoir.

[31] La Loi fondamentale est disponible en version traduite en langue française, mise en jour en novembre 2012 à l'occasion d'un projet du Deutscher Bundestag et accessible à l'internet (https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf, consulté le 03/01/2017) ; une version bilingue de la Loi sur la Cour constitutionnelle allemande dans sa version de sa publication en date du 11 août 1993, amendée par la Loi du 29 août 2013 et entrée en vigueur le 4 septembre 2013, fait par le Centre juridique franco-allemand de l'Université de la Sarre est également accessible à l'internet (http://www.bijus.eu/?p=10495, consulté le 03/01/2017).

[32] Pour des introductions plus générales au droit constitutionnel allemand et à la Cour constitutionnelle fédérale, v. Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand*, 1997, notamment p. 70-87 ; pour aller plus loin v. les thèses de Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, 1982 et Olivier Jouanjan, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, 1991 ; en droit comparé v. la thèse de Thomas Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, 2003 ; les références dans ce rapport se restreignent (quasiment) sur des sources en langue française ; pour les lecteurs français germanophones, le manuel comparativiste « Französisches und deutsches Verfassungsrecht », édité par Nikolaus Marsch, Yoan Vilain et Mattias Wendel, 2015, notamment la partie sur la justice constitutionnelle (§ 6), p. 275-322, est recommandée.

[33] Pour l'élaboration de ce rapport des entretiens avec deux anciens collaborateurs scientifiques et un actuel collaborateur de la Cour constitutionnelle fédérale allemande furent menés les 31 janvier et 3 février 2015 et le 7 février 2016. De surcroît, les informations relèvent du grand œuvre empirique sur la Cour réalisé par Uwe

Cour. Leurs réponses ainsi que les résultats du séminaire sur l'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes à Paris les 1er et 2 décembre 2016 ont beaucoup influencé le fond de ce rapport qui s'articulera autour de quatre parties. Dans une première partie seront étudiés l'importance et le traitement des différents types de saisines. L'organisation et le fonctionnement de la juridiction en mettant en avant la division de la compétence décisionnelle par Section seront expliqués dans une deuxième partie. En troisième partie, la procédure en tant que processus décisionnel systématisé et reparti en étapes sera examinée. Quatrièmement, l'exercice du contrôle sera analysé pour finir avec des propos sur des questions de style et de pédagogie des décisions.

I. Le traitement des saisines : le caractère de modèle du recours constitutionnel individuel

A. Les différents types de saisine : une compétence générale de la Cour en matière de droit constitutionnel

Pour commencer, les différents types de saisine de la Cour de Karlsruhe seront étudiés en vue de questionner d'éventuelles différences dans l'élaboration de la décision. La Cour peut être saisie de manière très variée. L'article 93 de la Loi fondamentale prévoit le cadre constitutionnel des conditions de recevabilité.[34] L'article 13 de la LCCF établit une liste de

---

Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, 2010.

[34] Article 93 [Compétences de la Cour constitutionnelle fédérale]

(1) La Cour constitutionnelle fédérale statue :

1. sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ;
2. en cas de divergence d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du Gouvernement fédéral, d'un Gouvernement de Land, ou d'un quart des membres du Bundestag ;

2 a. en cas de divergence d'opinion sur le point de savoir si une loi satisfait aux conditions de l'article 72, al. 2, sur demande du Bundesrat, d'un Gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land ;

3. en cas de divergence d'opinion sur les droits et obligations de la Fédération et des Länder, notamment en ce qui concerne l'exécution par les Länder du droit fédéral et l'exercice du contrôle fédéral ;
4. sur les autres litiges de droit public entre la Fédération et les Länder, entre différents Länder ou à l'intérieur d'un Land, en l'absence d'autre recours juridictionnel ;

4 a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ;

4 b. sur les recours constitutionnels des communes et des groupements de communes, pour violation par une loi du droit à la libre administration dé ni par l'article 28, à condition toutefois, s'il s'agit d'une loi de Land, qu'aucun recours ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel dudit Land ;

tous les types de saisine. Cette liste est limitative : la Cour n'est compétente que dans les cas prévus par la loi. Par conséquent, elle ne dispose pas d'un droit d'auto-saisine. Néanmoins, la Cour dispose d'« une compétence quasi générale en matière de droit constitutionnel »[35].

Le recours principal et caractéristique de la Cour, est le recours constitutionnel individuel.[36] C'est non seulement le recours le plus fréquent, mais aussi l'illustration la plus importante de la Cour en tant que défenseur des droits individuels. La fonction du recours individuel n'est d'ailleurs pas seulement la protection des droits individuels, mais de l'ordre constitutionnel objectif. Cela s'exprime par le fait que l'autorité de la chose jugée ne reste pas entre les parties du litige, mais les dépasse et lie tout organe constitutionnel (article 31 de la LCCF). Le recours individuel peut être formé par quiconque qui estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans l'un de ses droits garantis par les articles 20, alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104 (article 93 alinéa 1 n° 4a LF, complété par les articles 90 et suivant de la LCCF). Pour qu'un recours constitutionnel soit recevable, il doit remplir plusieurs conditions. Tout d'abord, le requérant doit être titulaire de droits fondamentaux.[37] Quant à l'objet du recours, tout acte de puissance publique est susceptible d'être invoqué. Cette notion est très large, elle emporte des actes des trois pouvoirs étatiques, donc aussi bien des lois et statuts que des règlements et des actes administratifs ainsi que des jugements. Le requérant doit, de plus, prouver de manière suffisamment développée une lésion d'un de ses droits fondamentaux par l'acte attaqué. Il doit avoir subi un préjudice personnel, actuel et immédiat.[38] Une telle violation du droit fondamental invoqué doit être au moins concevable. Ce type de recours n'est alors pas une *actio popularis* pour les citoyens. Par ailleurs, le recours constitutionnel est strictement subsidiaire. Si le requérant invoque une

---

4 c. sur les recours d'associations dirigés contre le refus de leur reconnaître la qualité de parti en vue des élections au Bundestag ;

5. dans les autres cas prévus par la présente Loi fondamentale.

(2) La Cour constitutionnelle fédérale statue en outre à la demande du Bundesrat, d'un Gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land sur la question de savoir si dans le cas de l'article 72, al. 4, la nécessité d'une règle législative fédérale selon l'article 72, al. 2 n'existe plus ou si, dans le cas de l'article 125a, al. 2, phrase 1, il ne pourrait plus être édicté de droit fédéral. La constatation que la nécessité a disparu ou que du droit fédéral ne pourrait plus être édicté, tient lieu de loi fédérale au sens de l'article 72, al. 4 ou de l'article 125a, al. 2, phrase 1. La demande prévue à la phrase 1 n'est recevable que lorsqu'un projet de loi selon l'article 72, al. 4 ou l'article 125a, al. 2, phrase 2, a été rejeté par le Bundestag ou n'a pas été délibéré ni adopté dans le délai d'une année, ou qu'un tel projet de loi a été rejeté par le Bundesrat.

(3) La Cour constitutionnelle fédérale intervient en outre dans les autres cas où une loi fédérale lui attribue compétence.

[35] Michel Fromont, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, p. 4.

[36] Pour une analyse détaillée en langue française sur le recours individuel v. Armin Dittmann, *Le recours constitutionnel en droit allemand, Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004.

[37] Pour plus de détails sur la capacité d'introduire un recours, v. Dittmann, précité, p. 2-3.

[38] Pour plus de détails sur ces trois éléments, v. Thomas Meindl, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, 2003, p. 362-363.

décision de justice, il doit avoir, avant de saisir la Cour, parcouru toutes les instances juridictionnelles. Par conséquent, ce sont presque toujours les décisions rendues en dernier ressort qui sont attaquées. Le recours individuel peut déclencher un contrôle de constitutionnalité de tout acte de puissance publique. Une fois admis, le contrôle se fait de manière globale – la constitutionnalité formelle et matérielle sera étudiée.

Un contrôle de normes peut aussi être déclenché par les organes étatiques. Les conditions de recevabilité sont moins strictes que pour un contrôle au moyen du recours individuel ; il suffit qu'existent des divergences d'opinion ou des doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral. Le contrôle pourra être demandé par le Gouvernement fédéral, par le Gouvernement d'un Land, ou par un quart des membres du Bundestag (article 93 alinéa 1 n° 2 de la LF, article 76 de la LCCF). Le contrôle se fait obligatoirement *a posteriori*, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la norme. Un contrôle *a priori* n'existe que dans des cas très rares.[39]

À ce type de contrôle de norme dit « abstrait » s'oppose le contrôle de norme dit « concret », soit un renvoi préjudiciel d'une autre juridiction, réglé par l'article 100 de la LF et l'article 80 de la LCCF.[40] Ce renvoi préjudiciel est ouvert à tout juge. Par le moyen de ce contrôle « l'autorité du législateur sur le juge et l'unité de jurisprudence en matière constitutionnelle »[41] sont garanties. Si la solution du procès dépend de la constitutionnalité d'une loi, le juge doit renvoyer la question s'il a un doute sur la constitutionnalité de la norme et si celle-ci ne peut pas être interprétée de manière conforme à la Loi fondamentale. Un juge peut même être obligé de renvoyer une question devant la Cour constitutionnelle, s'il est convaincu de son inconstitutionnalité. S'il ne renvoie pas la question, cela peut constituer une violation du droit au juge, le juge constitutionnel étant aussi un juge au sens de l'article 101 alinéa 1 phrase 2 de la LF. Ce manquement du juge peut être attaqué par un recours constitutionnel du citoyen.[42]

Les autres types de saisines complètent la compétence « quasi générale » de la Cour. Il existe des saisines concernant le fonctionnement des pouvoirs publics. La loi prévoit notamment une saisine pour les conflits de compétences entre l'État fédéral et les Länder.

---

[39] C'est notamment le cas pour les lois d'approbation d'un traité international avant sa promulgation et au cas potentiel où le président fédéral refuse de promulguer une loi – un organe constitutionnel peut attaquer ce refus, v. les précisions faites par Louis Favoreu/Wanda Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2011, p. 76-77.

[40] Pour des informations supplémentaires sur le contrôle concret des normes et le filtrage des questions de constitutionnalité, v. l'analyse de Rainer Arnold, *Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2011, XXVII, 2012, p. 14-20.

[41] BVerfGE 6, 55, 63, décision du 17 janvier 1957, traduction par Christian Autexier, *Introduction au droit public allemand*, 1997, p. 80.

[42] BVerfGE 138, 64, décision du 16 décembre 2014.

Selon l'article 93 alinéa 1 n° 3 de la LF, la Cour statue en cas de divergence d'opinion sur les droits et obligations de la Fédération et des Länder, notamment en ce qui concerne l'exécution par les Länder du droit fédéral et l'exercice du contrôle fédéral. Dans une procédure contradictoire, la Cour tranche aussi d'autres conflits de compétences d'organes fédéraux, concernant l'étendue des droits et obligations constitutionnels d'un organe fédéral suprême (notamment le président fédéral, le Bundestag, le Bundesrat et le Gouvernement fédéral) ou d'autres parties investies de droits propres (comme par exemple un groupe, une commission ou un député parlementaire, le chancelier fédéral ou un ministre), article 93 alinéa 1 n° 1 de la LF. En outre, la Cour est le juge des élections du Bundestag (article 41 alinéa 2 de la LF). Il existe également plusieurs contentieux qui ciblent la protection de la Constitution, comme le contentieux d'interdiction des partis politiques (article 21 alinéa 2 de la LF), la demande de destitution du président fédéral pour violation délibérée de la Loi fondamentale ou d'une autre loi fédérale (article 61 alinéa 2 de la LF) ou d'un juge pour contravention aux principes de la Loi fondamentale ou à l'ordre constitutionnel d'un Land (article 98 alinéa 2 de la LF) ou bien la demande de déchéance d'un droit fondamental d'une personne qui en a abusé pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique (article 18 de la LF). Surtout ces dernières saisines ne jouent presque aucun rôle dans la pratique de la Cour. Néanmoins, une fois déclenchée, ces procès sont souvent très médiatisés, comme à l'heure actuelle le procès d'interdiction du parti national-démocrate de l'Allemagne (« Nationaldemokratische Partei Deutschlands », « NPD »)[43]. Parallèlement, les litiges concernant la répartition des compétences étatiques et des conflits de compétences d'organes fédéraux sont souvent des procès de grande importance. La multitude des contentieux permet à la Cour de veiller au respect de la Loi fondamentale dans toute son étendue.

B. L'IMPORTANCE DES DIFFÉRENTES SAISINES DANS LA PRATIQUE CONSTITUTIONNELLE ET LE TRAITEMENT DU FLUX DE SAISINES

C'est pourquoi se pose la question de l'importance des différentes saisines dans la pratique constitutionnelle. En 2014 la Cour a connu le nombre le plus élevé de requêtes, soit 6811 saisines au total, 3561 dans la Première Chambre, 3250 dans la Seconde Chambre.[44] Cela montre bien la tendance générale à une augmentation continue du nombre de requêtes.[45]

---

[43] La Cour a décidé le 17 janvier 2017 que la « NPD » ne sera pas interdite, BVerfG, 2 BvB 1/13 – Rn. (1-1010).

[44] Les nombres utilisés, aussi ci-après, sont tous issus de la statistique annuelle de l'année 2014 accessibles sur le site de la Cour.
http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/statistik_2014_node.html).

[45] Une perspective empirique et comparatiste de la charge de travail de la Cour constitutionnelle fédérale, la Cour de Justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme est donnée par Matthias Jestaedt, Der „Europäische Verfassungsgerichtsbund" in (Verfahrenskenn-)Zahlen. Die Arbeitslast von BVerfG, EuGH und EGMR im Vergleich, Juristenzeitung 2011, p. 872-879.

Dès sa mise en fonction en 1951 jusqu'à la fin de l'année 2014, la Cour a répondu à 210.608 requêtes en total.

La plupart des requêtes en 2014 sont des recours constitutionnels individuels (environ 96 %), un pourcentage qui s'est aussi avéré stable dans les dernières années. Depuis 1951 la Cour a tranché seulement 7.205 requêtes qui n'ont pas été de recours constitutionnels. Environ 2,5 % des requêtes ont abouti à une décision de censure depuis 1951. En 2014, sur 6.292 décisions de recours constitutionnels, seules 121 ont abouti à une décision de censure, soit 1,92 %.

Une difficulté se pose alors : comment la Cour peut-elle gérer ce nombre très important de recours constitutionnels ? La limitation des saisines se fait d'abord par une interprétation restreinte des conditions de recevabilité. Pour réduire surtout le nombre de recours individuels, la Cour essaie d'exclure notamment des recours faits contre des lois par une stricte interprétation de l'immédiateté de la violation du droit fondamental. Cela montre aussi la volonté de la Cour de « renforcer le principe de la subsidiarité du recours constitutionnel par rapport à la protection juridique ordinaire »[46]. Par suite, le recours n'est recevable que si les voies de recours ordinaires empêchent une protection juridique efficace. Tout de même, le recours individuel reste largement ouvert, ce qui est aussi lié à une interprétation très vaste de la liberté d'action consacrée par l'article 2 alinéa 1 de la LF.[47] La Cour est dès lors obligée de contrôler tout acte de puissance publique imposant une obligation au titulaire du droit.

* Des réformes législatives constantes – vers un pouvoir discrétionnaire du juge en matière de recevabilité ?

La réponse se trouve notamment dans plusieurs réformes législatives ayant toutes pour but de réduire la surcharge de travail venant du nombre important de recours constitutionnels individuels.[48] On a surtout introduit les Sections comme formation de jugement qui traitent la plupart des recours constitutionnels.[49] La disposition la plus importante quant au filtrage des recours constitutionnels, c'est l'article 93a de la LCCF. D'après son premier alinéa, tout

---

[46] Dittmann, précité, p. 4.

[47] Interprétation initiée par la fameuse décision « Elfes » en 1957 (BVerfGE 6, 32) et ayant connu une évolution dans la décision « Reiten im Walde » en 1989 (BVerfGE 80, 137) ; Michel Fromont parle ainsi d' « une jurisprudence très favorable à l'omniprésence des droits fondamentaux (même dans les litiges de droit civil) » dans : Michel Fromont, La sélection des recours devant les Cours suprêmes : L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale, dans : La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes, rapport du club des juristes, Commission Constitution et Institutions, 2014, p. 13.

[48] Pour les détails des réformes législatives de la LCCF v. Fromont, précité, p. 13-16.

[49] Les Sections ont été introduites en 1985 en remplaçant les anciennes « Commissions de filtrage » (« Vorprüfungsausschüsse ») qui ont été introduites par une loi de 1956.

recours constitutionnel nécessite une admission.[50] Le recours constitutionnel est à admettre dans deux situations prévues par l'alinéa 2, soit dans la mesure où il soulève une question de droit constitutionnel d'importance fondamentale (a), soit, si cela est opportun pour assurer le respect de l'un des droits cités à l'article 90, alinéa 1 de la LCCF ; ceci peut également être le cas si le refus de rendre une décision sur le fond du recours causerait un préjudice particulièrement grave au requérant (b). Cette procédure d'admission ne donne pas en principe un pouvoir discrétionnaire à la Cour de choisir librement l'admission ou non d'un recours. Toutefois, les règles établies sont vagues et ouvrent la porte à une interprétation assez flexible. Cela peut expliquer le fait que, selon les assistants de la Cour, les modalités de filtrage puissent varier selon les différentes Sections. Cela montre bien que les juges disposent d'une large marge d'appréciation en pratique.

Une autre spécificité de la procédure d'admission relève de l'article 93d alinéa 1 phrase 3 de la LCCF. Par cette disposition la Cour est dispensée de motiver ses décisions de non-admissibilité. Cette disposition se range dans les moyens dont dispose la Cour pour limiter le flux des recours. Néanmoins, la Cour donne parfois une motivation pour sa décision de non-admissibilité, notamment s'il veut se prononcer sur la question de droit posé. Cette pratique montre ici encore que la Cour dispose d'une large marge d'appréciation quant au traitement du flux des saisines. La Cour est liée par les dispositions légales, mais peut agir de manière assez flexible. Pour le processus décisionnel de la Cour, cela est très significatif. La vie quotidienne est dirigée par le traitement du grand nombre des recours constitutionnels individuels. Le fonctionnement interne, notamment la répartition en Sections et la procédure d'admissibilité, donnent aux juges des moyens pour contrer ces tendances. Une tâche principale du juge constitutionnel, c'est de savoir quelle question est intéressante ou non pour l'évolution du droit constitutionnel. Au-delà de sa fonction de décideur des litiges constitutionnels, il peut ainsi modeler les évolutions constitutionnelles. Les critiques ne manquent pas : la décision sans motivation et aussi la petite formation de jugement posent des problèmes au principe d'État de droit. Par conséquent des réformes plus vastes sont proposées, comme par exemple la création d'une troisième Chambre ou l'augmentation du nombre de juges par Chambre. Comme le nombre de saisines de la Cour augmente toujours, d'autres propositions comprennent l'obligation de se faire représenter par un avocat ou l'introduction de frais de procédure[51]. Une autre possibilité serait d'introduire un pouvoir discrétionnaire en matière de recevabilité comme devant la Cour suprême américaine.

* L'importance croissante des délais de jugement

---

[50] La base constitutionnelle de la procédure d'admission se trouve dans l'article 94 alinéa 2, phrase 2 de la LF.
[51] L'article 34 alinéa 1 de la LCCF garantie la gratuité de la procédure devant la Cour, selon l'alinéa 2 une amende d'au maximum 2600 € peut être demandée à un requérant abusif.

Une autre question qui se pose quant au traitement du flux des saisines, ce sont les délais de procédure. Au Conseil constitutionnel français, les délais courts déterminent de manière primordiale le fonctionnement et le processus décisionnel. Ce sont ces délais autour desquels l'organisation du Conseil constitutionnel se fait. Pour la procédure devant la Cour de Karlsruhe, aucun délai fixe n'est prévu. En pratique, la durée moyenne de traitement est de deux ans. Les cas d'urgence, pour lesquels une procédure est prévue dans l'article 32 de la LCCF, sont très rares. Il n'y a pas plus d'un ou deux cas par an qui sont admis comme recevables. Il s'ensuit que les délais de jugement ne sont pas aussi capitaux pour le processus décisionnel de la Cour. En revanche, il faut rappeler que la plupart des saisines concernent des décisions d'autres hautes juridictions, ce qui a pour conséquence que les requérants ont déjà parcouru toutes les instances avant de saisir la Cour constitutionnelle, et ont mené des procès pendant deux ou trois ans. Sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment concernant la condition de délai raisonnable, ont été introduites des règles d'une plainte pour retard (« Verzögerungsbeschwerde ») dans la LCCF.[52] En pratique, ce sont des cas assez rares. Tout de même cela montre l'importance croissante de cet élément du processus décisionnel. En conclusion, le nombre élevé de saisines a certainement plus d'influence sur le processus décisionnel que la question des délais. Il reste à constater que ces deux facteurs sont, évidemment, liés. Selon les assistants de la Cour, l'enjeu principal est d'équilibrer l'égalité parfaite dans tous les cas et la durée au cas par cas.

II. L'organisation et le fonctionnement de la juridiction : la division de la compétence décisionnelle par Section

A. La formation de jugement et son influence

Pour comprendre la méthode de travail de la Cour constitutionnelle, il est essentiel de décrire les différentes formations de jugement. La Cour constitutionnelle peut prendre des décisions en trois formations de jugement : l'Assemblée plénière (« Plenum »), les deux Chambres (« Senate ») et les Sections (« Kammern »). Pour respecter le principe constitutionnel du droit au juge posé par l'article 101 alinéa 1 phrase 2 de la LF, leurs attributions et leur composition sont prescrites par la LCCF et le règlement intérieur.

Les seize juges de la Cour de Karlsruhe sont répartis dans deux Chambres de huit juges (article 2 alinéa 1 et 2 de la LCCF) présidées respectivement par le président et le vice-

[52] V. les articles 97a-97e de la LCCF ; Loi sur la protection en cas de lenteur de la justice (Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren) du 24 novembre 2011 ; v. aussi Michel Fromont, Une procédure nouvelle : la plainte pour retard de la justice, *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2013, p. 1037-1040.

président de la Cour[53]. Du fait de sa division en deux Chambres, la Cour est souvent appelée « Cour jumelle » (« Zwillingsgericht »). En principe, la Première Chambre est spécialisée dans les litiges relatifs aux droits fondamentaux, tandis ce que la Seconde Chambre s'intéresse aux litiges de droit liés à la séparation des pouvoirs et au caractère fédéral.[54] Alors que la formation en Chambres est censée être la formation ordinaire de jugement, en pratique, la formation qui traite l'essentiel du contentieux est la Section. Les Chambres ne se réunissent en effet que pour une vingtaine de décisions par année. Plus rarement encore, la Cour se réunit en Assemblée plénière, plus précisément, dans cinq cas au total depuis sa création en 1951 : celle-ci peut être saisie par une Chambre qui « souhaite s'écarter de la position juridique adoptée dans une décision par l'autre Chambre » (article 16 de la LCCF). L'Assemblée plénière atteint le *quorum* si les deux tiers des juges de chaque Chambre sont présents. Pour donner un des rares exemples de décisions de l'Assemblée plénière, on peut citer la dernière décision prise dans cette formation, la décision du 3 juillet 2012 sur le déploiement des forces armées sur le territoire fédéral[55]. En l'espèce, la Seconde Chambre de la Cour voulait diverger de la décision prise par la Première Chambre en 2006 et sollicitait la convocation de l'Assemblée plénière. L'Assemblée plénière décida que l'utilisation des forces armées à l'intérieur ne peut avoir lieu que si une catastrophe est imminente.

Une Section est composée de trois juges. Selon l'article 15a de la LCCF les Chambres peuvent assigner des Sections pour une année. Leur composition doit obligatoirement être changée après l'expiration des trois ans. Leur procédure interne est réglée par les articles 39 à 42 du règlement intérieur. Au sein des Sections, on cherche à représenter la diversité idéologique de la Cour. Normalement la composition change tous les trois ans afin d'éviter des formations permanentes.[56] Les Sections sont surtout compétentes pour statuer sur des questions de recevabilité, mais elles peuvent également statuer sur le bien-fondé de saisines en contrôle concret des normes et en recours individuel et sur le fond de manière régulière.

La formation de jugement est décisive en vue d'une lecture de l'importance des saisines. Des questions juridiquement ou politiquement difficiles sont rapportées devant les Chambres tandis que les Sections essaient de gérer le grand flux de saisines. Il en résulte que la densité de contrôle – rien qu'au nombre de juges concernés par une matière – dépend de la formation de jugement. Au surplus, les chances de succès de la plainte sont beaucoup plus grandes si le litige est traité en Chambres. À ce sujet le nombre de recours individuels qui ont

---

[53] Le président et le vice-président de la Cour sont élus par le Bundestag et le Bundesrat en alternance (article 9 alinéa 1 de la LCCF).

[54] Pour la répartition des compétences, v. aussi l'article 14 de la LCCF.

[55] BVerfGE 132, 1, décision du 3 juillet 2012, (« Luftsicherheitsgesetz ») sur la loi de sécurité aérienne.

[56] Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier, Président de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, p. 3.

abouti à une décision de non-conformité en 2014 est exemplaire : sur 6265 recours traités en section, 110 ont eu gain de cause, soit moins que 2 % ; pour 27 recours devant les Chambres, 11 ont eu gain de cause, ce qui représente environ la moitié des cas. Cela s'explique notamment par le tri effectué en amont : sont rapportés devant les Chambres seuls les cas ayant la plus grande importance et le plus de chances de succès.

B. La composition de la Cour et l'influence de ses membres sur le processus décisionnel

Le statut des seize juges composant la Cour de Karlsruhe relève de l'article 94 de la Loi fondamentale[57] et des articles 2 et suivant de la LCCF. Selon Michel Fromont le « statut des juges se caractérise par la volonté de combiner compétences techniques, légitimité démocratique et indépendance »[58]. Cette volonté s'exprime dans les exigences légales mais influence aussi le processus de décision de la Cour.

1. Les juges – des vrais connaisseurs du droit

Leurs « compétences techniques », c'est-à-dire juridiques, reposent sur le fait que tous les juges constitutionnels doivent pouvoir remplir également les conditions pour devenir juge en Allemagne, condition exigée par l'article 3 alinéa 2 de la LCCF. Par conséquent, tout juge constitutionnel doit avoir validé les deux examens d'État en droit. La particularité de cette formation est qu'elle vise à former des « Volljuristen », c'est-à-dire que tout juriste allemand doit pouvoir attester d'une formation commune composée d'une partie universitaire et d'une partie pratique d'environ sept ans, sans spécialisation préalable.

L'exigence principale des juges, c'est « d'abord d'être des bons connaisseurs du droit »[59]. En pratique, la plupart des juges sont des professeurs de droit. Ils restent liés à leurs universités respectives et maintiennent le contact avec la doctrine du droit constitutionnel. Cependant, trois membres de chaque Chambre doivent obligatoirement être des juges issus des autres hautes juridictions fédérales (article 2 alinéa 3 de la LCCF). Ce sont les juges au

---

[57] Article 94 [Composition de la Cour constitutionnelle fédérale]
(1) La Cour constitutionnelle fédérale se compose de juges fédéraux et d'autres membres. Les membres de la Cour constitutionnelle fédérale sont élus pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat. Ils ne peuvent appartenir ni au Bundestag, ni au Bundesrat, ni au Gouvernement fédéral, ni aux organes correspondants d'un Land.
(2) Une loi fédérale règle son organisation ainsi que sa procédure et détermine les cas dans lesquels ses décisions ont force de loi. Elle peut imposer l'épuisement préalable des voies de recours juridictionnel comme condition du recours constitutionnel et prévoir une procédure d'admission.
[58] Michel Fromont, Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, p. 1.
[59] Fromont, précité, p. 2.

sein de la Cour qui disposent de connaissances du contentieux et de la pratique juridique particulièrement approfondies. Parmi les juges, se trouvent également des anciens hommes politiques. Au terme de l'année 2015 les deux Chambres de la Cour étaient composées de huit professeurs de droit public[60], sept juges de haute juridiction[61] et d'un homme politique[62]. Cette analyse témoigne de l'importance des professeurs au sein de la Cour. En outre, aussi bien le président, Andreas Voßkuhle, que le vice-président, Ferdinand Kirchhof, sont professeurs.

La fonction de juge constitutionnel est incompatible avec toute autre fonction professionnelle. Ils ne peuvent exercer d'autres fonctions gouvernementales ou parlementaires (v. l'article 3 alinéa 3 et 4 de la LCCF). Seuls les professeurs de droit peuvent rester en poste mais n'ont généralement plus ou peu d'obligations universitaires. Ce sont surtout les juges issus du monde universitaire qui continuent à publier dans des revues juridiques. Pourtant, ces publications risquent d'être perçues comme incompatibles avec la fonction juridictionnelle des juges mettant en question le secret du délibéré et le rôle du juge constitutionnel : son rôle est-il de rendre la jurisprudence constitutionnelle ou de contribuer à la science juridique ? Tout de même, les publications permettent aussi de nouvelles réflexions au-delà des débats purement internes de la juridiction.

Les exigences légales de connaissances juridiques et la prédominance des juges qui relèvent du milieu universitaire se complètent, selon les collaborateurs. La Cour rassemble surtout l'expertise de très bons juristes qui perçoivent le droit également d'un côté théorique. Cela a une grande influence sur l'élaboration des décisions, l'argumentation étant menée de manière très profonde, même scientifique. L'échange avec la doctrine du droit constitutionnel semble être ouvert.

2. Le choix des juges – résultat du compromis politique

Après avoir étudié la légitimité juridique des juges, se pose la question de la légitimité démocratique des juges. L'élection et la nomination des juges sont réglées par l'article 94 de la LF et les articles 5 à 11 de la LCCF : les membres de la Cour constitutionnelle fédérale sont élus pour moitié par le Bundestag (Assemblée parlementaire représentant le peuple allemand dans son ensemble) et pour moitié par le Bundesrat (Conseil fédéral représentant les Länder

---

[60] Dans la Première Chambre : Ferdinand Kirchhof, Johannes Masing, Andreas L. Paulus, Susanne Baer et Gabriele Britz ; dans la Seconde Chambre : Andreas Voßkuhle, Peter M. Huber et Doris König.

[61] Dans la Première Chambre : Reinhard Gaier et Wilhelm Schluckebier de la Cour fédérale (Bundesgerichtshof) et Michael Eichberger du Tribunal administratif fédéral (Bundesverwaltungsgericht) ; dans la Seconde Chambre : Herbert Landau, Monika Hermanns et Sibylle Kessal-Wulf de la Cour fédérale et Ulrich Maidowski du Tribunal administratif fédéral.

[62] Dans la Seconde Chambre : Peter Müller qui a été ministre président de la Sarre entre 1999 et 2011.

allemands). Ils disposent d'un mandat non-renouvelable de douze ans (article 4 de la LCCF). À l'âge de 68 ans leur mandat expire automatiquement même si les douze ans ne sont pas encore atteints. De ce fait, le renouvellement ne se fait pas de manière régulière mais partielle.

Jusqu'à 2014, l'élection au sein du Bundestag se faisait par une formation spécifique, la Commission de choix des juges (« Richterwahlausschuss »). Cette formation avait provoqué des grandes discussions concernant sa conformité à la Loi fondamentale, surtout par rapport à la légitimation démocratique des juges.[63] Même le président de la Cour constitutionnelle, Andreas Voßkuhle, invoquait dans un commentaire de la Loi fondamentale l'inconstitutionnalité de l'élection par la Commission. Selon l'énoncé clair de l'article 94 de la LF, serait prévue une élection par l'ensemble du Bundestag et non pas par une partie commissionnée.[64] Cependant, la Cour elle-même décidait en 2012 que le mode d'élection était conforme à la Loi fondamentale.[65] Malgré cette décision de la Cour, la LCCF a été révisée le 24 juin 2015.[66] Le législateur a ainsi donné suite aux critiques doctrinales. Désormais, c'est le plénum du Bundestag qui élit les juges. Il faut toujours une majorité de deux tiers. Un comité composant douze membres du Bundestag et représentant la répartition des sièges au Bundestag prépare l'élection et propose une personne au plénum aux élections (v. l'article 6 de la LCCF). La réforme ne changera probablement pas profondément la pratique d'élection comme le Bundestag suivra la proposition du comité préparatif.[67]

Comme la majorité des deux tiers vaut pour les deux organes qui élisent les juges, les candidats présentés sont surtout des candidats de compromis qui sont soutenus par la majorité des partis politiques. En pratique, les propositions de candidats aux fonctions de juges donnent lieu à une alternance entre partis politiques. La concession, par le ou les partis au pouvoir, d'un droit de proposition aux partis d'opposition résulte d'un accord informel. Pour cette raison, la représentation des différentes tendances politiques au sein de la Cour constitutionnelle reste équilibrée et stable.[68] De plus, l'équilibre est aussi respecté dans le cadre de la répartition des Sections de la Cour. Bien que les partis politiques aient une grande influence sur l'élection des juges, les juges ne suivent pas forcément des directions politiques. Ils jouissent d'une très grande indépendance qui ressort des incompatibilités professionnelles

---

[63] V. Thomas Hochmann, « La composition de la Cour constitutionnelle allemande bientôt conforme à la Loi fondamentale », *Constitutions*, 2015, p. 535-537.
[64] Andreas Voßkuhle, Art. 94 LF, in: Hermann von Mangoldt, Friedrich Klein, Christian Starck (éditeurs), Kommentar zum Grundgesetz, volume 3, 6e édition, 2010, paragraphe 10.
[65] BVerfG, 29 juin 2012, 2 BvC 2/10.
[66] Journal officiel (Bundesgesetzblatt) 2015, tome 1, p. 973.
[67] Dans le même sens, Thomas Hochmann, précité, p. 536.
[68] À la fin de l'année 2015 la Cour est composée de la façon suivante : la Première Chambre est composée de trois juges nommés par la CDU/CSU (Union chrétienne-démocrate), trois juges nommés par le SPD (Parti social-démocrate), un juge nommé par la FDP (parti libéral-démocrate) et un juge nommé par les Verts ; la Seconde Chambre est composée de quatre juges nommés par la CDU/CSU et quatre juges nommés par le SPD.

et fonctionnelles ainsi que du mandat restreint à douze ans et non-renouvelable. Selon leurs assistants, c'est surtout leur personnalité et leur conviction personnelle qui comptent. D'après l'opinion des collaborateurs, les juges ne sont ainsi pas politisés. Du fait du mode d'élection, ils sont souvent des candidats du compromis politique représentant les différents courants de la société qui donnent un spectre très varié de personnalités[69]. Ce constat est confirmé par le témoignage d'un juge affirmant que la question de la subjectivité des juges dans le sens d'« une certaine vision du monde » est beaucoup plus importante que l'influence des partis. La dynamique au sein de la Cour ne serait pas du tout politisée, bien au contraire chacun essaierait de dépasser son horizon ce qui expliquerait aussi les discussions de durée importante et les rapports longs.

3. Les juges – entourés d'assistants personnels

En principe, chaque juge dispose de quatre assistants personnels, d'un secrétariat et d'auxiliaires juridictionnels (« Rechtspfleger ») pour des corrections linguistiques. Les assistants jouent un rôle décisif pour l'élaboration des décisions de la Cour. Parfois ils sont même désignés comme la « Troisième Chambre » de la Cour. Rien que leur nombre important, soit 64 au total, démontre leur poids. Les juges peuvent choisir leurs collaborateurs scientifiques eux-mêmes. La plupart d'entre eux sont de jeunes juges des juridictions administrative ou judiciaire détachés à la Cour constitutionnelle pour un mandat de deux ou trois ans (article 13 du règlement intérieur). Ce détachement qui jouit d'un certain prestige favorise la carrière future de ces juges.[70] Une partie des collaborateurs sont issus des assistants des facultés de droit. Les collaborateurs sont surtout chargés de recherches juridiques et de travaux préparatoires mais ils soutiennent aussi la rédaction des projets de décision. C'est pourquoi leur influence sur le processus est essentielle, même si elle n'est pas toujours ostensible. Ils contribuent largement à décharger les juges et leur permettent de se concentrer sur les questions sensibles. Une augmentation de leur nombre n'est pourtant pas envisagée. Ainsi Michel Fromont rappelle qu'« [o]n considère en général que le nombre de quatre collaborateurs scientifiques par juge constitutionnel ne peut pas être augmenté, car le

---

[69] Pour donner un exemple de la diversité des membres de la Cour, deux juges seront mentionnés de manière introductive : la juge Susanne Baer, nommée par les partis des Verts et de la SPD, est professeur de droit public, spécialisée en question de genre et de la science juridique féministe et décorée pour son engagement pour l'égalité des homosexuels – le juge Peter Müller, nommé par la CDU, est ancien ministre-président de la Sarre et a poursuivi une carrière politique jusqu'à sa nomination.

[70] Michel Fromont écrit même que « souvent ils deviennent par la suite eux-mêmes des juges constitutionnels » dans Michel Fromont, « La sélection des recours devant les Cours suprêmes : L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale », *in La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, rapport du club des juristes, Commission Constitution et Institutions, 2014, p. 18, un effet qui est quand même redoutable vu le grand nombre des collaborateurs.

juge ne pourrait pas suivre de façon approfondie le travail de plus de quatre personnes ».[71]

III. La procédure : un processus décisionnel systématisé et reparti en étapes

A. La répartition des rôles entre les juges : l'importance du juge rapporteur

Pour la meilleure compréhension du processus décisionnel au sein de la Cour de Karlsruhe, seront analysés les différents rôles des juges, notamment ceux du président et du juge rapporteur. Le président de la Cour a surtout des obligations représentatives et administratives (v. les articles 1-6 du règlement intérieur). Le vice-président relevant obligatoirement de l'autre Chambre soutient le président dans ses fonctions. Le président et le vice-président président leurs Chambres respectives (article 15 alinéa 1 de la LCCF) et les Sections auxquelles ils appartiennent (article 39 du règlement intérieur). Il faut souligner que le président ne dispose ni de voix prépondérante dans le délibéré ni d'aucune autre influence primordiale sur le fond des décisions. Il a un assistant personnel de plus, mais hormis cela il dispose des mêmes moyens que ses collègues. Certes, il est une personnalité très respectée, mais cela ne se traduit pas par une prédominance juridique.

Dans le processus décisionnel, c'est plutôt le juge rapporteur qui joue un rôle crucial. Celui-ci est désigné par un plan de répartition préalable qui attribue les différents domaines de droit aux juges respectifs[72]. En conséquence, les différents juges travaillent toujours sur les mêmes domaines juridiques selon ce plan de répartition. Contre toute attente, la répartition ne se fait pas forcément au moyen des connaissances et domaines de recherches antérieures à leur entrée dans la Cour constitutionnelle, notamment pour éviter toute partialité et permettre une plus grande ouverture dans les discussions.[73] En effet, les juges se spécialisent dans leurs domaines respectifs au moment où cette compétence leur a été attribuée dans le plan de répartition. Le juge rapporteur quant à lui devient ainsi l'expert de tout dossier qui entre dans son domaine d'activité. Il prépare surtout un « *votum* », soit une sorte de pré-rapport de projet de décision, pour le discuter avec les autres juges. Bien que le juge rapporteur joue un rôle important, les autres juges délibérants sont censés être très critiques et faire leurs propres recherches.

La procédure devant la Cour constitutionnelle se caractérise surtout par l'importance

---

[71] Fromont, précité, p. 18.

[72] Ces plans sont accessibles à l'internet, pour le plan pour l'année 2016 v. p. ex. : http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Geschaeftsverteilung/gv2016/geschaeftsverteilung_2016_node.html (consulté le 31/03/2016).

[73] Uwe Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010, p. 148-153.

de la collégialité. Celle-ci est garantie par les formations de jugement. Un juge unique n'est prévu pour aucune saisine. Certes, la collégialité est réduite pour la majeure partie des décisions qui sont prises en formation de Section. Encore faut-il ajouter que la prise de décision dans les Sections se fait de manière écrite.[74] L'influence du juge rapporteur est dominante. Dans les Sections, on travaille dans un système de circulation (« Umlaufverfahren »). Cette manière de procéder facilite le traitement du flux des saisines, mais pose des problèmes quant à la collégialité. Par contre, si un des autres juges de la Section n'est pas de la même opinion que le rapporteur, la question est renvoyée à la Chambre.[75] Selon les collaborateurs de la Cour, ces manquements au principe de collégialité sont compensés par une grande déontologie des juges. Dans la loi, ceci s'exprime par la procédure de déport des juges (articles 18, 19 de la LCCF), en cas de suspicion de partialité. Les auteurs de recours individuels récusent de manière assez fréquente des juges « lorsqu'ils pensent que les juges ont un parti pris »[76] ce qui est le cas dans la plupart des demandes abusives. De plus, les questions de droit sont discutées de manière très globale et complexe. L'atmosphère dans la Cour semble être très ouverte aux débats.

B. LA PRISE DE DÉCISION : LES DIFFÉRENTES ÉTAPES POUR L'ÉLABORATION DES DÉCISIONS

À titre d'exemple, le traitement d'une saisine de la Cour de Karlsruhe sera étudié. Bien que la grande majorité des saisines soit traitée par les Sections, le processus « classique » d'un traitement par une des Chambres sera présenté tout en indiquant les différences avec un traitement par une Section.

Si une saisine est déposée devant la Cour, elle est d'abord traitée par le greffe. Le greffe ne fait pas de pré-filtrage. Il organise le flux des saisines en les redistribuant aux juges, mais ne prend aucune décision de fond. La taille des dossiers des saisines peut beaucoup différer : il existe des dossiers de 10.000 pages, mais aussi de trois pages. Cela est lié à différents facteurs, la complexité de la saisine, le soin de la préparation par les requérants mais aussi au fait qu'une représentation par un avocat n'est pas obligatoire. Selon la règle que la Cour doit être accessible pour tout citoyen, une telle obligation empêcherait un accès universel. En pratique, environ deux tiers des requérants sont représentés par des avocats. 10 % des saisines enregistrées sont réalisées par des demandeurs déjà connus de la Cour. D'ailleurs, le seul fait que les requérants soient représentés par des avocats n'augmente pas automatiquement leurs chances de succès. D'une part, la majorité des avocats ne sont pas spécialisés en contentieux constitutionnel et leurs saisines sont rédigées de manière médiocre.

---

[74] L'article 93d alinéa 1 p. 1 de la LCCF prévoit qu'une audience orale n'a pas lieu.
[75] Selon l'article 93d alinéa 3 de la LCCF les décisions de la Section sont toujours rendues par décision unanime.
[76] Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier, précité, p. 3.

D'autre part, parmi les juges certains considèrent le principe d'égal accès à la justice comme prépondérant ce qui peut mener à une étude parfois plus profonde des saisines qui ne sont pas produites par des avocats. Il faut constater que cette question est apparemment surtout liée à l'attitude personnelle des juges rapporteurs.

Les saisines sont redistribuées aux différents juges selon leurs compétences au sein de la Cour. Le juge rapporteur élabore surtout un « *votum* », qui sert de document de travail proposant une solution aux autres juges et est rédigé à l'aide de ses collaborateurs. Le « *votum* » est divisé en trois parties – une analyse des faits, une évaluation de droit constitutionnel et une proposition de la procédure ultérieure. Ces dossiers peuvent avoir jusqu'à 700 pages, mais contiennent normalement entre 5 et 15 pages.[77] Sont ajoutés les différents documents pouvant être intéressants pour le cas, comme par exemple les décisions citées, des articles de doctrine ou d'expertises sociologiques. Les juges rapporteurs semblent être assez libres de décider quels documents et expertises ils intègrent au dossier. Le recours au droit comparé ne joue pas de rôle central mais est plutôt utilisé de manière aléatoire. Cela s'explique par l'organisation de la Cour : comme le processus décisionnel relève de l'autonomie du juge rapporteur, c'est lui qui décide quelle importance il accordera au droit étranger ce qui revient à ses préférences, ses contacts et son opinion personnelle. S'il est professeur d'université, par exemple, il aura probablement été plus influencé par le droit étranger par le biais des conférences internationales et des assistants scientifiques universitaires ce qui peut le mener à intégrer plus de jurisprudences internationales et étrangères dans ses réflexions. L'organisation plutôt décentralisée et individualisée de la Cour ne connaît pas de cellule spécialisée qui fournisse des expertises de droit comparé aux juges rapporteurs de manière systématique. S'ajoutent à ses éléments du processus décisionnel, les rencontres avec les autres cours constitutionnelles, surtout européennes, dont l'importance est soulignée dans le témoignage d'un juge. Enfin, l'intégration du droit comparé semble poser surtout des problèmes méthodologiques, son rôle revient à une source d'inspiration plutôt qu'un argument contraignant. De ce fait, les éléments les plus importants dans le dossier préparatoire et dans le processus décisionnel sont la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même, mais aussi la jurisprudence issue de l'ordre juridique interne et des juridictions européennes pour éviter les conflits juridictionnels. Du fait d'une très grande influence de la doctrine, des références doctrinales sont régulièrement présentes. Le « *votum* » revient ainsi à une élaboration pédagogique du cas qui prépare les lignes générales de la réponse donnée à la requête.

---

[77] Cette observation est confortée par Michel Fromont, « La sélection des recours devant les Cours suprêmes : L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale » in *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, rapport du club des juristes, Commission Constitution et Institutions, 2014, p. 19 et a été attestée par les collaborateurs entretenus.

Après la distribution du « *votum* » au sein de la Chambre, la date d'un délibéré oral des juges est fixée. Le délibéré est fortement lié aux préparations du juge rapporteur. C'est pourquoi, il peut utiliser certaines tactiques d'argumentation afin d'influencer la direction de ces délibérés. Il connaît (ou peut s'en douter) au préalable les arguments et les idées principales des autres juges et peut adapter son argumentation. Seuls les juges sont autorisés à participer au délibéré. Il faut rappeler que pour les procédures de Sections il n'y a jamais de délibérés. Néanmoins, les juges se croisent de temps en temps pour des discussions officieuses. Les délibérés pour les procédures de Chambre de huit juges sont des discussions de droit très intenses. Il n'existe pas de limite temporelle, il se peut que les juges continuent les débats le lendemain. Habituellement, plusieurs saisines sont discutées lors des délibérés. Ces débats sont strictement confidentiels. Il n'y a pas de comptes rendus mais des transcriptions du rapporteur et du président qui ne seront publiques qu'après l'expiration d'un délai de soixante ans (article 35b alinéa 5 de la LCCF).

Après ce délibéré entre juges, il est procédé à un examen oral en présence des parties au litige. Une audience publique – bien que prévue comme règle juridique – n'a pas lieu pour toutes les procédures. Ainsi chaque Chambre se réunit rarement plus de cinq fois par an en une audience publique. Selon l'article 25 de la LCCF, il doit y avoir une audience pour tout procès devant la Cour sauf si toutes les parties renoncent à ce droit. Et c'est le cas dans la plupart des décisions. Les audiences ont souvent lieu lorsque le procès présente une importance politique particulière. Selon les collaborateurs, l'audience ne joue pas de rôle primordial pour le fond de la décision. C'est le délibéré qui a en général plus d'influence que l'audience. D'ailleurs, les procès avec une audience prennent beaucoup plus de temps. Pourtant, ils existent aussi des procès où l'audience publique est nécessaire pour la compréhension et l'élaboration de la décision. Un exemple récent est l'audience lors de la saisine de la Cour sur la loi sur l'Office fédéral de police criminelle (« BKA-Gesetz »). La Cour a été saisie de la constitutionnalité de plusieurs dispositions de ladite loi lors de plusieurs recours individuels. L'enjeu de l'audience publique[78] était donc de connaître le quotidien de l'Office fédéral de police criminelle. Il est utile de préciser que les juges ont la possibilité, en parallèle de même qu'au cours des séances publiques, de demander des précisions de la part de l'administration ou de commander une expertise en vue d'acquérir plus d'informations sur le cas et les faits. Cela n'arrive cependant dans les faits que très rarement et relève de l'appréciation souveraine des juges. Dans le cas précité, la Cour a donc invité le président de la police fédérale ainsi que des hauts fonctionnaires de la police fédérale. Le juge de première instance ainsi que les autorités de la protection des données ont

[78] L'audience publique avait lieu le 7 juillet 2015, la décision a été rendue le 20 avril 2016 (BVerfG, 1 BvR 966/09).

également été conviés. Les tiers au procès ont été finalement complétés par des associations à but non lucratif, comme par exemple une association de hackers pour garantir un large spectre d'opinions.

Après le délibéré et un éventuel examen oral, le juge rapporteur élabore une proposition de décision. Ce « brouillon » de décision qui reflète le délibéré et les discussions est renvoyé aux autres juges pour un procédé dit « délibéré de lecture » (« Leseberatung ») où les juges peuvent ajouter des remarques. Pendant ce délibéré de lecture les autres juges de la Chambre ont la possibilité de relire et retoucher le texte de la décision. Ce sont aussi les tactiques argumentatives et discursives du juge rapporteur qui conduisent à une solution. Il faut souligner qu'il y a une très grande culture de discours juridique. La décision n'est pas prise en avance mais dans un vrai débat très ouvert. Apparemment, il y a peu de discussions de couloir à la Cour. Les juges se voient rarement pour déjeuner ou dîner ensemble, bien qu'il y ait des liens personnels plus profonds entre certains juges.

IV. L'exercice du contrôle : le cadre du contrôle et les effets de la décision

A. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE EFFECTUÉ ET LA DÉTERMINATION DU CADRE DU CONTRÔLE PAR LE JUGE

Pour l'ensemble des différentes saisines, la norme de référence pour le contrôle du juge constitutionnel est l'ensemble de la Loi fondamentale. Il effectue un contrôle sur la constitutionnalité formelle et matérielle des actes, soit un plein contrôle de constitutionnalité. Le degré d'intensité du contrôle ne dépend pas du contentieux. La nature du contrôle peut être décrite comme abstraite : On ne tranche pas le litige concret mais seulement de la conformité de la norme contestée avec la Loi fondamentale. Néanmoins, il faut prendre en compte que les saisines diverses sont le fruit de situations très différentes. Ainsi, l'ancien président de la Cour, Hans-Jürgen Papier, rappelle que lors d'un contrôle concret des normes « la Cour ne contrôle et ne décide que dans le cadre de la question posée […] [ce qui] implique donc un certain rétrécissement de l'objet du contrôle. Au contraire, dans le cadre du contrôle abstrait […], l'étendue du champ de contrôle est plus grande. »[79] Il donne comme exemple la décision sur le traité de Maastricht[80], qui a été prise lors d'un recours individuel fondé sur la violation du droit de vote où la Cour s'est vue restreinte à un contrôle de ce droit de vote.

En ce qui concerne la problématique des pouvoirs du juge pour déterminer le cadre de

[79] Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier, précité, p. 6.
[80] BVerfGE 89, 155, décision du 12 octobre 1993.

son contrôle, le principe est qu'ils sont complètement liés au contenu de la requête et indépendants de l'appréciation subjective du juge. Néanmoins, il existe des exceptions dans lesquelles les juges peuvent élargir leur champ de contrôle. D'une part, l'article 78 de la LCCF dispose que la Cour peut déclarer nulles d'*autres* dispositions d'une même loi, si elles sont incompatibles avec la Loi fondamentale ou autre droit fédéral pour la même raison. Cette disposition procédurale étend les effets de la décision à d'autres normes non attaquées. En pratique, elle est néanmoins utilisée rarement et principalement en droit fiscal. D'autre part, le juge constitutionnel n'a pas seulement la possibilité d'étendre le cadre de son contrôle quant aux normes contrôlées, mais aussi de reformuler la question de droit posée et invoquer d'autres droits et garanties constitutionnels. Ici, la pratique semble différer dans les deux Chambres. Tandis que dans la première Chambre, l'utilisation de ces compétences est parcimonieuse, dans la seconde Chambre, plus de libertés sont prises ce qui conduit à étendre le contrôle à d'autres questions qui n'ont pas directement été évoquées, par exemple en remplaçant un droit fondamental par un autre. Selon un juge, la première Chambre a aussi tendance à élargir le contrôle. Les moyens pour les faire peuvent être très subtils. Souvent est utilisé le principe de proportionnalité pour enrichir l'argumentation juridique par des exigences normatives qui n'ont pas été invoquées par la requête. Il semble que dans des questions de droit très difficiles et novatrices, comme la conservation des données de communication, la Cour se sent (plus) libre d'exercer un contrôle étendu.

En outre, on peut observer la volonté d'étendre le champ d'application du contrôle constitutionnel par le traitement de certaines questions de recevabilité. Deux cas d'espèces illustrent ce constat. Dans un cas, le requérant avait retiré son recours constitutionnel individuel avant la prise de décision. Pourtant la Cour a décidé sur le fond en soutenant que la décision était d'une « portée générale ».[81] Dans l'autre cas, la Cour a décidé que, bien que le requérant fût décédé entre-temps, la question devait être réglée. Elle a, dans cette affaire, invoqué l'argument du respect du droit constitutionnel objectif.[82] Dans les deux cas de figure, le caractère *a priori* subjectif du recours individuel a été dépassé à l'avantage d'un contrôle global en matière constitutionnelle.

B. LES EFFETS DE LA DÉCISION ET L'IMPORTANCE DE L'INTERPRÉTATION CONFORME

Dans son article 31 de la LCCF, la loi détermine que les décisions lient toute entité publique. Aussi le prononcé et les motifs portant la décision font partie de cet effet. La Cour peut annuler des lois ou certaines dispositions d'une loi. Si une loi est déclarée inconstitutionnelle, elle est en principe annulée rétroactivement avec une portée *erga omnes*

---

[81] BVerfGE 98, 218, 242-244, décision du 14 juillet 1998 (« Rechtschreibreform »).
[82] BVerfGE 124, 300, 318-319, décision du 4 novembre 2009 (« Wunsiedel »).

(déclaration de nullité). L'annulation totale d'une loi est néanmoins rare. La Cour peut également déclarer que la loi n'est pas conforme à la Loi fondamentale (déclaration d'inconstitutionnalité). Dans ces cas d'espèce, pour supprimer l'inconstitutionnalité, la Cour invite le législateur plutôt à adopter de nouvelles dispositions dans un certain délai. Cette manière de procéder « est pratiquement la règle »[83].

La Cour effectue également une « annulation partielle qualitative », ou la Cour n'ampute pas le texte d'une loi, mais déclare que « la loi est nulle dans la mesure où elle s'applique à telle situation »[84]. Ce moyen intermédiaire pour lequel on utilise la notion d'« interprétation conforme » (« verfassungskonforme Auslegung ») ressemble à la notion française de « réserve d'interprétation » : la Cour peut ainsi décider qu'une norme est conforme à la Loi fondamentale uniquement si elle est comprise d'une certaine manière. Sur ce point, la Cour a aussi un certain pouvoir discrétionnaire. En fait, la Cour se sert de plus en plus de l'interprétation conforme ce qui suscite des critiques variées : « L'interprétation conforme apparaît le plus souvent comme une opération de rectification normative qui permettrait de gommer les « bavures » de la production normative sans remettre la loi en chantier. »[85] Cette technique risque ainsi de masquer la distribution des compétences entre la juridiction et législateur.

V. La décision : l'œuvre du juge comme « instrument de pédagogie civique et de culture politique »

A. La longueur des décisions et le style propre de la Cour constitutionnelle

Les décisions de la Cour constitutionnelle se caractérisent par un raisonnement qui semble *a priori* transparent et qui tient compte d'approches philosophiques et théoriques du droit. Du point de vue d'Étienne François « [l]e succès de la Cour constitutionnelle s'explique […] par la qualité et la force argumentative de ses jugements », des jugements qui sont « des instruments de pédagogie civique et de culture politique »[86]. La manière de rédiger leurs décisions s'explique par des données organisationnelles et procédurales, notamment le grand nombre de professeurs de droit public et la possibilité de rédiger des opinions dissidentes. La décision même est rédigée par le juge rapporteur. L'aide des collaborateurs à la rédaction des décisions diffère entre les juges, certains écrivent toute la décision, ou au moins la partie du

---

[83] Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier, précité, p. 5.
[84] Formulation reprise de Louis Favoreu/Wanda Mastor, Les cours constitutionnelles, 2011, p. 81
[85] Jean-Claude Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, 1982, p. 207
[86] Étienne François, La Cour constitutionnelle fédérale et la culture juridique allemande, *Le Débat*, 2012/1, n° 168, p. 81-90, 88.

fond, tandis que d'autres engagent davantage leurs assistants en les laissant écrire et se contentent ensuite de corriger et discuter leurs propositions de rédaction.

Les décisions de la Cour se caractérisent par leur longueur et leur style. D'abord, les décisions de la Cour sont en général très longues. En moyenne, les décisions s'étendent sur une trentaine de pages (dont dix-sept pages de « motivation proprement dite »[87]), tandis que les décisions des autres hautes juridictions sont trois fois plus courtes et comprennent une moyenne de neuf pages. Cependant, la longueur varie beaucoup pour les différents types de décisions : les décisions prises par les Sections ne s'étendent pas sur plus de sept pages en moyenne tandis que les autres décisions, donc celles des Chambres, recouvrent un très haut nombre de pages, comme par exemple celle relative au traité de Lisbonne de 2009 qui compte 171 pages.[88]

En outre, les décisions de la Cour se caractérisent par une argumentation très structurée. Généralement, les décisions sont organisées en trois temps, un exposé des faits, suivi par des développements sur la recevabilité et sur le fond. Dans l'exposé des faits, on se restreint à un exposé de la procédure et un résumé des faits constatés par les tribunaux spécialisés. En général, on ne fait pas d'instruction formelle des faits sauf dans la procédure de l'interdiction des partis. De cette manière, dans la procédure récente à l'encontre de la NPD (Parti national-démocrate), la Cour a instruit les faits. Cela aboutira d'ailleurs à une décision très longue, de plus de 300 pages, comme toute la constatation formelle des faits sera exposée. Tout de même, la constatation formelle des faits dans les décisions reste une exception.

Dans les parties proprement juridiques de la décision sur la recevabilité et le fond, on retrouve beaucoup d'allusions à la doctrine et à la jurisprudence, non seulement de la Cour même mais aussi d'autres cours nationales, européennes et étrangères. Celles-ci sont très souvent disjointes du cas concret : la présentation du fond des décisions de la Cour se divise ainsi typiquement en deux parties principales, d'abord est traitée la question de droit constitutionnel de manière abstraite en citant de la jurisprudence et de la doctrine et en établissant des règles plutôt générales. Après est subsumé le cas concret à ces règles abstraites, notamment à l'aide du principe de proportionnalité. Ces règles abstraites sont

---

[87] David Capitant, « Les motivations des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *in Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2012, XXVIII, p. 18.

[88] Matthias Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht* – Was das Gericht zu dem macht, was es ist, dans : Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger (éditeurs), Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, p. 124-126, qui cite aussi la décision la plus longue dans l'histoire de la Cour, la décision du 17 août 1956 (BVerfGE 5, 85-393) sur l'interdiction du parti communiste qui recouvre 309 pages ; la décision citée dans le texte date du 30 juin 2009 (BVerfGE 123, 267-437).

parfois perçues comme une toute nouvelle catégorie de droit constitutionnel en représentant une sorte de norme dissociée du cas concret et pourtant juridictionnel.[89] La Cour forme ainsi des critères d'analyses de la question constitutionnelle en jeu qui vont au-delà du cas d'espèce. Cette manière d'aborder le droit est souvent associée au terme de la « dogmatique »[90], qui constituerait la « German approach »[91] du droit en général. Sans entrer dans les détails des discussions sur ce qu'est la dogmatique, il est important de comprendre que par la prise en compte des approches différentes le processus décisionnel est – au moins en majeure partie – rendue visible et retranscrite dans les décisions. Au-delà de la transparence du processus décisionnel, la Cour module par ce moyen le droit constitutionnel dans son ensemble en entrant dans un discours systématisé avec la doctrine du droit constitutionnel. Par ailleurs, l'utilisation fréquente d'*obiter dicta* démontre la volonté de modeler le droit constitutionnel de manière prospective. La grande place qui est donnée à la motivation juridique dans les décisions de la Cour peut expliquer son intérêt d'« en renforcer l'autorité et la bonne acceptation sociale et politique en leur conférant une assise aussi solide et vérifiable que possible »[92].

B. Les opinions dissidentes comme exemple révélateur du style de la Cour constitutionnelle

Le pluralisme d'argumentations possibles mais aussi la volonté d'une évolution progressive de la jurisprudence constitutionnelle se montre de manière encore plus claire dans le fait que peuvent être ajoutées des opinions dissidentes (« Sondervoten »), une possibilité qui a été introduite en 1970.[93] Les opinions dissidentes ne sont par contre admises que pour les décisions des Chambres et sont impossibles pour celles prises en Sections. S'il y a une divergence d'opinions dans une Section, le cas est traité par une des Chambres. Même si le juge rapporteur diffère de l'opinion générale, c'est lui qui écrit l'opinion majoritaire en ajoutant éventuellement son opinion dissidente. Pour autant, la rédaction d'opinions

---

[89] V. notamment Oliver Lepsius, Die maßstabssetzende Gewalt, dans : Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger (éditeurs), *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011, p. 159-279.

[90] Le phénomène de communication et de lien entre la jurisprudence et la doctrine du droit est souvent décrit par le mot allemand « Verfassungsdogmatik » dont la traduction directe serait la « dogmatique » du droit constitutionnel ; pour plus de détails sur la notion et son importance v. Matthias Jestaedt, précité, p. 139-146.

[91] Christoph Schönberger, Der „German Approach", 2015.

[92] David Capitant, précité, p. 19, en ajoutant que c'est « l'exact contrepied de l'*imperatoria brevitas* chère à la tradition française ».

[93] 4ème loi modifiant la LCCF du 21 décembre 1970.

dissidentes reste plutôt l'exception.[94] De plus, il se peut que soit rédigée une opinion dissidente qui conduit au même résultat mais par d'autres voies et arguments juridiques.[95] Le résultat du vote de la Chambre et les noms des juges ayant votés pour la décision sont d'ailleurs publics. Les entretiens ont révélé que les opinions dissidentes peuvent indiquer des revirements futurs de jurisprudence, toutefois limités à des occasions très rares et à la condition de la survenance d'un changement des circonstances important qui permettait de diverger du précédent. Cependant, une opinion unanime n'existerait presque jamais, les décisions étant toujours des décisions de compromis ce qui ne serait pourtant pas reflété dans l'utilisation des opinions dissidentes. Pour trouver ce compromis, les précédents joueraient le rôle crucial et déterminant.

L'association des juges à la Cour constitutionnelle fédérale (« Verein der Richter des Bundesverfassungsgerichts ») publie la plupart des décisions de la Cour dans des recueils de décisions. Toutes les décisions des Chambres sont publiées[96], une sélection de décisions des Sections est également publiée[97]. La pagination dans ces deux publications donne aussi lieu à la désignation la plus utilisée pour citer les décisions de la Cour, soit BVerfGE (pour les décisions des Chambres) et BVerfGK (pour les décisions des Sections). Certaines décisions sont traduites en langue anglaise et accessibles sur le site de la Cour. À la différence du Conseil constitutionnel français, il n'y a ni de commentaires officiels ni de dossiers documentaires qui sont publiés. Cela s'explique aussi par le style de motivation dans les décisions : un commentaire ou un dossier semblent être redondants et évoquent des soucis liés à leur portée juridique et leur importance pour l'évolution du droit constitutionnel.

Conclusion

Les différentes caractéristiques qui façonnent le processus décisionnel de la Cour constitutionnelle fédérale allemande peuvent être résumées en six points :

1° Dans la vie quotidienne de la Cour, la formation de Section joue un rôle primordial. La grande majorité des saisines est traitée par cette formation. Pourtant, cela ne contredit pas le fait que les grandes et nouvelles questions de droit constitutionnel sont – dans la plupart des cas – prises par les Chambres. L'Assemblée plénière n'a cependant presque aucune

---

[94] Environ 7 % des décisions des Chambres sont munies d'une ou plusieurs opinion dissidentes, v. la statistique annuelle de l'année 2014, précité, p. 12.

[95] Selon Hans-Jürgen Papier, il y a « deux sortes d'opinions dissidentes », celles qui relèvent d'une argumentation juridique différente et celles qui « sont à mettre en relation avec les choix fondamentaux de société de leur auteur », v. Entretien avec M. le Professeur Hans-Jürgen Papier, précité, p. 2.

[96] En 2016 le 138ème volume des décisions sera publié dans l'édition Mohr Siebeck, Tübingen.

[97] En 2014 le 20ème volume a été publié dans l'édition C.F. Müller, Heidelberg.

importance.

2° Les juges constitutionnels sont en premier lieu des juristes très qualifiés, la plupart d'entre eux étant des professeurs de droit public. Leur approche plutôt théorique du droit a une grande influence sur l'élaboration des décisions. La tendance à une telle « scientification » (« Verwissenschaftlichung ») de la Cour est partiellement contrebalancée par la présence de plusieurs hauts magistrats qui relève d'une exigence législative.

3° Le juge rapporteur ainsi que ses collaborateurs scientifiques font les travaux préparatoires, notamment en élaborant une sorte de pré-rapport désigné comme « *votum* ». La prise de décision elle-même est réservée à la formation de jugement respective.

4° Le recours individuel est le contentieux principal traité par la Cour. Le nombre élevé et toujours croissant de recours individuels déposés devant la Cour reflète son image de défendeur de droits individuels. En réalité, les chances de succès sont très basses ce qui est surtout lié aux conditions de recevabilité resserrées. Bien que le nombre des autres saisines soit inférieur, celles-ci peuvent jouer un très grand rôle dans la jurisprudence de la Cour.

5° La Cour est confrontée à une grande charge de travail, notamment du fait du grand nombre de recours individuels. C'est pourquoi, plusieurs réformes ont réorganisé le fonctionnement interne et le contentieux constitutionnel. L'introduction d'une discrétion absolue pour l'acceptation des saisines n'est pourtant pas probable car cela entacherait profondément l'image d'une Cour accessible à tout citoyen.

6° La Cour dispose d'une large marge de sentences de décisions et s'en sert librement pour ses décisions. Cela reflète tout le processus décisionnel de la Cour qui peut être caractérisé par un large éventail de solutions pouvant être trouvées par ses juges.

Enfin, il importe de considérer la Cour constitutionnelle comme une cour entrant de plus en plus en communication avec les juridictions européennes, du Luxembourg et de Strasbourg ainsi qu'avec ses homologues européennes. Dans sa décision de 2015 sur le mandat d'arrêt européen[98] la Cour cite beaucoup de jurisprudences des juridictions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne afin de démontrer sa volonté de prendre en compte les décisions de ces Cours.[99] Cette appréciation de la jurisprudence étrangère exprime une ouverture, quoique lente, de la Cour vers ses partenaires européens.

---

[98] Décision 2 BvR 2735/14 du 15 décembre 2015.

[99] Effectivement, dans son paragraphe 47, la Cour soutient que la plupart des juridictions constitutionnelles (et équivalentes) des autres Etats membres sont du même avis que la Cour constitutionnelle fédérale en ce qui concerne leurs compétences respectives. La primauté du droit de l'Union n'est pas illimitée, mais elle se trouve restreinte par le droit (constitutionnel) national. La Cour cite par la suite des décisions danoises, estoniennes, françaises, irlandaises, italiennes, lettonnes, polonaises, espagnoles, tchèques et anglaises. Concernant la France, elle s'appuie sur les décisions n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, 2011-631 DC du 9 juin 2011 et la décision du Conseil d'Etat Ass., 8 fév. 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres, n° 287110.

Ceci est nécessaire pour un espace européen fonctionnant, tout comme pour l'évolution de la Cour constitutionnelle au niveau national. Lors des entretiens, il s'est avéré que le fédéralisme et le dialogue des juges européens est très estimé, qu'existe une forte croyance en ce modèle et une aspiration à y contribuer, bien que persistent des incertitudes méthodologiques.

COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE[100]

-

Marc Verdussen

Université de Louvain (UCL)
Centre de recherche sur l'État et la Constitution (JUR-I – CRECO)

Introduction

La Belgique a une Cour constitutionnelle. Elle a été créée en 1980 sous la dénomination de « Cour d'arbitrage ». Elle a rendu son premier arrêt en 1985. Depuis une révision constitutionnelle intervenue en 2007, la dénomination « Cour d'arbitrage » est remplacée par « Cour constitutionnelle ». C'est l'article 142 de la Constitution qui consacre l'existence de la Cour constitutionnelle et jette les bases fondamentales de son statut. Dans le prolongement du texte constitutionnel, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (ci-après : LSCC) règle en détail les compétences, la composition, l'organisation, le fonctionnement et la procédure devant celle-ci. La loi spéciale du 6 janvier 1989 a été modifiée à plusieurs reprises, dont les dernières fois le 6 janvier 2014[101] et le 4 avril 2014[102].

La Cour constitutionnelle a pour mission essentielle de contrôler la compatibilité des

---

[100] Source : M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, et les sources citées dans l'ouvrage ; « Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime ? », *Revue belge de droit constitutionnel* (R.B.D.C.), 2013, pp. 67-86 ; ID., « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH, (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? – Essai*s *sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 325-345 ; ID., « La qualification juridique des acteurs du procès constitutionnel en Belgique », in P. Passaglia (dir.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 3-11. Sources complémentaires : interviews de Pierre Nihoul, juge à la Cour constitutionnelle, et de Anne Rasson-Roland, référendaire à la Cour constitutionnelle, tous deux professeurs à l'UCL et membres du CRECO. Je les remercie vivement pour leur collaboration. Plusieurs passages du rapport, relatifs aux aspects pratiques de l'élaboration des décisions de la Cour constitutionnelle ou à des points de vue plus personnels de membres de l'institution, sont tirés de ces deux interviews.

[101] Voy. M. VERDUSSEN, « Cour constitutionnelle », in M. UYTTENDAELE et M. VERDUSSEN (dir.), Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'Etat, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 287-298.

[102] M. VERDUSSEN, « Une nouvelle réforme en 2014 pour la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en hommage à Rusen Ergec*, 2016 (à paraître).

normes législatives à l'égard des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celles-ci pour déterminer les compétences respectives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées, de tous les droits fondamentaux consacrés par le Titre II et par les articles 170, 172 et 191 de la Constitution et, depuis 2014, du principe de loyauté fédérale consacré par l'article 143 de la Constitution. Seules ces dispositions font partie du bloc de constitutionnalité, qui ne couvre donc pas tout le texte constitutionnel. Les normes législatives contrôlées sont adoptées par la collectivité fédérale (les lois fédérales) et par les collectivités fédérées (les décrets et ordonnances régionaux et communautaires)[103]. La Cour constitutionnelle exerce donc un contrôle de constitutionnalité qui vise toutes les normes législatives, mais qui ne s'étend pas à l'ensemble du texte constitutionnel.

I. Traitement des saisines

La Cour constitutionnelle peut être saisie de deux manières : par renvoi préjudiciel et par recours en annulation. Le droit, voire l'obligation, de saisir la Cour de questions préjudicielles est réservé aux « juridictions », ce qui comprend tant les juridictions administratives – dont la section du contentieux administratif du Conseil d'État – que les juridictions judiciaires. Le droit de saisir la Cour de recours en annulation appartient à toute personne qui justifie d'un intérêt. Il s'agit des personnes physiques. Il s'agit aussi des personnes morales, tant privées (associations et sociétés commerciales) que publiques (collectivités décentralisées et organismes publics personnalisés). Le requérant doit démontrer, de manière concrète, que sa situation est susceptible d'être directement et défavorablement affectée par la norme législative attaquée, ce qui exclut toute forme d'action populaire (*actio popularis*). Sont également habilitées à introduire un recours en annulation, mais sans devoir justifier d'un intérêt, les autorités exécutives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées et les présidents des assemblées législatives fédérales et fédérées, à la demande de deux tiers des membres composant l'assemblée. Aucune saisine n'est possible pour l'opposition. Pour tous les requérants, le délai pour agir est le même : le recours doit être introduit dans les six mois suivant, non pas l'adoption ou l'entrée en vigueur de la norme législative attaquée, mais sa publication au *Moniteur belge*.

Quel que soit le mode de saisine, l'arrêt doit être rendu, en principe, dans les six mois du dépôt du recours en annulation ou de la réception de la décision de renvoi. Ce délai est fixé par l'article 109, alinéa 1er, de la LSCC. Mais, lorsque la Cour constitutionnelle rend un arrêt de rejet au stade de la procédure préliminaire, la durée de l'instance se réduit normalement à quelques semaines. À l'expiration du délai de principe de six mois, la Cour peut estimer que

[103] Dans le présent rapport, on parle de « lois », par commodité de langage.

l'affaire n'est pas encore en état d'être jugée, ce qui est généralement le cas. L'article 109, alinéa 2, de la LSCC lui permet alors de rendre une décision motivée de prorogation du délai, « dans la mesure qui s'impose ». Cette prorogation peut être renouvelée « en cas de nécessité », étant précisé qu'en aucun cas la durée totale des prorogations ne saurait excéder six mois. La durée maximale de l'instance est donc de douze mois. Il est bien évident que l'instance se prolonge inévitablement au-delà de ce délai lorsque la Cour pose une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

La démarche des juges est-elle différente selon les auteurs de saisine, le mode de saisine (renvoi préjudiciel ou recours direct) et la formulation de la saisine (générale ou précise, abstraite ou concrète, motivée ou peu motivée)[104] ?

Si l'on prend en compte les auteurs de la saisine, il semble que la démarche des juges soit plus conciliante à l'égard des recours introduits par les personnes physiques sans avocat qu'à l'égard des autres auteurs.

Si l'on prend en compte le mode de saisine ou la formulation de la saisine, il semble que, dans les deux cas, la Cour constitutionnelle n'entende généralement pas statuer *ultra petita*, préférant bien circonscrire le débat porté devant elle. Toutefois, son attitude semble plus rigoriste en matière de question préjudicielle. La plupart du temps, la Cour s'attache à délimiter l'hypothèse concrète dans le cadre de laquelle la question préjudicielle lui est soumise. Les arrêts rendus sur question préjudicielle témoignent de ce souci à un double endroit : d'une part, au début de l'arrêt, la Cour indique souvent comment elle aperçoit la situation concrète qui ressort de la décision de renvoi et énonce que « la Cour limite son examen à cette hypothèse » ; d'autre part, dans le dispositif, elle indique que la violation ou la non-violation est constatée dans l'hypothèse décrite en début d'arrêt. La Cour prend soin aussi de bien comprendre le raisonnement tenu par le juge *a quo*, notamment quant à l'interprétation retenue de la norme contrôlée. En effet, certains juges de renvoi n'hésitent pas à poser des questions qui ressemblent plus à des consultations juridiques sur un point de droit ou des questions qui remettent en cause une interprétation de la Cour de cassation.

Au fil de ses arrêts, particulièrement au contentieux de l'égalité et de la non-discrimination, la Cour constitutionnelle s'est aussi montrée exigeante dans la détermination du problème de constitutionnalité. C'est ainsi qu'elle rejette les requêtes en annulation qui manquent de précision. Pour satisfaire aux exigences de l'article 6 de la LSCC, les moyens de la requête doivent faire connaître, parmi les règles dont la Cour garantit le respect, celles qui

---

[104] En Belgique, la question ne se pose pas à propos du moment de la saisine (toutes les saisines étant *a posteriori*, hormis le cas très particulier du controle préventif sur les consultations populaires régionales), ni à propos de la nature de la saisine (qui est toujours facultative).

seraient violées ainsi que les dispositions qui violeraient ces règles et exposer en quoi ces règles auraient été transgressées par ces dispositions. Admettre une requête imprécise mettrait en péril le caractère contradictoire de la procédure, dès lors que la partie qui interviendrait pour défendre les dispositions législatives attaquées ne serait pas mise en mesure de fournir une défense utile. C'est ainsi également que, saisie d'une question préjudicielle, la Cour attend aussi du juge *a quo* une précision de la question, qui s'apparente aux exigences imposées pour la requête en annulation. Il lui revient de préciser quelle norme constitutionnelle serait violée et en quoi consisterait la violation. Au contentieux de l'égalité, le juge doit donc préciser quelle catégorie de personnes peut être comparée de manière pertinente avec la catégorie qui serait victime d'une discrimination. Il s'agit également de préserver le caractère contradictoire de la procédure devant la Cour et la possibilité, pour les parties qui souhaitent intervenir, en particulier celles qui veulent défendre la disposition en cause, de le faire efficacement.

En ce qui concerne le traitement du stock et le flux du contentieux, deux dynamiques différentes coexistent au sein de la Cour constitutionnelle.

A. UNE DYNAMIQUE DE LIMITATION DES SAISINES

Un filtrage est organisé par le Chapitre II du Titre V (art. 69 à 73) de la LSCC, à travers une procédure dite « préliminaire ». Une distinction s'impose entre les recours en annulation et les questions préjudicielles. Dans les deux cas, il s'agit de favoriser le traitement de l'affaire dans un délai raisonnable, en faisant l'économie de procès inutiles.

1) Le filtrage des recours en annulation.

Au terme de la procédure préliminaire, un recours en annulation peut être rejeté par une chambre restreinte de trois juges, soit en cas d'incompétence manifeste de la Cour, soit en cas d'irrecevabilité manifeste du recours, par exemple lorsque le délai dans lequel le recours doit être intenté est dépassé. En revanche, si le recours est manifestement non fondé, le recours sera rejeté par la Cour en formation ordinaire, c'est-à-dire par un siège de sept juges, ce qui est la règle, ou par un siège de douze juges, ce qu'on appelle « formation plénière ». Selon l'article 56, alinéa 2, de la LSCC, chacun des présidents de la Cour peut décider qu'une affaire sera traitée en formation plénière : d'une part, il peut prendre une telle décision « lorsqu'il l'estime nécessaire » ; d'autre part, les présidents doivent prendre une telle décision lorsque deux des sept juges du siège en font la demande (voy. *infra*). Toujours dans le cadre de la procédure préliminaire, c'est également à la Cour elle-même qu'il revient de déclarer le recours fondé pour inconstitutionnalité manifeste de la norme législative querellée. En revanche, si l'incompétence de la Cour, l'irrecevabilité du recours, son caractère infondé ou fondé ne sont pas manifestes, la décision est prise selon la procédure ordinaire, soit en formation limitée soit en formation plénière. S'agissant des conditions de recevabilité, on observe en pratique que le dépassement du délai de recours est généralement constaté en procédure préliminaire, tandis que l'absence d'intérêt est exceptionnellement considérée

comme manifeste.

2) Le filtrage des questions préjudicielles.

Au terme de la procédure préliminaire, la chambre restreinte rejettera la question en cas d'incompétence manifeste de la Cour ou d'irrecevabilité manifeste de la question. Quant à la Cour elle-même, elle rejettera les questions auxquelles « on doit manifestement répondre par la négative » (art. 72, al. 1er), ce qui recouvre quatre hypothèses distinctes : la norme législative qui fait l'objet de la question préjudicielle a déjà été annulée ; la Cour a déjà répondu à une ou plusieurs questions préjudicielles analogues, voire identiques, dans le passé ; il n'y a manifestement pas d'inconstitutionnalité ; manifestement, la question préjudicielle n'est pas, ou n'est plus, pertinente, en ce qu'elle ne présente pas la moindre utilité pour la solution du litige devant la juridiction de renvoi. Ici aussi, la Cour peut constater l'inconstitutionnalité manifeste de la norme législative querellée.

Précisons que les autres juridictions, qui sont potentiellement pourvoyeuses de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle, disposent de moyens visant, là aussi, à éviter des procès inutiles. Ces moyens sont plus efficaces encore, puisqu'ils empêchent toute saisine de la Cour. En principe, quand une partie soulève une question préjudicielle devant une juridiction, celle-ci doit demander aux juges constitutionnels de statuer sur cette question, en vertu de l'article 26, § 2, alinéa 1er, de la LSCC. Cette obligation n'est pas pour autant absolue, étant relativisée par l'une ou l'autre exception – des « clauses échappatoires » en quelque sorte –, qui sont énumérées par l'article 26, § 2, alinéas 2 et 3, de la LSCC. Toutes les juridictions peuvent s'opposer au renvoi préjudiciel lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique. Le même refus peut être opposé lorsque l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité et à la condition que ces motifs soient tirés de normes ne faisant pas elle-même l'objet de la demande de question préjudicielle. Deux autres « clauses échappatoires » sont prévues, mais elles ne sont pas accessibles à la Cour de cassation et au Conseil d'État (section du contentieux administratif) : lorsque la norme législative ne viole manifestement pas la Constitution et lorsque la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre la décision. Le traitement différent réservé aux deux juridictions supérieures a été justifié par le souci de permettre aux justiciables confrontés à un usage abusif de clauses échappatoires de pouvoir, en dernière instance, forcer la voie vers le prétoire de la Cour constitutionnelle, à tout le moins pour les deux clauses dont les juges peuvent le plus facilement abuser. On ajoutera, dans le souci d'être complet, que des dispositions particulières sont prévues, d'une part, pour les juridictions qui statuent sur une demande « urgente » et dont « le prononcé au sujet de cette demande n'a qu'un caractère provisoire » ou qui statuent « au cours d'une procédure d'appréciation du maintien de la détention préventive » (art. 26, § 3, de la LSCC) et, d'autre part, pour toutes les juridictions en cas de concours de droits fondamentaux, c'est-à-dire lorsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une

disposition du Titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international (art. 26, § 4, de la LSCC).

B. UNE DYNAMIQUE D'EXTENSION DES SAISINES

L'extension des saisines concerne tout autant les normes contrôlées que les normes de contrôle.

1) Une extension des normes contrôlées

La Cour constitutionnelle accepte d'exercer un contrôle à l'égard des lois spéciales, des décrets spéciaux et des ordonnances spéciales, toutes normes qui exigent une ou des majorités renforcées. Elle accepte également d'exercer un contrôle à l'égard de catégories particulières de normes législatives, telles les normes législatives formelles (naturalisation, budget, assentiment aux traités internationaux…) ou encore les normes législatives transposant des directives européennes. La Cour constitutionnelle étend son contrôle aux normes équipollentes aux normes législatives, tels les arrêtés-lois de guerre.

Elle connaît même des lacunes législatives inconstitutionnelles. Une lacune législative est inconstitutionnelle lorsqu'en réglant un domaine de sa compétence, le législateur crée ou révèle une lacune susceptible de heurter un ou plusieurs droits fondamentaux et, tout spécialement, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. En adoptant la norme, le législateur a, délibérément ou négligemment, circonscrit le champ d'application de cette norme en « excluant » une ou plusieurs catégories de personnes, pourtant comparables aux destinataires de celle-ci.

2) Une extension des normes de contrôle

La Cour constitutionnelle exerce un contrôle qui ne s'étend pas à l'ensemble du texte constitutionnel (voy. *supra*). Pourtant, les juges constitutionnels ont fait preuve d'imagination pour élargir le bloc de constitutionnalité et, partant, pour étendre leur contrôle au-delà des limites qui leur étaient formellement imparties, succombant ainsi à une tentation « totalitaire »[105] ou « boulimique »[106].

L'exemple le plus paradigmatique concerne l'intégration des normes internationales dans le bloc de constitutionnalité que la Cour constitutionnelle réalise par la mise en œuvre de deux méthodes jurisprudentielles.

---

[105] P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34.
[106] J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB*, 1999, n° 20, p. 237.

La méthode conciliatoire. La Cour constitutionnelle considère que lorsqu'est invoqué devant elle un droit fondamental reconnu par la Constitution, mais qui est analogue à un droit fondamental reconnu par un traité international – situation qualifiée de « concours de droits fondamentaux » (voir *supra*) –, il lui revient de mener une approche que nous qualifions de « conciliatoire ». Selon la Cour, dans un tel cas de figure, « les garanties consacrées par [la] disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans [la disposition constitutionnelle] en cause », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues »[107]. Cette méthode, que la Cour qualifie de méthode « du tout indissociable », traduit une vision plus circulaire, et moins hiérarchisée, des droits fondamentaux. Si la méthode peut être appliquée à partir de n'importe quel traité international, force est de constater que la Cour marque une nette prédilection pour la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

La méthode combinatoire. Lorsque la Cour constitutionnelle est saisie d'un recours en annulation ou d'une question préjudicielle à propos d'une loi qui viole un droit fondamental reconnu par un traité international, elle accepte d'en connaitre si l'atteinte à ce droit fondamental crée une différence de traitement entre deux catégories de personnes ou de situations, ce qui est généralement le cas. Elle considère, en effet, qu'une atteinte à un droit international, si elle est discriminatoire, est constitutive d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution, sièges du principe d'égalité et de non-discrimination. Ce faisant, elle rattache la violation du droit international au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Pour ce faire, elle a pu trouver dans la Constitution une disposition qui contribue à la légitimité de ce mode de raisonnement : l'article 11 de la Constitution dispose, dans sa première phrase, que « la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges doit être assurée sans discrimination ». Plus d'une fois, la Cour constitutionnelle a ainsi été amenée à intégrer les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte de l'Union dans l'exercice du contrôle d'égalité, ce qui est une manière de compenser la pauvreté et l'obsolescence du catalogue constitutionnel de droits fondamentaux.

3) Une extension des moyens d'annulation

Un moyen d'office peut être soulevé au terme de l'instruction de l'affaire, auquel cas les juges décident, par ordonnance, que l'affaire ne peut être déclarée en état et ils invitent les parties à faire connaître leur point de vue sur ce moyen dans un mémoire complémentaire à introduire dans un délai qu'elle détermine (art. 90 de la LSCC). Un moyen d'office peut aussi

---

[107] C.C., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004 (jurisprudence constante).

être soulevé après l'audience, ce qui nécessite alors une réouverture des débats (art. 107 de la LSCC). En pratique, les moyens d'office sont exceptionnels.

II. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A. La composition de la Cour constitutionnelle

La Cour constitutionnelle est composée de douze juges. Si elle tient son existence de l'article 142 de la Constitution, ce dernier ne comporte, en revanche, aucune disposition sur celles et ceux qui la composent. La composition de l'institution est réglée par les articles 31 à 34 de la LSCC, qui définissent la procédure à suivre pour les nominations et subordonnent celles-ci à une condition individuelle et à un certain nombre d'équilibres collectifs.

Pour accéder à la Cour constitutionnelle en qualité de juge, il convient d'être âgé de 40 ans accomplis. Les autres conditions individuelles sont liées aux équilibres collectifs que le législateur spécial a voulu imprimer à la composition de la Cour constitutionnelle. Ces équilibres résultent de règles procédurales ou institutionnelles qui, pour certaines, sont formellement posées par le législateur et, pour d'autres, s'inscrivent en marge de la loi.

- Les juges constitutionnels sont nommés par le Roi parmi des candidats présentés alternativement par la Chambre des représentants et par le Sénat, à la majorité des deux tiers des suffrages. La nomination par arrêté royal se comprend aisément puisque tous les juges en Belgique, ceux des cours et tribunaux comme ceux du Conseil d'État, sont nommés de cette manière. Le fait que leur nomination soit subordonnée à une présentation à la majorité qualifiée des deux tiers suppose l'existence, autour de leur nom, d'un consensus qui transcende tout autant le clivage majorité-opposition que la division en groupes linguistiques. Quant au principe même d'une présentation de candidats par les assemblées parlementaires, il procède d'une préoccupation qui est partagée par la plupart des États du modèle européen de justice constitutionnelle : « les contrôlés doivent avoir le sentiment qu'ils sont associés à la désignation des contrôleurs »[108].

- Les nominations doivent prendre en compte une exigence de parité linguistique : autant de juges d'expression française que de juges d'expression néerlandaise. Cette règle découle du caractère bipolaire de l'État fédéral belge, où les intérêts des communautés et régions se cristallisent autour d'une profonde ligne de fracture entre un pôle francophone et un pôle flamand[109]. L'aménagement juridique de l'État fédéral belge porte la marque de cette

---

[108] L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.,* 1994, p. 577.

[109] M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », in M. SEYMOUR et G. LAFOREST (dir.), *Le fédéralisme multinational – Un modèle viable ?*, Peter Lang, 2011, pp. 211-

bipolarité, les institutions fédérales étant organisées en fonction de celle-ci.

- Les nominations doivent prendre en compte une exigence de parité socioprofessionnelle : autant d'anciens parlementaires que de juristes. Six juges sont des juristes de profession. Six juges sont d'anciens parlementaires. Ils peuvent être juristes de formation, mais le législateur ne l'impose pas. La présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour constitutionnelle ne constitue pas une spécificité de la justice constitutionnelle belge. L'originalité consiste en ce que, d'une part, est imposée une représentation parlementaire à concurrence de la moitié du nombre des juges et, d'autre part, aucune qualification juridique n'est requise pour être nommé en qualité d'ancien parlementaire.

- Les six juristes professionnels doivent être issus du sérail : ils sont nommés parmi les candidats qui ont occupé une fonction de magistrat à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, de référendaire à la Cour constitutionnelle ou de professeur d'université.

- Les sièges de juge constitutionnel sont répartis proportionnellement entre les partis politiques les plus représentatifs.

- La Cour constitutionnelle est composée de juges de sexe différent.

De la composition actuelle de la Cour constitutionnelle, il ressort que la moyenne d'âge des juges constitutionnels est d'environ 60 ans (calculé à la date du 31 décembre 2016). Le plus jeune des juges actuels a été nommé à l'âge de 48 ans. La Cour constitutionnelle compte deux femmes. Sur les six juges anciens parlementaires, cinq sont licenciés en droit, dont quatre ont pratiqué la profession d'avocat (respectivement pendant 6, 25, 29 et 30 ans. Le sixième est agrégé de l'enseignement secondaire inférieur. Sur les six juges juristes de profession, deux ont occupé précédemment la fonction de référendaire et trois ont été conseillers d'État. Tous les juges relevant de cette catégorie ont occupé, ou occupent encore, des charges d'enseignement universitaire.

On ajoutera qu'en vertu de l'article 32, alinéa 1er, de la LSCC, les juges constitutionnels sont nommés à vie. La loi du 6 janvier 1989 relative aux traitements et pensions des juges, des référendaires et des greffiers de la Cour constitutionnelle précise, en son article 4, alinéa 1er, que les juges « sont mis à la retraite lorsqu'une infirmité grave et permanente ne leur permet plus de remplir convenablement leurs fonctions ou lorsqu'ils ont atteint l'âge de septante ans ».

L'origine des juges a-t-elle un impact sur la rédaction de la décision ? Selon le juge Pierre Nihoul (interview), il faut distinguer le stade de la rédaction du projet d'arrêt et le stade du délibéré.

Au stade de la rédaction du projet d'arrêt, l'origine des juges a pratiquement peu

---

225.

d'impact dès lors que l'avant-projet est rédigé essentiellement par les référendaires et que le couple de juges-rapporteurs associe le plus souvent un juge du sérail et un ancien parlementaire. Il est vrai cependant que, lorsque les deux présidents (qui ne sont jamais juges-rapporteurs, mais siègent dans toutes les affaires) sont issus du sérail, il y a un couple de juges anciens parlementaires.

Au stade du délibéré, l'origine des juges a là un certain impact sur la rédaction de l'arrêt, et ce à quatre niveaux :

- la pédagogie de l'arrêt : les universitaires et les anciens conseillers d'État prêtent une attention particulière à cet aspect, ce qui est moins le cas des anciens membres de la Cour de cassation et des juges anciens parlementaires ;
- la structure logique et la cohérence de l'arrêt : ici aussi, la différence se marque entre les juges du sérail et les juges anciens parlementaires, dans la mesure où, pour ces derniers, c'est la décision qui compte, moins les motifs ;
- la cohérence de la jurisprudence : les juges du sérail y sont plus attentifs que les juges anciens parlementaires, quoique, lorsqu'il s'agit des trouver des solutions *ad hoc* qui s'écartent de la jurisprudence, les juges du sérail sont particulièrement imaginatifs ;
- l'influence du droit international et surtout du droit de l'Union européenne : cette partie du droit est moins connue et plus contestée par les juges anciens parlementaires.

S'agissant d'une juridiction constitutionnelle composée selon une double parité, à la fois linguistique et socioprofessionnelle (voy. *supra*), le délibéré est une étape cruciale dans la prise de décision, car il permet aux juges de mener entre eux un dialogue approfondi avec comme objectif de trouver une solution par consensus (sur le délibéré, voy. *infra*).

B. LE STATUT DES JUGES CONSTITUTIONNELS

Comme l'écrit Pierre Nihoul, juge à la Cour constitutionnelle, chaque juge doit être « inaccessible à toute ingérence ou pression interne ou externe », de manière à pouvoir « décider librement, cette liberté étant celle d'apprécier sans contrainte les faits qui lui sont soumis et d'interpréter sans entraves la norme qu'il est tenu d'appliquer en l'espèce »110. Plusieurs règles contenues par la LSCC contribuent à garantir l'indépendance et l'impartialité des juges. La récusation est prévue par les articles 101 et 102 de la LSCC, notamment pour

---

[110] P. NIHOUL, « Les relations entre la Cour constitutionnelle belge et les autres pouvoirs. Indépendance et influence », *Constitutions – Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, pp. 528-529. Sur les exigences d'indépendance et d'impartialité en général, voy., du même auteur, « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr. Louvain*, 2011, pp. 201-263.

cause de suspicion légitime.

Quel regard les juges constitutionnels portent-ils sur leur statut organique ? Selon Pierre Nihoul (interview), les juges de la Cour constitutionnelle disposent des mêmes garanties que les magistrats des autres ordres juridictionnels. Pas plus pas moins. A une seule exception, qui concerne également les conseillers d'État : l'absence de droit de regard du Conseil supérieur de la justice. Le statut organique est jugé favorablement par les juges.

C. LES COLLABORATEURS DES JUGES CONSTITUTIONNELS

Conformément aux articles 35 à 39 de la LSCC, la Cour constitutionnelle bénéficie de l'assistance juridique de référendaires. Ils sont actuellement au nombre de dix-huit (dont un est toutefois détaché auprès de la Cour de justice de l'Union européenne comme référendaire). Dans le respect de la parité linguistique, la moitié est d'expression française et l'autre moitié d'expression néerlandaise. Ils sont recrutés sur la base d'un concours de recrutement et d'un examen d'aptitude linguistique.

Le contenu précis de la fonction de référendaire n'est pas défini par la LSCC. Chacun des douze juges constitutionnels se voit octroyer la collaboration d'un ou de plusieurs référendaires, qui agissent sous son autorité. Un référendaire peut rester attaché à « son » juge jusqu'à la retraite de celui-ci ou, à un moment, être rattaché à un autre juge. La LSCC ne pose à cet égard aucune exigence. Au sein de la Commission des Affaires institutionnelles du Sénat, il a été observé en 2002 que les référendaires « ne sont investis d'aucune compétence légale spécifique et individuelle », de telle sorte que « contrairement aux auditeurs du Conseil d'État, par exemple, ils ne rédigent pas de rapport en leur nom propre »[111]. En quoi consiste alors leur collaboration ? Ils procurent à la Cour constitutionnelle et à ses juges une assistance juridique. « Le travail du référendaire dépend de la personnalité et des connaissances du juge qu'il assiste ainsi que de la confiance que le juge porte au référendaire qui lui est affecté. Tout dépend donc du juge et du référendaire. D'une façon générale, le référendaire travaille à la confection des rapports, à la rédaction de notes de synthèse ou de recherches approfondies, à l'élaboration même des projets d'arrêt et à la rédaction d'amendements »[112]. La compétence des référendaires est générale : ils « n'ont jamais formulé le souhait d'être cantonnés dans une branche précise du droit, même si certains portent un intérêt particulier à l'une ou l'autre de ces disciplines »[113]. On ajoutera que « les référendaires ne participent pas aux délibérations des juges », mais que « toutes les pièces – requête ou décision de renvoi, mémoires, projets

---

[111] *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 247.
[112] M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'organisation et la procédure de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Adm. Publ.*, 1998, p. 87.
[113] *Ibid.*, p. 88.

d'arrêt, amendements, etc. – leur sont systématiquement communiquées »[114]. Par ailleurs, « une partie non négligeable du travail de certains référendaires consiste à dialoguer avec le juge qu'ils assistent »[115]. On le voit, la fonction de référendaire a une « nature ambivalente », puisqu'elle « consiste à participer à la fonction juridictionnelle sans être juge »[116].

Quel regard les référendaires portent-ils sur leur rôle dans la prise de décision ? Anne Rasson-Roland (interview) met en évidence plusieurs aspects de ce rôle.

Les référendaires interviennent en amont dans la préparation des arrêts. Ils sont, en effet, chargés de préparer les projets d'arrêt à l'intention de leur(s) juge(s), lorsque ce juge est le premier rapporteur dans une affaire[117]. Ils sont donc les premiers à prendre connaissance des pièces de la procédure et à les synthétiser (partie A de l'arrêt), à préparer le dossier de documentation et à rédiger le projet d'arrêt dans sa partie B. Ils ont bien sûr des contacts réguliers avec le juge-rapporteur à qui revient l'affaire. Cette concertation permet souvent de dégager une orientation, avant de rédiger le projet. Elle conduit parfois à envisager plusieurs pistes, qui seront concrétisées dans le projet sous la forme de variantes. Certains référendaires rédigent d'office plusieurs variantes dans leur projet, ce qui permet au juge-rapporteur de choisir. Ce dernier décide parfois de n'en soumettre que certaines à la Cour. Les référendaires sont bien conscients qu'ils n'ont de rôle dans la prise de décision que par l'intermédiaire du juge-rapporteur ou, à l'occasion, par l'intermédiaire d'autres juges qui leur demandent un avis suite à des publications, des notes ou des projets déjà déposés.

Les rapports entre juges et référendaires ont quelque peu évolué suite à l'extension du cadre des référendaires en 2003. Dans un premier temps, chaque juge travaillait de manière assez exclusive avec « son » référendaire. L'accroissement de la charge de travail a conduit la Cour constitutionnelle à engager de nouveaux référendaires. Le lien entre le juge et son référendaire a été maintenu, mais ce dernier n'a plus traité l'exclusivité des affaires de son juge, mais deux tiers de ces affaires. Les nouveaux référendaires ont été amenés à travailler pour deux juges et à traiter pour ces deux juges le tiers restant. Telle est actuellement la manière de répartir les affaires entre les neuf référendaires d'expression néerlandaise. Parmi les huit référendaires d'expression française, six travaillent à titre principal pour un juge et,

---

[114] *Id*.

[115] A. RASSON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *A.I.J.C.*, 1992, vol. VIII, pp. 220-221.

[116] M. JOASSART, « La valorisation du statut des référendaires de la Cour d'arbitrage », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 76.

[117] C'est la langue de la procédure qui détermine quel juge, dans le couple de juges-rapporteurs, est premier rapporteur.

très sporadiquement pour un autre juge, et deux sont des référendaires « partagés » entre trois juges. Pour tous les référendaires, la répartition du travail se fait suivant une grille préétablie ; il n'est donc pas possible de « choisir » ses affaires. La loi spéciale prévoit d'ailleurs également pour les juges une répartition aléatoire des affaires. La collaboration de référendaires avec plusieurs juges a contribué à faire circuler davantage les idées au sein de la Cour, certains juges n'hésitant pas à demander de temps à autre un avis à un référendaire dans l'un ou l'autre dossier.

Les référendaires doivent aussi examiner, pour leur juge, les projets élaborés par l'autre juge-rapporteur. Ils consultent le dossier de documentation, modifient, le cas échéant, le projet A ou le projet B ou proposent des variantes. Il peut arriver qu'ils conseillent au juge deuxième rapporteur de ne pas cosigner le projet parce qu'une autre orientation leur semble devoir être privilégiée. Ils devront alors préparer avec leur juge des amendements ou un projet alternatif dans le courant du délibéré. Comme pour les dossiers qui leur sont confiés en première ligne, les référendaires n'ont qu'un pouvoir d'influence. C'est le juge-rapporteur qui décide *in fine* de l'orientation qui sera prise et nombreux sont les juges qui modifient sur un point ou l'autre le projet d'arrêt préparé par le référendaire. La rédaction des projets d'arrêt est souvent un travail de co-écriture.

D. LES FORMATIONS DE JUGEMENT AU SEIN DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE

La Cour constitutionnelle siège soit en formation de sept juges, soit en formation plénière de douze (ou dix) juges. Le premier scénario a été conçu par le législateur comme étant le principe, tandis que le second ne devait être utilisé qu'exceptionnellement. Pourtant, de plus en plus, la pratique dément les prévisions du législateur. Des statistiques dressées dans le *Rapport annuel 2011* de la Cour constitutionnelle, il ressort même que, sur 201 arrêts, 97 arrêts ont été rendus par un siège de sept juges, 97 en formation plénière et 7 en chambre restreinte. Mieux encore, pour 2014, sur 191 arrêts, 79 arrêts ont été rendus par un siège de sept juges, 103 en formation plénière et 9 en chambre restreinte.

La tendance au renvoi en formation plénière s'explique sans doute, en grande partie, par le fait que de plus en plus d'affaires révèlent un clivage entre les juges francophones et les juges flamands. Toutefois, il s'agit là d'une hypothèse qu'il est difficile de vérifier scientifiquement, dans la mesure où les décisions de renvoi en formation plénière ne sont pas motivées.

Lorsqu'elle siège en formation limitée, la Cour constitutionnelle est composée de sept juges : trois juges d'expression française, trois juges d'expression néerlandaise et le président. Parmi les sept juges, deux au moins doivent répondre aux conditions fixées à l'article 34, § 1er, 1°, de la LSCC (juristes de profession) et deux au moins doivent répondre à la condition fixée à l'article 34, § 1er, 2°, de la LSCC (anciens parlementaires). Les articles 58 à 60 de la LSCC organisent un processus de désignation des juges qui, non seulement permet de rencontrer cette exigence, mais qui, en outre, empêche les présidents de constituer librement

le siège de chaque affaire. C'est en fonction du nombre d'affaires qui arrivent à la Cour et de l'ordre de leur réception que la composition des différents sièges est déterminée.

Lorsqu'elle siège en formation plénière, c'est l'article 56, alinéa 2, de la LSCC qui trouve à s'appliquer. Normalement, une telle formation compte douze juges. Il peut cependant advenir qu'un des douze juges soit légitimement empêché de siéger dans l'affaire ou que la composition de la Cour constitutionnelle ne soit pas complète, par exemple à la suite du décès ou de la démission d'un de ses membres. Dans ce cas, un des juges de l'autre groupe linguistique – le groupe linguistique le plus nombreux – doit s'abstenir de participer à l'affaire. Il s'agira du juge nommé le plus récemment ou, le cas échéant, du juge le plus jeune. En effet, quand elle siège en formation plénière, la Cour ne peut statuer que si au moins dix juges et autant de juges d'expression française que de juges d'expression néerlandaise sont présents. Selon l'article 56, alinéa 1er, de la LSCC, la Cour se réunit en séance plénière pour prendre un certain nombre de décisions, listées par le législateur : il s'agit soit de décisions qui relèvent de l'administration interne de l'institution et de ses membres, soit de décisions de nature procédurale, comme la jonction de deux affaires connexes. Selon l'article 56, alinéa 2, de la LSCC, la Cour se réunit également en séance plénière chaque fois qu'un des deux présidents le décide : il peut prendre une telle décision « lorsqu'il l'estime nécessaire » ; les présidents doivent prendre cette décision lorsque deux des sept juges du siège en font la demande.

Les interviews révèlent que la décision de soumettre une affaire en formation plénière est généralement justifiée par trois circonstances. D'une part, la Cour est encline à traiter dans la plus stricte parité linguistique les affaires susceptibles de générer un désaccord, voire des tensions, entre les deux groupes linguistiques ou d'avoir des conséquences sur la structure institutionnelle de l'État. D'autre part, la même sagesse incite la Cour à siéger au complet pour traiter les affaires importantes, c'est-à-dire des affaires qui pourraient impliquer une orientation ou une réorientation jurisprudentielle significative ou des affaires qui ont trait à des enjeux sociétaux importants ou qui ont fait l'objet d'un débat important dans la société, dans les médias ou dans les assemblées. Enfin, lors de la mise en état des affaires, la Cour décide de prendre l'affaire en formation plénière lorsqu'il apparaît déjà que l'affaire est sujette à des divergences de vue.

III. Procédure

Dans la LSCC, un Titre V est intitulé : « Procédure devant la Cour constitutionnelle ». Il est divisé en neuf chapitres et regroupe les articles 67 à 122. Toute saisine de la Cour constitutionnelle déclenche un processus séquentiel, depuis son inscription au rôle jusqu'au prononcé de l'arrêt. Lorsque cette progression n'est pas interrompue par un filtrage opérant au stade préliminaire, la principale étape de la procédure est celle de l'instruction de l'affaire, qui comprend l'échange de mémoires entre les parties (voy. *infra*). Au terme de l'instruction et si la Cour considère que l'affaire est en état, une audience peut être tenue, aux conditions et

selon les modalités fixées aux articles 90 et 103 à 106 de la LSCC.

A. PROCÉDURE ET ÉQUITÉ

De manière générale, la procédure devant la Cour constitutionnelle est réglée (par le législateur) et menée (par les juges) de manière très respectueuse des garanties du procès équitable (sur la motivation des décisions, voy. *infra*). C'est ainsi que, dans l'interprétation des dispositions procédurales de la LSCC, notamment des dispositions sur les échanges de mémoires, et, plus généralement, dans l'appréciation du respect du principe du contradictoire des débats, la Cour « fait preuve d'une certaine souplesse », en s'attachant à vérifier « si la partie a eu *in concreto* la possibilité de s'expliquer, de répondre ou de répliquer »[118].

On relèvera toutefois que la Cour constitutionnelle ne compte pas en son sein un auditorat. Une fois que les parties ont échangé leurs mémoires, elles ne bénéficient d'aucune réaction extérieure, ce qui les prive de la possibilité de rectifier, de nuancer ou d'approfondir, à tout le moins par écrit, certains éléments de leur argumentation. Devant le Conseil d'État, les parties peuvent, à la suite du rapport de l'auditorat, établir un dernier mémoire et préparer l'audience en conséquence. Il n'en est pas ainsi devant la Cour constitutionnelle où, hormis l'hypothèse assez rare de questions complémentaires posées dans l'ordonnance de mise en état ou de mesures d'instruction, la première réaction extérieure est celle des juges rapporteurs au moment même de l'audience.

B. PROCÉDURE ET COLLÉGIALITÉ

Quel rôle la collégialité joue-t-elle dans le cours de la procédure devant la Cour constitutionnelle, que ce soit avant, pendant ou après le délibéré ? Pierre Nihoul (interview) distingue les trois temporalités.

1) Avant le délibéré.

Jusqu'au dépôt des derniers mémoires, la collégialité ne joue qu'à l'égard du déclenchement éventuel de la procédure préliminaire. Celle-ci ne peut en effet être mise en route que moyennant, d'abord, l'accord des deux juges rapporteurs et, ensuite, de la formation restreinte idoine. Après le dépôt des derniers mémoires, la collégialité est de mise pour la rédaction du projet d'arrêt. Celui-ci, rédigé par le premier juge rapporteur et son référendaire, est en effet soumis pour concertation et co-signature au second juge rapporteur et à son référendaire. Il arrive également que les juges rapporteurs ou leurs référendaires prennent

---

[118] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *R.B.D.C.*, 2004, p. 338.

conseil auprès de certains collègues mais ce n'est pas la pratique habituelle.

2) Pendant le délibéré.

Lors de la mise en état, la Cour décide de l'ampleur de la collégialité en retenant un siège restreint ou plénier. Lors de la discussion du projet d'arrêt, la collégialité au sein du siège retenu prend toute son ampleur. Elle se marque par des interventions orales, des amendements formels ou de fond ou par la rédaction de parties alternatives, voire de projets alternatifs, accompagnés de notes. Informellement, des contacts peuvent aussi se nouer à l'occasion de contacts en-dehors de la salle de délibéré.

3) Après le délibéré.

La collégialité n'est plus de mise au sein de la formation de jugement sauf si l'un des membres demande une réouverture du délibéré, ce qui est exceptionnel et n'est admis que moyennant l'unanimité des membres du siège. Elle est encore présente auprès des juges rapporteurs qui vérifient la concordance des deux versions linguistiques de l'arrêt, ce qui peut aussi conduire à une réouverture du délibéré en cas de divergences de vues non aplanies par concertation entre ces deux juges, mais c'est là tout à fait exceptionnel.

C. Procédure et temporalité

Des délais de rigueur sont imposés par la LSCC pour les échanges de mémoires, de telle sorte que la durée de l'instruction de l'affaire est, en partie, tributaire de l'écoulement de ces délais.

IV. Contrôle

A. Le contrôle de la Cour constitutionnelle est-il abstrait ou concret ?[119]

Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité revêt un caractère concret lorsque l'examen de la question de constitutionnalité conduit la juridiction constitutionnelle à contrôler, non pas la norme comme telle, en ce qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement, mais la norme en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Il importe peu, à cet égard, que, dans l'espèce litigieuse, l'application de la norme soit envisagée à l'égard d'une catégorie de destinataires ou d'un destinataire déterminé. Dans tous les cas, ce n'est

[119] Voy. M. Verdussen, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *A.I.J.C.*, 2014, pp. 19-23.

donc pas la norme qui est contrôlée, c'est la norme en situation. Dans tous les cas, c'est la mise en situation de la norme qui conduit la juridiction constitutionnelle à moduler son jugement de constitutionnalité. Par souci de pragmatisme, les juridictions belges se privent de moins en moins de poser des questions contextualisées. Animée de la même volonté d'efficacité, la Cour constitutionnelle met un point d'honneur à apporter à la juridiction la réponse qu'elle attend : à question circonstanciée, réponse circonstanciée. Plutôt que de condamner la norme législative comme telle, la Cour censure l'inconstitutionnalité de cette norme en tant qu'elle s'applique à une situation précise, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Le développement de ces questions préjudicielles contextualisées et du contrôle ciblé qu'elles génèrent témoigne d'une volonté de plus en plus affirmée des juridictions de renvoi et de la Cour constitutionnelle, non seulement de révéler toutes les virtualités du mécanisme de renvoi préjudiciel, mais aussi de protéger le plus efficacement possible les droits fondamentaux des citoyens.

B. QUEL EST L'IMPACT DU CONTRÔLE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ?

En vertu de l'article 116 de la LSCC, tout arrêt de la Cour constitutionnelle est « définitif et sans recours ». Cette disposition emporte trois conséquences, qui résultent de ce que l'affaire est tranchée par une autorité juridictionnelle, ce qui procure à l'arrêt rendu par celle-ci l'efficacité d'une décision de justice. Tout d'abord, une décision définitive « épuise la juridiction du juge », selon les termes de l'article 19 du Code judiciaire, sur le litige dont il était saisi. L'œuvre accomplie par le juge revêt une force décisoire. Ce qui a été jugé a la *valeur de la chose décidée*. Ensuite, le caractère définitif de la décision juridictionnelle lui vaut une autorité particulière, celle de s'imposer comme vérité légale (en l'occurrence constitutionnelle). Elle confère à l'œuvre du juge une force probante : ce qu'il a décidé a l'*autorité de la chose jugée*. Précisons que cette autorité ne se limite pas au dispositif, mais s'étend aux motifs qui en constituent le soutènement nécessaire (*ratio decidendi*). Enfin, n'étant susceptible d'aucun recours dans l'ordre interne, la décision juridictionnelle jouit de la *force de la chose jugée*.

Encore convient-il de déterminer avec précision les effets des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle.

S'agissant des arrêts rendus sur recours en annulation, on distingue les arrêts de rejet et les arrêts d'annulation.

Concernant les arrêts de rejet, l'article 9, § 2, de la LSCC dispose qu'ils « sont obligatoires pour les juridictions en ce qui concerne les questions de droit tranchées par ces arrêts ». En réalité, il n'en est rien. L'article 9, § 2, doit être lu en concordance avec l'article 26, § 2, alinéa 2, 2°, de la LSCC, qui permet à toute juridiction de ne pas accéder à une demande de renvoi préjudiciel « lorsque la Cour constitutionnelle a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ». Il ne s'agit là que d'une faculté reconnue aux juridictions. La juridiction saisie d'une demande de question préjudicielle ayant un objet

identique à une question de droit précédemment tranchée par la Cour dans un arrêt de rejet demeure libre de réinterroger cette dernière.

Concernant les arrêts d'annulation, l'article 9, § 1er, de la LSCC dispose qu'ils sont revêtus de l'autorité absolue de chose jugée. Il en est ainsi à partir de leur publication au *Moniteur belge*. Aucun délai de publication n'est cependant fixé par le législateur spécial. Non seulement, les arrêts d'annulation valent *erga omnes*, mais l'anéantissement de la norme législative qu'ils emportent opère *ex tunc* ou, pour le dire autrement, *ab initio*. En clair, la disparition de la norme est générale et rétroactive. La disparition de la norme est générale en ce qu'elle vaut à l'égard de tous : tant les particuliers que les autorités publiques, quelles qu'elles soient, ne sont plus en mesure de se voir imposer la norme annulée, ni de l'exécuter ou de l'appliquer. En cela, l'annulation se confond avec l'abrogation. La disparition de la norme est rétroactive en ce qu'elle remonte au jour de son adoption, ce qui se justifie par le caractère originel du vice d'inconstitutionnalité fondant l'annulation qui, par la force des choses, a donc une portée déclarative. La norme législative n'existe plus et est censée n'avoir jamais existé. En cela, l'annulation se distingue de l'abrogation.

S'agissant des arrêts rendus sur question préjudicielle, l'autorité de la chose jugée dont ils sont revêtus est une autorité relative : elle est limitée au seul procès qui a donné lieu au renvoi de la question. L'arrêt de réponse ne vaut qu'*inter partes*. Il constate et déclare la validité ou l'invalidité de la norme législative faisant l'objet de la question posée, dans les limites établies par cette dernière. Si la norme législative est déclarée inconstitutionnelle, l'arrêt n'entraîne pas, par lui-même, la disparition rétroactive de cette norme. En revanche, il ouvre un nouveau délai de six mois pour l'introduction d'un recours en annulation qui doit normalement conduire la Cour à la faire disparaître de l'ordre juridique. Il s'agit là, à n'en point douter, d'une marque singulière du système belge des questions de constitutionnalité au regard de l'autorité plus absolue généralement reconnue aux décisions des juridictions constitutionnelles européennes. En réalité, la Belgique a opté pour la solution retenue dans le cadre du mécanisme des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne. Cela étant dit, l'autorité relative de chose jugée des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle n'en est pas moins renforcée à l'égard de toute autre juridiction, saisie d'un litige ultérieur, qui serait confrontée à la même question que celle ayant donné lieu à l'arrêt préjudiciel : interdiction lui est faite d'appliquer encore la norme jugée inconstitutionnelle, sauf à poser à nouveau une question préjudicielle, si elle n'est pas convaincue par l'arrêt de la Cour ou si elle est animée d'un doute sur la portée ou l'interprétation de cet arrêt. Ici encore, le système belge s'inspire des règles applicables à la Cour de justice.

C. QUELS SONT LES POUVOIRS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE ?

1) Reformulation de la question

En vertu de l'article 27, § 2, de la LSCC, la Cour constitutionnelle est autorisée à reformuler la question posée. Dans le silence de la loi sur ce point, il faut admettre qu'elle

peut le faire d'initiative ou à la demande d'une partie. La reformulation intervient soit avant le dépôt des mémoires, soit avant la mise en état de l'affaire, soit après la clôture des débats, auquel cas il est indispensable de rouvrir ces derniers et de fixer une nouvelle audience, en invitant les parties à établir un mémoire à propos de la question reformulée. Les juges constitutionnels sont cependant très prudents dans l'usage qu'ils font de cette possibilité, la formulation de la question préjudicielle relevant normalement de l'appréciation de la juridiction de renvoi. C'est ainsi que la Cour constitutionnelle ne peut en aucune manière modifier le contenu ou la portée de la question qui lui est soumise. En revanche, elle accepte des rectifications qui apportent à la question des précisions qui n'en altèrent pas la portée. Elle accepte également de reformuler en une seule question deux questions qu'elle juge « indissolublement liées » ou des questions posées dans des affaires dont elle a décidé la jonction. Par ailleurs, lorsqu'il ressort des faits de l'espèce et de la motivation de la décision de renvoi que la question préjudicielle ne porte que sur certaines des normes législatives citées dans cette décision, la Cour reformule la question en ne reprenant que les normes législatives réellement concernées

2) Bipolarisation de la réponse

Régulièrement, saisie d'une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle estime pouvoir tirer de la norme législative qui fait l'objet de la question une interprétation qui l'ajuste à la Constitution et ainsi en préserve la constitutionnalité. Elle formule alors une réponse « bipolaire », dans un arrêt « interprétatif ». Un « arrêt à tirets » (« *streepjesarrest* », dit-on en néerlandais). Cette technique, dite de l'interprétation « conciliante », est utilisée par les autres juridictions constitutionnelles européennes. Il s'agit de sauvegarder la constitutionnalité de la norme en lui procurant une interprétation « conforme » ou « neutralisante ». Par-là, il s'agit de protéger, autant que possible, l'intégrité de l'ordre normatif. On précisera que, recevant de la Cour constitutionnelle une réponse bipolaire, la juridiction de renvoi est face à l'alternative suivante. Soit elle retient l'interprétation conciliante. Elle peut alors appliquer la norme législative dont elle doutait de la constitutionnalité. C'est généralement l'attitude adoptée par les juges. Soit elle persiste à retenir l'interprétation condamnée, mais elle n'a alors d'autre choix que de refuser d'appliquer la norme législative dans le litige dont elle est saisie. Il y va, en effet, du respect de l'autonomie reconnue aux juridictions de renvoi.

3) Substitution de la qualification

Tout contrôle de constitutionnalité d'une loi suppose une opération préalable de qualification qui met en présence la loi contrôlée et une disposition tirée de la Constitution. Il s'agit de vérifier que la norme constitutionnelle invoquée est bien applicable à la norme législative querellée. La juridiction qui interroge la Cour constitutionnelle, par la voie d'une question préjudicielle, est donc présumée avoir opéré cette vérification. Pour autant, la Cour constitutionnelle est-elle autorisée à remettre en cause l'appréciation de la juridiction de

renvoi ? Elle a rendu quelques arrêts au terme desquels elle modifie la qualification donnée par la juridiction de renvoi à la norme législative faisant l'objet de la question préjudicielle et, en conséquence, elle refuse de se prononcer sur la constitutionnalité de celle-ci, à tout le moins dans la qualification retenue par la juridiction. Par cette substitution de qualification, il ne demeure plus qu'une seule qualification, celle de la Cour.

4) Modulation des effets

L'article 8, alinéa 3, de la LSCC habilite la Cour constitutionnelle, si elle « l'estime nécessaire » et « par voie de disposition générale », à indiquer « ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine ». Sur cette base, la Cour peut maintenir dans le passé les effets de la norme législative qu'elle annule, ce qui est un procédé courant dans le modèle concentré de justice constitutionnelle. Il s'agit généralement, dans un souci de sécurité juridique, d'éviter l'apparition d'un trouble plus grand encore que celui créé par la norme annulée, voire parfois de ne pas tromper la confiance légitime des administrés. La Cour peut aussi maintenir dans le futur, pendant une période qu'elle fixe, les effets d'une norme législative qu'elle tient pour inconstitutionnelle. Bien que l'article 8, alinéa 3, concerne les recours en annulation et non les questions préjudicielles, la Cour s'est attribué le pouvoir de déroger au caractère déclaratoire d'un constat d'inconstitutionnalité fait sur renvoi préjudiciel, en maintenant pendant une certaine période les effets de la norme déclarée inconstitutionnelle. Que ce soit sur recours en annulation ou sur question préjudicielle, la Cour utilise régulièrement ce procédé lorsqu'il appert que l'invalidation immédiate de la norme annulée aurait pour effet de créer une situation juridique – parfois un vide juridique – qu'elle juge trop préjudiciable. Le maintien des effets de la norme pour une période déterminée doit alors s'interpréter comme une invitation adressée au législateur à modifier, voire à abroger, la norme inconstitutionnelle, et ce avant l'expiration de la période fixée, parce que lui seul est à même de choisir les mesures à prendre pour éliminer l'inconstitutionnalité constatée.

5) Réparation d'une lacune

Il arrive régulièrement que la Cour constitutionnelle constate l'inconstitutionnalité d'une lacune législative. En effet, parfois, en réglant un domaine de sa compétence, le législateur crée ou révèle une lacune susceptible de heurter un ou plusieurs droits fondamentaux et, tout spécialement, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Par exemple, il accorde un avantage à une catégorie de personnes, sans l'étendre à une autre catégorie de personnes, pourtant comparable. Lorsque la lacune est localisable dans la norme législative contrôlée – elle est dite « intrinsèque » – et à la condition que l'élimination de cette lacune n'impose pas qu'une marge d'appréciation soit laissée au législateur, mais passe par un simple remaniement textuel de la disposition lacunaire, la Cour la considère comme « auto-réparatrice » : elle conclut à l'inconstitutionnalité de la norme législative lacunaire et habilite la juridiction de renvoi à combler la lacune, afin que la

disposition en cause puisse être appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution. En principe, lorsque la lacune n'est pas localisable dans la norme législative contrôlée, mais imputable à l'ordre juridique dans sa globalité – on parle alors de lacune « extrinsèque » –, c'est au législateur d'intervenir.

V. Décision

A. INSTRUCTION

L'instruction de l'affaire est écrite. Elle est réglée par les articles 79 à 94*bis* de la LSCC.

S'agissant des parties, la LSCC organise une phase très rythmée d'échanges, entre les parties, d'écrits de procédure que le législateur, ou l'usage, qualifie de « mémoires », « mémoires en intervention », « mémoires en réponse » et « mémoires en réplique ». La LSCC prescrit, par ailleurs, dans des circonstances bien déterminées, le dépôt de « mémoires justificatifs », de « mémoires complémentaires » et de « derniers mémoires ». Cette phase d'échanges de mémoires a fait l'objet de modifications importantes, le souci du législateur étant de favoriser une meilleure interactivité entre les parties au cours de l'instruction. Relevons par ailleurs qu'en 2014, le législateur a également introduit la procédure électronique, qui n'est toutefois pas encore en vigueur (art. 78*bis* de la LSCC).

S'agissant de la Cour constitutionnelle elle-même, pour chaque affaire, un dossier est constitué qui reprend le texte du recours en annulation, voire de la demande de suspension, ou de la décision juridictionnelle qui contient la question préjudicielle. Les mémoires notifiés au greffe par les parties sont mis à la disposition des juges et référendaires sur l'intranet de la Cour. Sont également rangés dans le dossier et mis à disposition sur l'intranet de la Cour les projets d'arrêts, les amendements ou projets d'arrêt alternatif et les notes rédigées au sein de la Cour constitutionnelle[120]. Le référendaire du premier juge rapporteur prépare un dossier de documentation qui comprend les travaux préparatoires relatifs à la norme législative contestée, l'ensemble des dispositions législatives qui se rapportent à l'affaire, la jurisprudence de la Cour en la matière – ce qui est essentiel pour la sauvegarde de l'unité de la jurisprudence –, voire la jurisprudence d'autres juridictions, nationales, européennes ou étrangères, ainsi que la doctrine pertinente[121]. Ce dossier de documentation est mis à la disposition de tous les juges et référendaires sur l'intranet de la Cour.

La Cour a, selon l'article 91, alinéa 1er, de la LSCC, « les pouvoirs d'instruction et

---

[120] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 343.
[121] *Ibid.*, pp. 342 et 345.

d'investigation les plus étendus ». Et l'article 91, alinéa 2, d'énumérer, de manière non limitative, un certain nombre de mesures qu'elle est habilitée à prendre (expertises, auditions, constatations…). Ces mesures sont ordonnées par la Cour, dans la formation retenue pour l'affaire, qui peut, par ordonnance, déléguer aux juges rapporteurs le pouvoir de prendre celles qu'elle détermine. Bien que la loi ne le prévoie pas, les parties peuvent solliciter de la Cour qu'elle recourt à telle ou telle mesure d'instruction ou d'investigation. Il est rare cependant que la Cour ordonne de telles mesures.

La nécessité, voire l'obligation, peut apparaître en cours d'instruction de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour constitutionnelle belge l'a vite compris. Depuis 1997, elle se révèle comme étant particulièrement encline à adresser des questions préjudicielles à la Cour de justice, qu'elle tient ainsi pour un partenaire dans la protection des droits fondamentaux[122]. De 2003 au 31 décembre 2016, elle a lui adressé 78 questions préjudicielles. Elle a rendu 7 arrêts par lesquels elle a posé une ou plusieurs questions préjudicielles en validité et 20 arrêts par lesquels elle a posé une ou plusieurs questions préjudicielles en interprétation[123].

B. DÉLIBÉRÉ

L'article 108 de la LSCC dispose que les délibérés de la Cour constitutionnelle sont secrets. Ceci emporte deux conséquences. Tout d'abord, seuls les juges composant le siège y participent, à l'exclusion de toute autre personne, en ce compris les référendaires et greffiers. Ensuite, le contenu du délibéré doit demeurer confidentiel, tout comme le résultat des votes. Il n'est d'ailleurs pas établi de protocole de délibéré[124].

Le délibéré est dirigé par le président du rôle linguistique de l'affaire. En pratique, chaque juge s'exprime dans sa langue, sans traduction simultanée. Ordinairement, la réunion débute par une présentation de l'affaire par les deux juges rapporteurs. Elle est suivie par une discussion générale – qui porte sur la solution du litige et les grandes lignes de l'argumentation –, se poursuit par une discussion du projet d'arrêt et des amendements, voire des notes argumentatives déposées et, enfin, se clôture par une dernière lecture[125]. Le projet

---

[122] M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.B.D.C.*, 2011, pp. 81-109.

[123] M. VERDUSSEN, « Le renvoi par les cours constitutionnelles de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, L.G.D.J., Institut Universitaire Varenne, 2015, pp. 261-270.

[124] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 347.

[125] *Ibid.*, p. 346 ; A. RASSON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *op. cit.*, p. 222.

d'arrêt est établi par le juge rapporteur qui appartient au groupe linguistique correspondant à la langue dans laquelle l'affaire est traitée et par son référendaire, le plus souvent en collaboration avec l'autre juge rapporteur et son référendaire. Les amendements, voire des projets alternatifs, peuvent être introduits par tous les juges, y compris – hypothèse plutôt rare – ceux ne faisant pas partie du siège[126]. À cet égard, il n'est pas rare que la Cour « opte pour une solution inverse de celle que les rapporteurs lui proposent »[127]. En toute hypothèse, la finalisation du texte définitif de l'arrêt est normalement de la responsabilité des juges rapporteurs.

L'objectif du délibéré est de recueillir un accord sur le dispositif et sur les motifs de l'arrêt. Si nécessaire, un vote indicatif permet de dégager la piste à suivre pour élaborer une solution. Dans tous les cas, la décision est prise au vote à main levée. Les votes et l'identification de leurs auteurs ne sont transcrits nulle part. Lorsque la Cour constitutionnelle siège en formation limitée, la décision est prise à la majorité des voix des juges, conformément à l'article 55, alinéa 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Lorsque la Cour siège en formation plénière, une parité des voix emporte une prépondérance à la voix du président en exercice, en vertu de l'article 56, alinéa 4, de la LSCC. Quelques juges, plus enclins à la confidence, se plaisent à dire que la Cour constitutionnelle préfère chercher d'abord le consensus avant d'entrer dans une logique majoritaire.

Le traitement d'une affaire réclame-t-il plusieurs délibérations ? À dire vrai, « le nombre de délibérations nécessaires à la rédaction finale de l'arrêt est variable et dépend essentiellement de la complexité de l'affaire et de l'éventuelle difficulté pour les juges du siège d'établir un consensus ou de dégager une majorité en faveur d'une version définitive de la décision »[128].

C. RÉDACTION

La décision est-elle rédigée avant, pendant ou après le délibéré ? Des interviews (Pierre Nihoul et Anne Rasson-Roland), il ressort que le projet d'arrêt est préparé par les deux juges-rapporteurs et distribué aux juges et référendaires avant la mise en état de l'affaire. Lors de la mise en état, les juges-rapporteurs exposent de manière synthétique l'affaire, son enjeu et la ou les solutions proposées. À cette occasion, il est décidé si des actes d'instruction doivent encore être effectués, si des questions doivent encore être posées aux parties et si des plaidoiries doivent être organisées. Il est aussi décidé si l'affaire sera traitée par le siège

---

[126] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 346.
[127] P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 33.
[128] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 347.

original de sept juges ou bien par un siège de douze juges.

La décision est-elle rédigée par les juges eux-mêmes ou les référendaires contribuent-ils à cette rédaction ? Des interviews (Pierre Nihoul et Anne Rasson-Roland), il ressort que le premier juge-rapporteur prépare un projet d'arrêt en collaboration avec son référendaire. C'est le référendaire qui intervient en amont (voy. *supra*). Il existe, en synthèse, deux méthodes de travail. Soit le juge et son référendaire discutent préalablement de l'affaire et le référendaire établit le projet d'arrêt sur la base des résultats de cette discussion. Soit le référendaire établit d'abord un projet d'arrêt qu'il soumet ensuite à son juge pour examen et discussion. Le premier juge-rapporteur soumet ensuite son projet d'arrêt au second juge-rapporteur qui est de l'autre rôle linguistique. Pour ce faire, le projet d'arrêt est traduit. Le second rapporteur étudie ensuite ce projet d'arrêt avec son référendaire. Plusieurs possibilités existent : soit le second rapporteur marque son accord sur le projet tel quel, le projet d'arrêt devenant alors commun aux deux juges-rapporteurs qui le cosignent ; soit le second rapporteur est d'accord avec l'orientation du projet mais souhaite introduire des nuances dans la rédaction du projet, auquel cas le projet reste commun et cosigné mais il contient des passages entre crochets ou des alternatives de rédaction ; soit le second rapporteur n'est pas d'accord avec la solution et le raisonnement proposé dans le projet d'arrêt, auquel cas le projet d'arrêt n'est plus commun, mais reste l'œuvre du premier rapporteur (le second rapporteur déposant un projet alternatif). Il arrive aussi que le projet d'arrêt commun aux deux rapporteurs comporte plusieurs variantes et plusieurs solutions. C'est le cas lorsqu'une affaire n'est pas simple ou lorsque les rapporteurs désirent présenter à la Cour tous les scénarios possibles. À la suite de ce dialogue entre rapporteurs, les projets d'arrêt communs ou alternatifs sont distribués à tous les juges et à leurs référendaires.

En vertu de l'article 111 de la LSCC, les arrêts de la Cour constitutionnelle doivent être formellement motivés : tout arrêt contient, non seulement un dispositif, mais aussi des motifs. La motivation est collégiale : les juges ne sont pas autorisés à exprimer leur opinion personnelle à la suite des arrêts. Des amendements avaient pourtant été adoptés en ce sens lors des discussions parlementaires ayant précédé la première loi organique sur la juridiction constitutionnelle belge. On considère généralement que, dans le contexte spécifique du fédéralisme belge, la possibilité d'émettre des opinions individuelles, dissidentes ou concordantes, risquerait d'exacerber le clivage entre Francophones et Flamands. La question reste cependant débattue.

Comment se présente un arrêt de la Cour constitutionnelle ? La structuration des arrêts a été décidée par la Cour constitutionnelle elle-même. En effet, hormis la question des langues à utiliser dans la rédaction de l'arrêt, la LSCC est assez silencieuse sur la forme des arrêts rendus par cette dernière. L'arrêt s'ouvre sur l'identification de l'affaire – par son numéro de rôle –, sur l'identification de l'arrêt – par son numéro et sa date – et sur la composition du siège ayant rendu la décision. Le texte de l'arrêt est généralement divisé en deux parties. La première partie de l'arrêt (point I) est consacrée à la description de l'objet du recours en annulation, de la demande de suspension ou de la question préjudicielle – cela vise surtout la

ou les normes législatives mises en cause et la ou les normes constitutionnelles invoquées –, ainsi qu'au résumé des grandes étapes de la procédure devant la juridiction constitutionnelle. C'est à ce stade qu'il est fait mention notamment des mémoires déposés et des parties, ou de leurs avocats, ayant comparu à l'éventuelle audience publique. La seconde partie de l'arrêt (point II) est la plus importante. C'est la motivation de l'arrêt[129]. Elle reçoit l'intitulé suivant : « En droit ». Elle est elle-même subdivisée en deux sous-parties : la partie A reprend synthétiquement les arguments des parties, tandis que la partie B représente la motivation proprement dite, c'est-à-dire le raisonnement de la Cour. En dépit de sa lourdeur, la juxtaposition des parties A et B permet de s'assurer que les juges ont bien examiné tous les arguments des parties. Logiquement, la Cour examine les éventuelles exceptions d'irrecevabilité du recours, de la demande ou de la question, avant d'aborder le fond proprement dit. S'agissant du fond, la Cour considère généralement que l'examen du ou des moyens fondés sur la méconnaissance des règles répartitrices de compétences doit précéder l'examen du ou des moyens alléguant la violation de droits fondamentaux. L'arrêt se clôt par le dispositif, qui est donc la décision proprement dire de la Cour. Il s'agit d'une structuration-type. Elle connaît des variantes. C'est ainsi que, selon les arrêts, la Cour constitutionnelle consacre des parties ou des sous-parties de l'arrêt au contexte de la norme législative en cause, pour ce qui concerne les recours en annulation, ou aux faits et à la procédure antérieure, en ce qui concerne les questions préjudicielles.

La notification et la publication sont les deux modes formalisés de communication des arrêts de la Cour constitutionnelle. Ils sont imposés et organisés par la LSCC. Par ailleurs, la Cour a, dans le respect de ce cadre législatif, pris quelques initiatives visant à renforcer la diffusion de ses arrêts. Ces différents modes de communication ne remplissent pas nécessairement les mêmes fonctions, qui diffèrent selon le public visé.

En vertu de l'article 113 de la LSCC, le greffier est tenu de notifier l'arrêt aux parties dans le litige constitutionnel, ainsi que, si l'arrêt est rendu sur question préjudicielle, à la juridiction qui a posé cette question. Par ailleurs, et selon la même disposition, l'arrêt doit également être notifié à un certain nombre d'autorités politiques. Depuis 2014, les arrêts ne sont plus prononcés en audience publique, sauf décision du président en exercice ; la publication de l'arrêt sur le site web de la Cour vaut désormais prononcé (art. 110 de la LSCC). Quant à la Cour constitutionnelle, elle indique sur son site internet, sous la rubrique « Communications », les dates des prononcés des arrêts une semaine à l'avance. Elle a aussi pris l'initiative, d'une part, d'avertir l'agence de presse Belga des dates des prononcés des arrêts et des affaires que ces prononcés concernent et, d'autre part, d'envoyer à cette même

---

[129] Sur cette question, voir P. NIHOUL, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge », *A.I.J.C.*, 2012, vol. XXVIII, pp. 27-33.

agence une copie des arrêts ayant fait l'objet d'un prononcé[130]. Depuis 2012, la Cour diffuse des notes informatives à propos des arrêts considérés comme importants, notes qui figurent aussi sur le site de la Cour sous la rubrique « Communications »[131].

L'article 114, alinéa 1er, de la LSCC exige que les arrêts de la Cour constitutionnelle soient publiés dans leur intégralité ou par extraits dans le *Moniteur belge*. Il est précisé que l'extrait doit comporter les considérants et le dispositif. Aucun délai de publication n'est imposé par la loi. L'article 114, alinéa 2, de la LSCC ajoute que la Cour constitutionnelle assure la publication de ses arrêts sur le site web de la Cour[132]. Par ailleurs, depuis 2003, la Cour publie annuellement un rapport. Les rapports annuels contiennent un résumé des principaux arrêts rendus au cours de l'année couverte ; ils sont rédigés et publiés à l'initiative de la Cour, le législateur ne lui imposant pas l'obligation d'établir des rapports d'activités, à la différence de la Cour de cassation et du Conseil d'État[133].

---

[130] A. RASSON-ROLAND, « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *op. cit.*, p. 223.

[131] Voy. A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Juges constitutionnels et doctrine. Belgique », *A.I.J.C.*, 2014, vol. XXX, pp. 229-245.

[132] http://www.courconstitutionnelle.be.

[133] A. ALEN, J. DELRUELLE et P. MARTENS, *op. cit.*, p. 362.

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL

-

Jordane ARLETTAZ

Professeur à l'Université de Montpellier

Ressources :

- H. ALCARAZ, « Le rôle du Tribunal constitutionnel espagnol dans le filtrage des questions de constitutionnalité », *AIJC* 2011.
- P. BON, « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1997.
- P. BON, « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », *in Le Dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois,* Dalloz 2009.
- F. BALAGUER CALLEJON (coordinator), G. CAMARA VILLAR, M. L. BALAGUER CALLEJON, J. A. MONTILLA MARTOS, *Introduccion al derecho constitucional*, Tercera edicion, Tecnos, 2014.
- L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissance du droit.
- M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013.
- X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AIJC* 2011.
- F. PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *N.C.C.C.*2015/4, p. 59.
- Entretien avec la Vice-présidente du Tribunal constitutionnel espagnol, Adela Asua Batarrita, le 20 avril 2015.

Au cours de la transition démocratique espagnole – 1975 à 1978 – qui suivit la mort de Franco, la création d'un Tribunal constitutionnel n'emporta pas de sérieuse opposition au sein du pouvoir constituant ; l'influence des expériences italienne et allemande de même que l'existence passée d'un Tribunal des garanties constitutionnelles issu de la Constitution de 1931 expliquent certainement le large consensus qui a présidé en Espagne à l'instauration d'une juridiction constitutionnelle et d'un contrôle de constitutionnalité concentré. La nomination des premiers juges constitutionnels eut lieu le 15 février 1980 ; le 3 juillet 1980, les juges ont élu Monsieur Manuel García Pelayo comme Président du Tribunal et Monsieur Jerónimo Arozamena Sierra comme vice-président ; le Tribunal constitutionnel fut officiellement installé le 12 juillet 1980.

La Constitution espagnole de 1978 consacre son Titre IX au Tribunal constitutionnel comprenant les articles 159 à 165 et faisant l'objet de développements dans une loi organique adoptée le 3 octobre 1979 (« LOTC ») ayant fait l'objet de dix révisions depuis son adoption (loi organique 2/1979). Aux termes de l'article 2.2 de la loi organique 2/1979 susmentionnée, « *le Tribunal constitutionnel pourra dicter des règlements concernant son propre fonctionnement et son organisation ainsi que le régime de son personnel et de ses services* […]. *Ces règlements, qui doivent être* **approuvés** *par le Tribunal réuni en assemblée plénière, seront publiés dans le "Journal Officiel de l'État" (Boletín Oficial del Estado), sur autorisation de son Président* ». Ainsi, le 5 juillet 1990, le Tribunal constitutionnel adopta un Règlement relatif à l'organisation et au personnel du Tribunal. Enfin, le Tribunal dispose d'une pleine autonomie financière, établissant lui-même son budget en raison de son autonomie protectrice issue de son statut d'organe constitutionnel (Article 10-3 de la loi 2/1979 : « *Le Tribunal réuni en assemblée plénière, en accomplissement de son autonomie comme organe constitutionnel, élabore son budget, qui est intégré au titre d'une section indépendante dans le budget général de l'État* »).

Le Tribunal constitutionnel espagnol est « indépendant des autres organes constitutionnels et ne constitue pas un organe politique. Bien que ne faisant pas partie du pouvoir judiciaire, la Constitution le définit comme un organe juridictionnel, chargé de régler les différends dont il est saisi, en rendant des décisions dictées par le droit et non par des critères politiques »[134].

I. Traitement des saisines

A. Les différents types de saisine et de requérants

La compétence du Tribunal constitutionnel espagnol est définie à l'article 161 de la Constitution. Le contentieux *a priori* ayant été supprimé en 1985, les juges constitutionnels peuvent être saisis, synthétiquement, de quatre types principaux de contentieux :

- Les recours d'inconstitutionnalité
- Les questions d'inconstitutionnalité
- Le recours en *amparo*
- Les conflits constitutionnels
- Le contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux

Par ailleurs, depuis une modification de la loi organique adoptée le 22 septembre 2015 (loi organique 12/2015), il est désormais possible de saisir le Tribunal constitutionnel d'un

[134] Francisco Pérez de Los Cobos Orihuel, « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *N.C.C.C.*2015/4, p. 59.

recours préalable d'inconstitutionnalité contre les projets de Statuts d'Autonomie et les propositions de réforme de Statuts d'Autonomie (nouveau Titre VI bis de la Loi organique 2/1979).

Le **recours d'inconstitutionnalité** s'apparente à un contentieux abstrait et objectif. Il peut être intenté contre une loi ainsi que contre une disposition ou un acte ayant force de loi (lois de l'État, statuts et lois des Communautés autonomes, lois organiques, règlements des chambres et des assemblées législatives des Communautés autonomes), dans les trois mois suivant leur publication. Les requérants susceptibles de former un recours d'inconstitutionnalité sont le Président du Gouvernement, le Défenseur du peuple, cinquante députés et/ou cinquante sénateurs. Par ailleurs, aux termes de l'article 32 de la loi organique 2/1979, « *les organes collégiaux exécutifs et les assemblées des Communautés Autonomes, après un accord pris à cet effet, peuvent saisir le Tribunal d'un recours d´inconstitutionnalité contre les lois, dispositions ou actes ayant force de loi de l'État qui pourraient affecter leur propre sphère d'autonomie* ».

La **question d'inconstitutionnalité** est prévue à l'article 163 de la Constitution au terme duquel « lorsqu'un organe judiciaire considérera, au cours d'un procès, qu'une norme ayant force de loi, s'appliquant en la matière et dont dépend la validité de la sentence, pourrait être contraire à la Constitution, il saisira le Tribunal constitutionnel dans les conditions, sous la forme et avec les effets établis par la loi et qui ne seront en aucun cas suspensifs ». Ce faisant, l'article 163 énonce trois conditions à la recevabilité d'une question d'inconstitutionnalité, rappelé à l'article 35 de la loi organique 2/1979 : la contestation d'une norme ayant force de loi, applicable au litige et présentant un risque de contrariété à la Constitution. Si les parties au procès principal peuvent invoquer une telle inconstitutionnalité, seul le juge – tout organe judiciaire – peut transmettre au Tribunal constitutionnel une question d'inconstitutionnalité ; à cette fin, il doit accompagner cette question d'une motivation claire des causes d'inconstitutionnalité.

Le **recours en *amparo*,** contentieux qui occupe le plus largement le Tribunal, est consacré à l'article 161 b) de la Constitution espagnole de 1978. Selon la doctrine dominante, le recours en *amparo* est un recours autonome et indépendant ; il est également exceptionnel et extraordinaire. Il s'agit d'un recours direct et individuel qui n'est recevable qu'une fois l'ensemble des recours disponibles épuisés. Selon l'article 162 b) de la Constitution, « *sont en droit* […] *d'introduire le recours individuel de amparo, toute personne naturelle ou juridique invoquant un intérêt légitime, ainsi que le Défenseur du Peuple et le ministère public* ». Le recours en *amparo* est spécifique en ce qu'il ne peut être intenté que pour un motif de violation des droits et des libertés énumérés à l'article 53 §2 de la Constitution ; celui dispose que « *tout citoyen pourra demander la protection des libertés et des droits reconnus à l'article 14 et à la section première du chapitre deux devant les tribunaux ordinaires par une action fondée sur les principes de priorité et de la procédure sommaire et, le cas échéant, par le recours individuel en amparo devant le Tribunal Constitutionnel. Ce recours sera applicable à l'objection de conscience, reconnue à l'article 30* ». Le champ matériel du

recours en *amparo* comprend ainsi l'ensemble des droits et libertés consacrés aux articles 14 à 29 de la Constitution ainsi que le droit à l'objection de conscience consacré en son article 30. La protection juridictionnelle s'applique à toute violation des droits et libertés susvisés et issue d'une disposition, d'un acte juridique ou d'une simple voie de fait des pouvoirs publics de l'État, des Communautés autonomes et des autres entités publiques territoriales, corporatives ou institutionnelles ainsi que des fonctionnaires ou agents. Il ne peut consister en une contestation directe de la constitutionnalité d'une loi et doit dès lors viser un acte administratif ou une décision juridictionnelle. Cependant, le Tribunal constitutionnelle accepte les *amparos* dits « mixtes » invoquant, dans un même recours, une violation des droits et libertés à la fois par un acte administratif et par le pouvoir juridictionnel à l'occasion du contentieux initié contre l'acte administratif. Par ailleurs, à l'occasion d'un recours en *amparo*, le Tribunal peut soulever une question interne de constitutionnalité (une « autoquestion ») qui le conduira alors à contrôler éventuellement la constitutionnalité de normes ayant force de loi : « *au cas où il serait fait droit au recours d'amparo parce que la loi appliquée lèse des droits fondamentaux ou des libertés publiques, la chambre présentera la question au Tribunal réuni en assemblée plénière, qui pourra déclarer l'inconstitutionnalité de ladite loi par un nouvel arrêt* » (article 55-2 de la loi organique 2/1979).

Les **conflits constitutionnels** tranchés par le Tribunal sont de différents ordres : il peut s'agir d'un conflit de compétences entre l'État et une plusieurs Communautés autonomes ou entre deux Communautés autonomes entre elles. Ce contentieux recouvre les cas de conflit positif de compétences comme de conflit négatif de compétence. Le Tribunal peut également être saisi d'un conflit constitutionnel opposant le Gouvernement au Congrès des Députés, au Sénat ou au Conseil Général du Pouvoir Judiciaire, ou ces organes constitutionnels entre eux, quels qu'ils soient. Enfin, l'article 75 bis de la loi organique 2/1979 organise le contentieux relatif aux conflits en défense de l'autonomie locale qui peut être soulevé par une municipalité ou une province à l'encontre d'un acte de l'État ou d'une Communauté autonome.

Le **contrôle préventif des traités internationaux** peut être effectué à la demande du Gouvernement ou de l'une des deux chambres législatives. Un traité international jugé contraire à la Constitution dans certaines de ses dispositions exigera, au préalable, une révision constitutionnelle.

Statistiques de répartition des contentieux pour l'année 2015 (source : site internet du Tribunal constitutionnel) :

Affaires admises durant l'année 2015 et classées par type de contentieux,

Recours d'inconstitutionnalité	42
Questions d'inconstitutionnalité	113
Recours d'*amparo*	7.203
Conflits positifs de compétences	5
Conflits négatifs de compétences	–

Conflits entre organes constitutionnels	–
Conflits en défense de l'autonomie locale	2
Contestation de dispositions sans force de loi Et de résolutions des Communautés autonomes	1
Requêtes sur la constitutionnalité des traités internationaux	–
Questions préjudicielles sur les normes fiscales	3
Total	7.369

Sentences rendues dans les différents contentieux (et les affaires réglées)

Recours en inconstitutionnalité	56
Questions d'inconstitutionnalité	107
Recours d'*amparo*	96 (+2)
Conflits positifs de compétences	7
Conflits négatifs de compétences	–
Conflits entre organes constitutionnels	–
Conflits en défense de l'autonomie locale	1
Contestations de dispositions sans force de loi et de résolutions des Communautés autonomes	5
Requêtes en inconstitutionnalité des traités internationaux	–
Total de sentences (et les affaires réglées)	272 (+2)

B. LES MODALITÉS DE FILTRAGE ET DE RÉPARTITION DES SAISINES

En matière de filtrage, il convient de distinguer le contentieux qui pourrait être qualifié d'« ordinaire » du recours en *amparo*.

1) Les conditions de filtrage relativement au recours en amparo

Elles sont en effet particulièrement strictes, la loi organique de 2007[135] ayant posé de nombreux critères spécifiques à ce contentieux. Le recours *en amparo* est en effet le contentieux le plus important d'un point de vue quantitatif et présente donc un danger d'encombrement du Tribunal.

Le filtrage se fait via l'une des 4 sections (de 3 juges chacune) qui composent le

[135] Loi organique 2/1979 du 3 octobre 1979 relative au Tribunal constitutionnel (dans sa rédaction issue de nombreuses modifications, dont celles introduites par la loi 6/2007 du 24 mai 2007).

Tribunal (il s'agit plus précisément de sous-divisions de chacune des 2 chambres) alors que cette fonction était initialement dévolue aux Chambres avant l'adoption de la loi organique de 2007 modifiant la loi organique 2/1979. L'admissibilité du recours doit être admise à l'unanimité ; si seule une majorité (2 juges sur trois) en faveur de l'admissibilité se dégage, le recours est transmis à la chambre du Tribunal dont relève la section (6 juges) ; si un seul juge ou aucun n'est en faveur de la recevabilité, une ordonnance d'irrecevabilité est rendue[136].

En ce qui concerne la motivation, les règles sont établies en ce sens :

- Les décisions d'admissibilité à l'unanimité ne sont pas motivées et sont rendues par ordonnances (*providencia*)
- Les décisions de non-admissibilité sont sommairement motivées et se contentent de spécifier la cause de l'irrecevabilité (*auto*). Elles sont transmises au requérant et au ministère public. Seul le Ministère public a le droit de les attaquer dans un délai de trois jours. Ce recours fera l'objet d'un *auto* qui ne pourra plus être contesté (article 50-3 de la loi organique 2/1979).

Par ailleurs, les conditions de filtrage des recours en *amparo* ne répondent pas seulement aux dispositions de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel mais également aux critères dégagés, de manière prétorienne, par le Tribunal lui-même. Ainsi, un document interne de travail a été établi figurant un tableau où doivent être cochés les différents critères d'admissibilité listés par le service juridique du Tribunal constitutionnel, notamment en ce qui concerne l'importance de la question. Ces critères d'admissibilité ont été pour l'essentiel définis dans la décision STC 155/2009 du Tribunal constitutionnel en date du 25 juin 2009. Le tableau référence onze critères d'admissibilité :

1- Le recours pose un problème ou affecte un domaine portant sur un droit fondamental sur lequel il n'existe pas de doctrine de la part du Tribunal
2- Le recours peut donner l'occasion au Tribunal d'éclaircir ou de modifier sa doctrine, comme conséquence d'un processus de réflexion interne
3- Le recours peut donner l'occasion au Tribunal d'éclaircir ou de modifier sa doctrine, comme conséquence de l'émergence de nouvelles réalités sociales
4- Le recours peut donner l'occasion au Tribunal d'éclaircir ou de modifier sa doctrine, comme conséquence de changements normatifs pertinents pour la configuration du contenu d'un droit fondamental
5- Le recours peut donner l'occasion au Tribunal d'éclaircir ou de modifier sa doctrine, comme conséquence d'un changement dans la doctrine des organes de

[136] P. BON, « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », *in Le Dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Dalloz 2009.

garantie chargés de l'interprétation des traités et accords internationaux auxquels se réfère l'article 10.2 de la Constitution

6- La possible violation du droit fondamental invoqué pourrait provenir de la loi ou d'une autre disposition de caractère général

7- La possible violation du droit fondamental invoqué pourrait être l'occasion d'une interprétation jurisprudentielle réitérée de la loi que ce Tribunal pourrait considérer comme lésant le droit fondamental

8- La doctrine de ce Tribunal sur le droit fondamental invoqué pourrait ne pas être suivi de manière générale et réitérée par la juridiction ordinaire ou pourraient exister des résolutions judiciaires contradictoires sur le droit fondamental

9- L'organe judiciaire pourrait avoir violé en un refus manifeste le devoir de respecter la doctrine de ce Tribunal

10- La question soulevée transcende le cas concret parce qu'elle pose une problématique juridique de répercussion sociale ou économique pertinente et générale

11- La question soulevée transcende le cas concret parce qu'elle pourrait avoir des conséquences politiques générales

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a été conduite à se prononcer sur la conventionnalité de cette réforme au regard de l'article 6 de la Convention européenne en ce que l'accès au prétoire du juge constitutionnel espagnol a été incontestablement réduit. Dans son arrêt définitif Arribas Anton contre Espagne rendu le 20 janvier 2015, les juges de Strasbourg ont conclu à l'absence de violation du droit d'accès à un tribunal par le requérant. En effet, selon la Cour, « *le but poursuivi par le changement législatif de 2007 est légitime : en effet, comme le mentionne le Gouvernement, ce changement vise à améliorer le fonctionnement du Tribunal constitutionnel et à renforcer la sauvegarde des droits fondamentaux, et ce pour éviter un encombrement excessif du rôle du Tribunal constitutionnel par des affaires de moindre importance. Encore faut-il que l'irrecevabilité d'un recours d'amparo ne porte pas atteinte à la substance même du droit du requérant à un « tribunal », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Eu égard à la spécificité du rôle que joue le Tribunal constitutionnel en tant que juridiction de protection ultime des droits fondamentaux, la Cour estime que l'on peut admettre que la procédure suivie devant ledit tribunal soit assortie davantage de formalisme. Par ailleurs, elle estime que le fait de subordonner la recevabilité d'un recours d'amparo à l'existence de circonstances objectives et à leur justification par l'auteur du recours, qui sont des critères prévus par la loi et interprétés par la jurisprudence constitutionnelle – tels que l'importance de la cause pour l'interprétation, l'application ou l'efficacité générale de la Constitution ou pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux –, n'est pas, en tant que tel, disproportionné ou bien contraire au droit d'accès au Tribunal constitutionnel. Elle observe que le Tribunal constitutionnel applique les critères en question en faisant preuve de souplesse : en effet, il tient compte de la date d'introduction du recours d'amparo par rapport au prononcé de son*

arrêt n° 155/2009 qui énumérait de façon non exhaustive des situations susceptibles d'être considérées comme revêtant une importance constitutionnelle spéciale ».

2) Les conditions de filtrage dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité

Dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité, les décisions de renvoi par les juges du fond peuvent faire l'objet d'un examen ; celui-ci n'est cependant pas explicitement qualifié de filtrage. Il s'agit, selon la loi organique, d'un examen de l'admissibilité de la question d'inconstitutionnalité transmise. Le Tribunal opère cependant un véritable contrôle qui s'exerce sur deux plans principaux : la vérification du caractère fondé de la question et le respect des conditions de procédure. De fait, cet examen de l'admissibilité de la question d'inconstitutionnalité peut aller jusqu'à la vérification de ce que la norme contestée est bien applicable au litige et que la question a une pertinence dans la solution du litige qui est pendant devant le juge *a quo*.

C. LES DÉLAIS DE JUGEMENT

Les délais de jugement sont variables et doivent ainsi être différenciés en fonction du contentieux. En effet, une fois achevée la phase d'instruction, les délais de jugement du Tribunal constitutionnel sont ainsi encadrés :

- Recours d'inconstitutionnalité : décision dans un délai de dix jours, « sauf si, par une résolution motivée, le Tribunal estime nécessaire un délai plus long qui, en aucun cas, ne pourra excéder trente jours » (article 34-2 de la loi organique 2/1979).
- La question d'inconstitutionnalité : décision dans un délai de quinze jours, « sauf si [le Tribunal] estime nécessaire, par une décision motivée, un délai plus long mais qui ne pourra pas excéder trente jours » (article 37-3 de la loi organique 2/1979)
- Recours en *amparo* : la chambre, ou s'il y a lieu, la section, rendra l'arrêt qui convient dans le délai de dix jours à compter du jour fixé pour l'audience ou la délibération (article 52-3 de la loi organique 2/1979)
- Les conflits constitutionnels positifs : le Tribunal pourra demander aux parties toutes les informations, les éclaircissements ou les précisions qu'il jugera nécessaires à sa décision et il statuera, au cours des quinze jours suivants le terme du délai d'allégations ou de celui qui, le cas échéant, serait fixé pour les informations, les éclaircissements ou les précisions complémentaires précitées (article 65 de la loi organique 2/1979)
- Les conflits constitutionnels négatifs : une fois expiré le délai permettant aux organes politiques de présenter leurs allégations ou, le cas échéant, celui concédé par le Tribunal pour répondre aux demandes d'éclaircissements, de renseignements complémentaires ou de précision qui lui auraient été adressées, il rendra l'arrêt dans le mois (article 70 de la loi organique 2/1979)

- Le contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux : une fois reçue la requête, le Tribunal constitutionnel citera le requérant et les autres organes ayant droit, afin qu'ils exposent, dans le délai d'un mois, leur opinion fondée sur la question. Dans le mois suivant ledit délai, le Tribunal constitutionnel émettra sa déclaration (article 78-2 de la loi organique 2/1979)

D. ÉVOLUTIONS CONSTATÉES

L'Espagne s'est engagée dans une réforme importante du Tribunal constitutionnel dans le but de limiter, volontairement, le nombre de saisines. Cette réforme a abouti à l'adoption de la loi organique de 2007 qui a essentiellement modifié la procédure de recevabilité du recours en *amparo* : ce recours représente en effet près de 97% des saisines (en 2014, le Tribunal a reçu 7 878 requêtes dont 7 663 recours en amparo) alors même que seuls 7% des recours en amparo sont déclarés admissibles.

Les principales modifications affectent les conditions de fond en matière de recevabilité des recours en *amparo*. Outre la réaffirmation des conditions existantes, la loi organique de 2007 ajoute une condition de fond nouvelle à travers l'exigence de ce que le recours présente une importance constitutionnelle spéciale.

Malgré cette importante réforme, la Vice-Présidente du Tribunal Constitutionnel a exprimé lors de l'entretien l'échec de cette réforme à parvenir à limiter réellement le nombre de requêtes ainsi que l'ampleur du travail qui incombe encore à chaque juge.

II. Organisation et fonctionnement de la juridiction :

A. COMPOSITION DE LA JURIDICTION

Le Tribunal constitutionnel comprend 12 juges ayant le titre de « Magistrat du Tribunal constitutionnel » (article 5 de la loi organique 2/1979), tous nommés par le Roi pour 9 ans (renouvelable par tiers tous les trois ans) mais selon une répartition non homogène :

- 4 sont nommés après avoir été proposés par le Congrès des députés à la majorité des 3/5e
- 4 sont nommés après avoir été proposés par le Sénat à la majorité des 3/5e (depuis la réforme de 2007, les candidats nommés par la Sénat sont choisis parmi les candidats présentés par les assemblées législatives des Communautés Autonomes, article 16 de la Loi organique)
- 2 sont nommés sur proposition du Gouvernement
- 2 sont nommés sur proposition du Conseil général du Pouvoir judiciaire (équivalent de notre CSM).

Il peut être noté que les candidats proposés par le Congrès des députés et par le Sénat doivent être entendus préalablement par les commissions correspondantes, selon les règles fixées par leurs règlements respectifs. L'exigence d'obtenir au sein de ces deux Chambres une

majorité des 3/5e « *était sans doute destinée à l'origine à faire en sorte que l'élection des magistrats soit le reflet d'un consensus entre les principales forces politiques, au sujet des candidats sélectionnés. Néanmoins, dans la pratique, il arrive que ce mécanisme glisse vers un système de quotas ou de répartition des candidats entre les principaux partis politiques, contournant ainsi l'effort de consensus recherché par la Constitution* »[137].

Selon l'article 159 de la Constitution de 1978, « les membres du Tribunal constitutionnel devront être nommés parmi des magistrats et des procureurs, des professeurs d'Université, des fonctionnaires publics et des avocats ; ils devront tous être des juristes aux compétences reconnues et avec plus de quinze ans d'expérience professionnelle ». Dans la pratique et alors même que l'article 159 évoque quatre professions, les nominations des membres du tribunal constitutionnel ont majoritairement concernées des professeurs d'université ainsi que des magistrats.

Par ailleurs, le renouvellement par tiers tous les trois ans des membres du Tribunal constitutionnel n'a pas été sans présenter des difficultés notamment « *en raison du retard avec lequel le Congrès et le Sénat ont pu présenter parfois leurs propositions. Pour éviter cette anomalie et favoriser l'élection en temps voulu des magistrats, la loi organique a été modifiée en 2010, afin qu'en cas de renouvellement par tiers tardif, la durée du retard soit déduite du mandat des magistrats nouvellement nommés (article 16.5 de la LOTC)* »[138].

La nature de la composition du Tribunal constitutionnel peut avoir des incidences sur les décisions adoptées. Ainsi, la Vice-Présidente du Tribunal constitutionnel a évoqué lors de l'entretien certaines divergences lors des délibérations en fonction d'un critère sexuel : certains sujets, notamment les sujets d'ordre social, recevraient plus d'écho auprès des juges femmes.

Selon l'article 19 de la loi organique 2/1979, « le poste de Magistrat du Tribunal constitutionnel est incompatible : primo, avec celui du Défenseur du Peuple (*Defensor del Pueblo*) ; *secundo*, avec celui de Député ou de Sénateur ; tertio, avec n'importe quel autre poste politique ou administratif de l'État, des Communautés Autonomes, des provinces ou autres entités locales ; quarto, avec l'exercice de n'importe quelle juridiction ou activité propre à la carrière judiciaire ou au ministère public ; quinto, avec des emplois de tout genre dans les cours et les tribunaux de toute autre juridiction ; sexto, avec l'exercice de fonctions de direction dans les partis politiques, syndicats, associations, fondations et collèges professionnels et avec toutes sortes d'emplois à leur service ; septimo, avec l'exercice d'activités professionnelles et commerciales. Pour le reste, les membres du Tribunal auront les

---

[137] Francisco Pérez de Los Cobos Orihuel, « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *N.C.C.C.*2015/4, p. 59.
[138] Ibidem.

incompatibilités propres aux membres du pouvoir judiciaire ».

B. LE RÔLE ET L'INFLUENCE RESPECTIFS DE CHACUN DES ACTEURS DE LA JURIDICTION

Selon l'article 160 de la Constitution de 1978, « le président du Tribunal constitutionnel est nommé parmi ses membres par le Roi, sur la proposition du Tribunal réuni en entier, et pour une période de trois ans ». Selon l'article 9 de la loi organique 2/1979, « le Tribunal réuni en assemblée plénière élit, parmi ses membres, par vote secret, son Président, et propose au Roi sa nomination. Au premier vote, la majorité absolue sera requise. Si elle n'est pas atteinte, on procédera à un deuxième vote, où sera élu le Magistrat qui obtiendra le plus de voix. En cas d'égalité de voix, on effectuera un dernier vote, et si le résultat nul se renouvelle, on proposera le Magistrat le plus ancien en poste et, en cas d'égalité, le plus âgé. Le nom de l'élu sera soumis au Roi pour sa nomination, pour une période de trois ans, au terme de laquelle il pourra être réélu une seule fois. Le Tribunal réuni en assemblée plénière élira parmi ses membres, selon la procédure signalée à l'alinéa 2 de cet article, et pour la même période de trois ans, un Vice-président, auquel il incombe de remplacer le Président en cas de vacance, absence ou pour tout autre motif légal, et de présider la deuxième chambre ». Depuis la dernière modification de la loi organique 2/1979 intervenue le 21 avril 2016, le Président du Tribunal constitutionnel dispose d'un Directeur de cabinet nommé librement par le Président.

Le Président du Tribunal constitutionnel ainsi que les présidents de Chambre ont un rôle essentiel : ils désignent le juge rapporteur en fonction de l'affaire et ont une voix prépondérante en cas de parité.

Un seul juge rapporteur est désigné par requête. Cette désignation est effectuée par le Président de l'Assemblée plénière ou de la Chambre en fonction principalement du critère de la spécialité (branche du droit).

En Espagne, depuis deux ans, chaque juge est assisté de deux *letrados*, qui jouent le rôle d'assistants juridiques (précédemment, un seul *letrado* par juge) : un *letrado* est choisi personnellement par le juge (très majoritairement des universitaires) et un est proposé par le Tribunal constitutionnel parmi son groupe de conseillers juridiques ayant réussi un concours propre au Tribunal constitutionnel.

La Vice-Présidente du Tribunal constitutionnel rencontrée lors de l'entretien a ainsi réparti les tâches entre ses assistants juridiques :

- lorsque l'affaire relève de son champ de spécialité, elle collecte elle-même les documents nécessaires à la décision
- lorsque l'affaire ne relève pas de son champ de spécialité, cette collecte est réalisée par l'un de ses assistants juridiques
- l'un des deux assistants travaille pour les sessions en Chambre, l'autre pour les sessions au sein de l'Assemblée plénière.

Les *letrados* qui intègrent le corps des assistants du Tribunal constitutionnel sont

sélectionnés sur la base d'un concours de la fonction publique accessible après obtention d'une licence en droit. Le Tribunal peut également désigner des *letrados* temporaires qui relèvent de l'une de ces professions : professeur d'université dans les disciplines juridiques depuis au moins cinq ans, membre de l'ordre judiciaire, fonctionnaire de catégorie A licencié en droit et avocat ayant au moins 10 ans d'exercice professionnel.

Le rôle du greffe est purement administratif.

Le Tribunal constitutionnel dispose d'un Secrétariat général ; actuellement, le Secrétaire général du Tribunal est Monsieur Andrès Javier Gutiérrez Gil. Selon l'article 98 de la Loi organique 2/1979, le Secrétaire Général est élu pour trois ans par l'Assemblée plénière (*el pleno*) et nommé par le Président parmi les assistants juridiques (*letrados*) en poste depuis au moins trois ans. Il a en charge la direction et la coordination des services du Tribunal ainsi que la classification et la publication de la doctrine du Tribunal constitutionnel.

C. COMPOSITION DE LA FORMATION DE JUGEMENT ET RÉPARTITION DES AFFAIRES ENTRE LES DIFFÉRENTES FORMATIONS

Selon l'article 6 de la loi organique 2/1979, « *le Tribunal constitutionnel siège en assemblée plénière (Pleno), en chambre (Sala) ou en section (Sección)* ». L'assemblée plénière est composée de tous les Magistrats du Tribunal. Elle est présidée par le Président du Tribunal ou, à défaut de celui-ci, par le Vice-président, et, à défaut de l'un et de l'autre, par le Magistrat le plus ancien en poste et, en cas d'ancienneté égale, par le plus âgé.
Plus précisément, le Tribunal est organisé en deux chambres de six juges nommés par le Tribunal en Assemblée plénière (l'une est présidée par le Président du Tribunal, l'autre par le vice-président) ainsi que quatre sections (deux pour chaque Chambre) de trois juges. Chaque Chambre est spécialisée dans un ensemble de domaines juridiques. Aucune influence particulière n'est à noter quant au processus décisionnel entre les deux chambres. Les sections exercent au principal un rôle d'instruction et d'examen de la recevabilité des requêtes. Selon l'article 8 de la loi organique 2/1979, les sections sont chargées d'expédier « *les affaires ordinaires et la décision ou la proposition, selon le cas, relative à l'admission ou à la non-admission des procès constitutionnels* ».

Seul le contrôle de constitutionnalité des Traités internationaux relève exclusivement de l'Assemblée plénière (*el pleno*) du Tribunal constitutionnel. Tout autre contentieux de constitutionnalité peut être délégué, par l'Assemblée, aux Chambres (*Salas*) ou, par les Chambres, aux sections.

La répartition des affaires se fait principalement entre les deux chambres qui composent le Tribunal. Elle est décidée par l'Assemblée plénière et concerne le plus souvent les affaires nécessitant une « simple » application d'une jurisprudence établie. Dans ce cas, la loi organique exige que le renvoi en chambre soit accompagné de la précision, par l'Assemblée plénière, de la jurisprudence à appliquer (article 10 de la Loi organique). Malgré la présence de critères dans la loi organique, la décision demeure cependant libre.

Les principales lignes directrices qui guident la répartition des affaires sont définies par le Président du Tribunal constitutionnel.

III. La procédure

A. La collégialité

Une fois le recours enregistré aux greffes, il est transmis à l'une des quatre sections du Tribunal pour décision sur sa recevabilité. Ces sections sont composées de trois juges, garantissant ainsi la collégialité. Elles se prononcent par voie d'ordonnance sur la recevabilité du recours, après présentation et avis du juge rapporteur.

Le travail du juge rapporteur étant finalisé, son rapport, qui constitue une pré-décision, est transmis en cas de recevabilité à l'ensemble des juges qui composent l'Assemblée plénière ou la Chambre (selon la formation). La décision finale se fera toujours lors de session en collégialité.

B. Le contradictoire

La recevabilité étant admise, commence alors la procédure d'instruction et, avec elle, la phase contradictoire.

Toute personne ou organe intéressé peut déposer des observations auprès du Tribunal quel que soit le contentieux. Lorsque le Tribunal entend soulever un moyen d'office, il peut en informer les parties pour qu'elles déposent des observations à ce sujet.

Dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité et une fois la question déclarée admissible, tous les acteurs du procès devant le juge *a quo* peuvent présenter des observations écrites comme orales auprès du Tribunal.

Le Tribunal constitutionnel peut demander des documents ou informations supplémentaires qu'il juge nécessaire à l'élaboration de la décision. Il peut également faire appel à des experts.

Le respect du contradictoire a contraint les autorités espagnoles à modifier la procédure relativement à la question d'inconstitutionnalité. Initialement en effet, les parties au procès devant le juge *a quo* n'intervenaient pas dans la procédure en raison de son caractère objectif qui envisage la question d'inconstitutionnalité comme un contentieux entre normes. Dans un arrêt Ruiz-Mateos contre Espagne rendu le 26 juin 1993, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que l'impossibilité pour les parties au procès *a quo* d'intervenir devant le Tribunal constitutionnel violait le droit à un procès équitable (article 6-1 de la Convention européenne). Dans un premier temps, la loi organique ne fut cependant pas modifiée ; seule la pratique permit d'ouvrir le prétoire du Tribunal constitutionnel aux parties lorsque la loi contestée n'avait de caractère général que l'apparence et pouvait être qualifiée de loi d'espèce. La loi organique 6/2007 du 24 mai 2007 est venue codifier cette pratique en

la généralisant. Désormais, aux termes de l'article 37-2 de la loi organique 2/1979, « *une fois que la décision d'admission de la question d'inconstitutionnalité a été publiée au "Journal Officiel de l'État" (Boletín Oficial del Estado), toutes les parties à la procédure judiciaire pourront comparaître devant le Tribunal constitutionnel dans le délai de quinze jours à compter de la publication, en vue de formuler des allégations, dans un nouveau délai de quinze jours* ».

Enfin, il peut être noté que les tiers intéressés peuvent, dans tout contentieux, intervenir selon des modalités différentes mais qui n'affectent qu'à la marge le traitement des requêtes.

C. LA PUBLICITÉ

À l'exception des opinions dissidentes publiées au *Journal officiel* avec la décision, tous les actes préparatoires aux décisions demeurent secrets en ce qu'ils ne sont diffusés qu'en interne au Tribunal.

D. LA CÉLÉRITÉ

Dans le cadre du recours d'inconstitutionnalité et une fois la demande admise, le Tribunal constitutionnel transmet la saisine au Congrès des Députés et au Sénat par l'intermédiaire de leurs présidents, au Gouvernement par l'intermédiaire du Ministère de la Justice et, au cas où l'objet du recours serait une loi ou disposition ayant force de loi édictée par une Communauté Autonome, aux organes législatif et exécutif de celle-ci afin qu'ils puissent comparaître dans la procédure et formuler les allégations qu'ils jugeront opportunes. Cette comparution et la formulation des allégations devront être effectuées dans un délai de quinze jours, après quoi le Tribunal rendra l'arrêt dans un délai de dix jours, sauf si, par une résolution motivée, le Tribunal estime nécessaire un délai plus long qui, en aucun cas, ne pourra excéder trente jours (article 34 de la loi organique 2/1979).

La question d'inconstitutionnalité, une fois admise, est publiée au *Journal Officiel* ; cette publication fait partir le délai de quinze jours pendant lequel toutes les parties à la procédure judiciaire pourront comparaître devant le Tribunal constitutionnel en vue de formuler des allégations, dans un nouveau délai de quinze jours. Le Tribunal constitutionnel communique également la question au Congrès des députés et au Sénat par l'intermédiaire de leurs présidents, au Procureur général de l'État, au Gouvernement par l'intermédiaire du Ministère de la Justice et, au cas où elle affecterait une loi ou une autre disposition normative ayant force de loi d'une Communauté Autonome, aux organes législatif et exécutif de celle-ci; tous pourront comparaître et formuler des allégations au sujet de la question posée dans un délai commun de quinze jours ne pouvant pas être prorogé. Une fois celui-ci passé, le Tribunal rendra son arrêt dans un délai de quinze jours, sauf s'il estime nécessaire, par une décision motivée, un délai plus long mais qui ne pourra pas excéder trente jours (article 37 de la loi organique 2/1979).

Le recours en amparo, qui s'inscrit dans une procédure contradictoire, répond à des phases spécifiques et détaillées déterminant les divers délais. Ainsi, une fois admise la demande de protection, la chambre du Tribunal demandera d'urgence à l'organe ou à l'autorité d'où émanerait la décision, l'acte ou le fait, ou au juge ou au tribunal qui aurait connu la procédure antérieure, que, dans un délai qui ne pourra pas dépasser dix jours, ils lui remettent leurs dossiers judiciaires ou leurs pièces justificatives. L'organe, l'autorité, le juge ou le tribunal accusera réception immédiatement de la requête, procédera à l'envoi dans le délai indiqué et assignera les personnes ayant été parties lors de la procédure antérieure afin qu'elles puissent comparaître dans le procès constitutionnel dans un délai de dix jours. Une fois reçus les dossiers judiciaires et passé le temps d'assignation, la chambre les communiquera à la personne ayant présenté la demande de protection, à celles qui ont comparu dans le procès, à l'Avocat de l'État, si l'administration publique était impliquée, et au Ministère public. L'audience aura lieu dans un délai commun qui ne pourra pas dépasser vingt jours et pendant lequel les allégations opportunes pourront être présentées. Une fois les allégations présentées ou le délai prévu pour les réaliser écoulé, la chambre du Tribunal pourra transmettre la résolution du recours, lorsqu'il existe une doctrine applicable et consolidée du Tribunal constitutionnel pour cette résolution, à une de ses sections ou indiquer un jour pour l'audience, s'il y a lieu, ou délibération et vote. La chambre, ou s'il y a lieu, la section, rendra l'arrêt qui convient dans le délai de dix jours à compter du jour fixé pour l'audience ou la délibération (articles 51 et 52 de la loi organique 2/1979).

En 2014 et de manière inédite, le Tribunal constitutionnel a rendu ses décisions après avoir été saisi de requêtes contestant le délai irraisonnable de jugement de recours en *amparo* par ce dernier. En effet, en vertu de l'article 139.5 de la loi 30/1992 du 21 novembre 1992 de régime juridique des administrations publiques et de la procédure administrative commune, dans la rédaction issue de la loi 13/2009, il appartient au Tribunal de connaître des réclamations portant demande d'indemnisation pour le fonctionnement anormal dans le traitement des recours en *amparo* et des questions d'inconstitutionnalité. Dans l'un des trois Autos rendus en la matière le 10 mars 2014, le Tribunal rejeta les moyens tirés d'un délai irraisonnable en raison notamment de la complexité des affaires présentées devant les juges constitutionnels et de la particulière transcendance constitutionnelle du sujet d'un point de vue social et politique. A ce contexte, spécifique aux cas jugés, le Tribunal ajoute le contexte objectif dans lequel se trouvait les juges constitutionnels qui, en 2006 et 2007, devaient tout à la fois juger du nouveau Statut d'autonomie de la Catalogne et de la mise en œuvre de la réforme de la procédure d'*amparo* introduite par la loi organique 6/2007 (*Auto* 64/2014 du 10 mars 2014).

IV. Le contrôle

A. Caractère du contrôle

Le contrôle effectué par le Tribunal constitutionnel porte sur la norme contestée soit à

l'égard de l'ensemble de la Constitution (recours d'inconstitutionnalité, question d'inconstitutionnalité, contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux), soit à l'égard des seuls articles 14 à 29 de la Constitution dans le cadre du recours en *amparo*.

La nature et le cadre du contrôle varient nécessairement selon les contentieux : en matière de recours en *amparo* ainsi que dans celui issu de questions d'inconstitutionnalité, le Tribunal constitutionnel peut prendre en compte le contentieux devant le juge *a quo* qui a eu lieu (*amparo*) ou qui est en cours (question d'inconstitutionnalité). Le contrôle est en revanche abstrait lorsqu'il est saisi de conflits de compétences entre l'État et les Communautés autonomes, de conflits constitutionnels de manière générale ainsi que dans le cadre du contrôle préventif de constitutionnalité des traités internationaux.

A priori, le Tribunal constitutionnel n'accorde aucune importance à la qualité des requérants pour définir la nature ou les modalités de son contrôle. Cependant, en raison de la structure de l'État espagnol qui se caractérise par une importante régionalisation des pouvoirs, le Tribunal connaît un contentieux spécifique relatif à la problématique des compétences entre l'État et les Communautés autonomes, entre Communautés autonomes ainsi qu'en défense de l'autonomie locale (municipalités, provinces, etc.). Par sa coloration particulièrement politique, ce contentieux appelle un équilibre des pouvoirs qui influe nécessairement sur le contrôle opéré. Le Tribunal constitutionnel se prononce également sur la constitutionnalité des Statuts d'autonomie. Celui opéré en 2010 sur le nouveau Statut de la Catalogne, est à l'origine des crispations politiques que l'Espagne connaît aujourd'hui.

Le recours en inconstitutionnalité (recours *a posteriori* contre les lois) n'est ouvert qu'aux organes politiques ce qui, là encore, influe sur le contrôle exercé en raison des arguments avancés par ces organes contre la loi.

Le traitement des requêtes diffère donc principalement entre le contentieux qui pourrait être qualifié d'« ordinaire » (conflits de compétences et recours en inconstitutionnalité) et le recours en *amparo* (recours individuel en protection des droits et libertés). Le traitement des requêtes suit en effet un processus particulier en matière *d'amparo*, affectant principalement la phase de recevabilité et d'admissibilité des recours individuels (cf. *supra* sur le filtrage).

B. LES POUVOIRS DU JUGE

La requalification des faits par les juges constitutionnels est impossible et strictement interdite. La seule possibilité offerte aux juges est de considérer, notamment dans le cadre du recours en *amparo*, que les faits ne sont pas prouvés.

En revanche, les juges peuvent reformuler la question qui leur est soumise. Normalement, le Tribunal constitutionnel est certes lié par la requête ; pour autant, de manière exceptionnelle, le tribunal peut faire glisser celle-ci vers une motivation implicite lorsque la protection du requérant est en jeu. En ce sens, la motivation de la requête est particulièrement importante dans le processus de décision. Par ailleurs, les requérants ne peuvent soulever

devant le Tribunal constitutionnel un argument qui n'a pas été soumis lors des instances précédentes (exception faite, bien entendu, du recours direct et abstrait).

Les juges ont un pouvoir discrétionnaire en matière de définition des effets dans le temps de leur décision. Généralement, l'effet est *ex tunc* mais cela peut être modulé en fonction, essentiellement, d'un critère économique.

De manière assez originale, un ensemble de prérogatives du Tribunal sont détaillées dans la Constitution elle-même. Ainsi par exemple, selon l'article 161-1 a) de la Constitution, « *La déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme juridique ayant force de loi, interprétée par la jurisprudence, affectera aussi cette dernière, mais la sentence ou les sentences rendues ne perdront pas l'autorité de la chose jugée* ». Ce principe est cependant relativisé par l'article 40-1 de la loi organique 2/1979 qui prévoit une possible rétroactivité de la censure lorsque l'annulation de la norme emporte une réduction de la peine ou de la sanction.

De même l'article 161-2 dispose que « Le Gouvernement pourra attaquer devant le Tribunal constitutionnel les dispositions et les décisions adoptées par les organes des Communautés autonomes. Le recours entraînera la suspension de la disposition ou de la décision contre laquelle il est porté, mais le Tribunal devra, s'il y a lieu, le ratifier ou l'infirmer dans un délai maximum de cinq mois ».

Dans le cadre du recours en *amparo*, l'article 56 de la loi organique 2/1979 dispose que la suspension totale ou partielle de l'acte pourra être décidée avant le jugement au fond lorsqu'il y a un préjudice qui ferait perdre toute son utilité au recours.

Outre ce cadre normatif, le Tribunal constitutionnel a développé des règles propres en matière de modulation des effets dans le temps de ses décisions, règles qui lui confèrent bien plus de prérogatives que celles consacrées par la Constitution ou la loi organique de 1979. En 1989, il a ainsi prononcé l'inconstitutionnalité d'une disposition législative sans l'accompagner d'une décision d'annulation afin de permettre au législateur de revoir sa copie sans créer pour autant un vide juridique. De même il a étendu le principe du maintien des effets des décisions de justice au nom de la sécurité juridique[139].

V. La décision

A. L'INSTRUCTION

Durant la phase d'instruction, les juges constitutionnels monopolisent un ensemble de sources.

---

[139] X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », AIJC 2011.

L'essentiel de la documentation réunie aux fins de délibération et de décision est compilé par les services juridiques du Tribunal constitutionnel, en lien avec les assistants juridiques affectés auprès de chaque juge constitutionnel. Cette documentation comprend : les mémoires des parties, les jugements précédents et inférieurs relatifs à cette même affaire, la jurisprudence précédente du Tribunal constitutionnel relativement à la question soumise, la doctrine. Par ailleurs et en fonction de la problématique, une attention particulière est accordée :

- à la jurisprudence de la Cour EDH et de la Cour de justice de l'union européenne
- à la jurisprudence de la Cour suprême américaine (pour la liberté d'expression notamment)
- à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel français a été qualifiée de « peu d'importance » en raison de l'absence ou de la faiblesse de motivation, affectant ainsi ses capacités d'exemplarité ; la motivation est en effet l'élément de la décision qui intéresse le plus les juges constitutionnels dans leur intérêt en faveur des jurisprudences rendues par les Cours constitutionnelles étrangères.

La jurisprudence précédente du Tribunal constitutionnel reste cependant la référence essentielle à laquelle s'attachent tous les juges. Le but poursuivi par ces derniers est en effet explicitement présenté comme visant à construire – et respecter – une jurisprudence constante. Par ailleurs, l'article 13 de la loi organique 2/1979 dispose que « *lorsqu'une chambre considère nécessaire de s'écarter, sur un point quelconque, de la doctrine constitutionnelle précédente établie par le Tribunal, la question sera soumise à la décision de l'assemblée plénière* ». La constance dans la jurisprudence est parfois facilitée par l'influence de la jurisprudence européenne, en particulier de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cependant, le contexte actuel demeure largement dominé par la crise économique particulièrement importante en Espagne ; or ce contexte amène souvent le Tribunal constitutionnel à modifier l'interprétation de certaines dispositions de la Constitution ou des lois (notamment en matière de droit du travail, droit de propriété, droit commercial et droit bancaire).

B. LE DÉLIBÉRÉ

Les délibérations sont nécessairement plus complexes et plus longues quand elles se déroulent au sein de l'Assemblée plénière. *En el pleno* en effet, les délibérations peuvent aller jusqu'à 6h voire 8h, lorsque le cas est inédit ou particulièrement sensible. Certaines décisions nécessitent trois voire quatre délibérations avant d'obtenir un accord sur le projet de décision rédigé puis corrigé par le juge rapporteur.

Les délibérations répondent à un rituel bien défini qui voit les juges les plus jeunes prendre en premier la parole jusqu'à, *in fine*, la prise de parole par le Président du Tribunal.

Généralement, il y a deux tours de table au cours desquels les juges expriment leur opinion. Lorsque le cas est simple, la délibération ne dure rarement plus d'une heure.

À l'issue des délibérations, le vote est obligatoire et doit nécessairement être soit positif soit négatif (pas de vote blanc).

Le vote permet généralement l'adoption de la décision à la majorité (l'unanimité est très rare). Lorsque la requête concerne un sujet complexe et particulièrement débattu dans la société, la décision est le plus souvent adoptée à 7 voix contre 5.

Une fois la délibération effectuée et le vote réalisé, il reste quelques jours pour rédiger une opinion concordante (accord sur la décision mais désaccord quant à la motivation) ou dissidente. Le projet de rédaction d'une opinion concordante ou dissidente peut être évoqué lors du vote de la décision. L'opinion est écrite par un juge qui la communique à ses collègues qui ont, comme lui, émis un vote négatif. Les opinions concordantes comme celles dissidentes doivent obligatoirement répondre aux débats qui ont eu lieu au sein du *Pleno* ou de la Chambre (article 90.2 de la Loi organique 2/1979 : « *Le Président et les Magistrats du Tribunal pourront faire connaître dans des opinions séparées leur point de vue divergent, à condition qu'il ait été défendu pendant la délibération, tant en ce qui concerne le dispositif de la décision que ses motifs. Les opinions séparées sont incluses dans la décision et lorsqu'il s'agit d'arrêts, d'ordonnances (Autos) ou de déclarations, elles seront publiées avec ceux-ci dans le "Journal Officiel de l'État" (Boletín Oficial del Estado)* »).

C. L'ŒUVRE

Le Tribunal constitutionnel peut rendre des décisions diverses dont la dénomination varie. Ainsi, selon l'article 86 de la loi organique 2/1979, « *la décision du procès constitutionnel est produite sous forme d'arrêt (Sentencia). Cependant, les décisions d'irrecevabilité initiale, de désistement et de caducité adopteront la forme d'ordonnance motivée (Auto)* […]. *Les autres résolutions adopteront la forme d'ordonnance motivée (Auto) ou d'ordonnance non motivée (providencia), suivant la nature de leur contenu* ». Aucun de ces actes juridictionnels ne peut faire l'objet d'un recours ultérieur devant un autre organe.

Aux termes de l'article 164 de la Constitution espagnole de 1978, « les sentences du Tribunal constitutionnel seront publiées dans le Journal officiel, en même temps que les avis contraires qui auraient été exprimés. Elles ont la valeur de la chose jugée à partir du jour qui suit leur publication et il n'est pas possible de recourir contre elles. Celles qui déclarent inconstitutionnelle une loi ou une norme ayant force de loi et toutes celles qui ne se limitent pas à l'estimation subjective d'un droit s'appliquent à tous dans tous leurs effets ». Par ailleurs, selon l'article 92 de la loi organique 2/1979, « le Tribunal constitutionnel veillera à l'effectif accomplissement de ses résolutions. Il pourra décider, dans l'arrêt ou dans la décision ou dans les actes suivants, qui doit exécuter les mesures d'application nécessaires et, le cas échéant, résoudre les incidents d'exécution. Il pourra également déclarer la nullité de toute résolution qui contreviendrait à celles rendues dans l'exercice de sa juridiction, à

l'occasion de l'exécution de celles-ci, après audience du Ministère public et de l'organe qui l'aurait rendue ».

La décision définitive est le résultat de la délibération. Lorsqu'il s'agit d'une « *sentencia* », celle-ci est ainsi structurée :
- Les membres du Tribunal ainsi que le nom du juge rapporteur
I- Antécédents
- Les faits et le contexte de la saisine
- Les arguments des parties
II- Fondements juridiques
- La motivation
Puis « *El Fallo* » qui constitue le dispositif de la décision

Accessoirement, une ou plusieurs opinions concordantes ou dissidentes (cette publication est obligatoire aux termes de l'article 164-1 de la Constitution et de l'article 90 de la loi organique 2/1979).

Les opinions concordantes ou dissidentes (« *voto particular* ») sont régulièrement exprimées par les magistrats du Tribunal constitutionnel. Selon une analyse reposant sur des données désormais relativement anciennes, T. Freixes notait qu'il conviendrait de « *distinguer deux étapes dans l'évolution des opinions dissidentes. La première, entre 1981 et 1992, et la deuxième, entre 1993 et 1998. Durant la première étape, de douze ans, le Tribunal a émis 172 arrêts avec opinions dissidentes, ce qui représente 44,9 % du total des arrêts avec opinion dissidente. Durant la deuxième étape, qui dure six ans, le Tribunal a prononcé 211 arrêts avec opinions dissidentes représentant 55,1 % des arrêts avec opinions dissidentes* »[140].

Selon les statistiques fournies par le Tribunal pour l'année 2015, 78 opinions avaient été exprimées sur un total de 272 sentences (Cf répartition dans le tableau ci-dessous).

Décisions classées par type de contentieux

Type de recours	Décisions rendues	avec opinions dissidentes
Recours en inconstitutionnalité	56	21
Question de constitutionnalité	107	21
Recours d'*amparo*	96 (+2)	31
Conflits positifs de compétences	7	5
Conflits négatifs de compétences	–	–
Conflits entre organes constitutionnels	–	–
Conflits en défense de l'autonomie locale	1	–

[140] T. FREIXES, « La pratique des opinions dissidentes en Espagne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 8, juillet 2000.

Contestations de dispositions sans force de loi Et de résolutions des Communautés autonomes	5	–
Requêtes sur la constitutionalité des traités internationaux	–	–
Total	272 (+2)	78

À ces statistiques fournies par le Tribunal constitutionnel, il convient d'ajouter, toujours pour l'année 2015, que près de 72% des opinions rédigées relèvent de la catégorie des opinions divergentes. Celles-ci réunissent très souvent les mêmes magistrats ; l'étude de la jurisprudence pour 2015 révèle en effet une grande disparité entre les juges constitutionnels quant au recours aux opinions particulières. Toute opinion confondue – divergente, concordante ou partiellement divergente – le Président du Tribunal constitutionnel, Monsieur Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, a fait deux « votes particuliers » quand le juge Juan Antonio Xiol Ríos en signait quarante-neuf.

Enfin, la pratique des opinions séparées a permis, de manière relativement paradoxale, l'émission d'une opinion divergente rendue, dans une même décision, par le juge ayant rédigé la décision pour la majorité (cf. notamment Sentence 127/2009 du 26 mai 2009).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS
-
Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS

Maître de conférences HDR à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Ce rapport a été élaboré notamment à partir d'entretiens menés avec trois membres ou anciens membres du Conseil constitutionnel (Jacqueline de Guillenchmidt, Guy Canivet et Nicole Maestracci) et deux anciens membres du service juridique (Jean-François de Montgolfier et Geneviève Gondouin) entre juillet 2015 et février 2016 ainsi que des débats qui ont eu lieu lors du séminaire organisé les 1er et 2 décembre 2016 avec des représentants des différentes juridictions étudiées dans le cadre de ce projet de recherches consacré à l'élaboration des décisions de justice des cours constitutionnelles et européennes. Les propos des personnes interrogées ne sont pas formellement cités, pour préserver une forme d'anonymat, mais ils inspirent largement certaines considérations. Les membres du Conseil constitutionnel ou de ses services ne sont cités que lorsque leurs propos ont été par ailleurs publiés. Les travaux doctrinaux également utilisés sont référencés en notes de bas de page.

Le Conseil constitutionnel français n'a pas été conçu comme une véritable juridiction constitutionnelle, mais plutôt comme un répartiteur des compétences entre le législateur et l'autorité réglementaire ; la France est un pays qui a longtemps entretenu le culte de la loi, expression de la volonté générale, et l'idée même d'un contrôle de constitutionnalité des lois a mis du temps à prospérer. Il n'en reste pas moins que le Conseil constitutionnel est progressivement devenu une véritable juridiction constitutionnelle. Cette évolution, qui a été assez longue, est le fait tant du Conseil lui-même que du constituant. Le premier s'est en effet doté de normes de références du contrôle de constitutionnalité suffisamment variées et étoffées, notamment en reconnaissant la valeur constitutionnelle des textes auxquels renvoie le préambule de la Constitution de 1958 – à savoir la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 puis, depuis 2005, la Charte de l'environnement de 2004 – à l'occasion de la décision fondatrice de 1971 dite *"Liberté*

d'association"[141]. Le second a permis au Conseil constitutionnel d'évoluer tout d'abord en élargissant sa saisine à l'opposition parlementaire en 1974[142] puis, et sans doute surtout, en instituant un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* et sur saisine ouverte en 2008 : la question prioritaire de constitutionnalité dite QPC[143].

I. Traitement des saisines

A. Différents types de saisine

Le Conseil constitutionnel peut-être saisi *a priori* par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs. La saisine est facultative pour les lois ordinaires et les traités internationaux ; elle est automatique pour les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires. Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le contrôle de constitutionnalité est déclenché par un justiciable. *A priori* comme *a posteriori*, des intervenants peuvent se greffer au contentieux, même si cela est tout à fait informel dans le cadre du contrôle *a priori*.

❖ Les conditions de la saisine du Conseil constitutionnel ont une influence sur le contrôle qu'il effectue, principalement parce que, traditionnellement, le Conseil entre dans une décision par la contestation ; ce qui guide le Conseil, ce sont les principes constitutionnels invoqués et les dispositions critiquées. Autrement dit, les décisions du Conseil constitutionnel répondent avant tout à la question ou aux questions qui lui sont posées.

Ainsi et en conséquence, peu importe l'identité du saisissant, notamment institutionnel, dès lors que la saisine est motivée. En revanche les saisines *ad validatem* par le Président de la République ou les Présidents des assemblées, c'est-à-dire les saisines qui ne portent aucune critique de la loi déférée mais visent à ce que le Conseil reconnaisse formellement leur conformité à la Constitution, n'impliquent pas le même contrôle. Il en est de même pour les saisines dites blanches, qui peuvent exister dans le contentieux DC (c'est-à-dire le contentieux *a priori*) mais pas dans le contentieux de la QPC dès lors que les textes imposent qu'une question prioritaire de constitutionnalité soit motivée[144]. En cas de saisine

---

[141] Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

[142] Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution. Avant 1974, les seules autorités qui pouvaient saisir le Conseil constitutionnel étaient le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat. Or, ces autorités avaient rarement un intérêt politique à déclencher le contrôle de constitutionnalité des lois.

[143] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

[144] L'interdiction des "interventions blanches" a été posée dans la décision n° 2013-322 QPC du 14 juin 2013, cons. 1 à 3.

blanche, l'attitude du Conseil a considérablement évolué depuis l'entrée en vigueur de la QPC car il refuse désormais de considérer qu'une telle saisine implique de sa part un contrôle exhaustif de la loi déférée, car cela fermerait l'accès au contrôle des lois *a posteriori*, dès lors qu'il n'est pas possible de diriger une QPC contre une disposition législative ayant été déclarée conforme à la constitution « dans les motifs et le dispositif » d'une décision du Conseil[145]. Plus précisément, il refuse désormais de prononcer, dans le dispositif des décisions rendues sur saisine blanche, la conformité à la Constitution de tous les articles de la loi dont il n'a pas prononcé l'éventuelle inconstitutionnalité. Par ailleurs, il a précisé l'application de l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée en considérant que ne peuvent faire l'objet d'une QPC les dispositions législatives qui ont été spécialement examinées dans les motifs et déclarées conformes dans le dispositif[146]. Ainsi, grâce à la notion d'"examen spécial", le Conseil constitutionnel préserve le droit de tout justiciable à poser une QPC contre une disposition pourtant déclarée conforme à la Constitution dans le dispositif de l'une de ses décisions, mais dont l'analyse des motifs révèle qu'elle n'a pas été spécialement examinée[147]. Le Conseil a par ailleurs fait évolué le considérant-balai des décisions rendues à l'occasion d'une saisine blanche : ainsi, dans la décision n° 2016-730 DC du 21 avril 2016, il précise à la fin des motifs de sa décision que « la loi déférée a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution ; qu'au demeurant, aucun autre motif particulier d'inconstitutionnalité ne ressort des travaux parlementaires ; qu'il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, d'examiner spécialement des dispositions de la loi déférée d'office »[148]. Le Conseil indique ainsi qu'il entend, à l'occasion d'une saisine blanche, examiner la loi critiquée tout d'abord du point de vue de sa procédure d'adoption (étant entendu que la procédure législative ne peut être contrôlée dans le cadre des QPC) puis examiner le fond par le prisme des griefs de constitutionnalités soulevés pendant les débats parlementaires, qui remplacent en quelque sorte la saisine pour guider l'examen auquel procède le Conseil constitutionnel. La QPC a ainsi fait évoluer la notion de dispositif des décisions DC du Conseil constitutionnel : alors que le dispositif pouvait auparavant être considéré comme un brevet de constitutionnalité attribué aux lois en attente de promulgation, il devient une simple autorisation de promulgation[149].

Dès lors que la saisine est motivée, le contrôle exercé par le Conseil dépend de sa formulation. Ainsi l'intérêt du Conseil constitutionnel pour un grief sera d'autant plus grand

---

[145] Selon l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée relative au Conseil constitutionnel.

[146] Décision n° 2010-9 QPC du 2 juillet 2010, cons. 4.

[147] V. par exemple le considérant 3 de la décision n° 2011-630 DC du 26 mai 2011.

[148] Cons. 4.

[149] Anne-Charlène Bezzina et Michel Verpeaux, "Carton rouge pour les saisines blanches", *JCP G.* 2011.35, n° 912, p. 1497.

que la saisine est de qualité. Dans le contentieux *a priori*, sont appréciées les saisines qui ne consistent pas en une simple reprise du débat parlementaire. Dans le contentieux de la QPC, certains membres apprécient particulièrement les mémoires qui apportent des éléments permettant de concrétiser le débat, en présentant les effets que la disposition législative a pour tel ou tel sujet de droit ; mais d'autres restent très attachés au caractère abstrait du contrôle[150] et donc de la saisine. Quoi qu'il en soit, plus la saisine est argumentée et meilleure sera la première impression du Conseil ; toutefois, plus l'instruction se déroule et moins la qualité du travail de celui qui a rédigé la saisine va avoir d'influence.

Mis à part ces considérations générales, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel peut varier selon différents critères.

Tout d'abord, le contrôle change selon le caractère obligatoire ou facultatif de la saisine. Le Conseil est obligatoirement saisi, en vertu de l'article 61, alinéa 1, de la Constitution, des lois organiques, des propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum et des règlements des assemblées parlementaires. Ce contrôle automatique est différent de celui qu'il effectue de manière facultative : dans le premier cas il effectue un examen *in extenso* de la norme contrôlée ; dans le second, il effectue un examen principalement axé sur les griefs formulés, hormis les cas de saisine blanche et sauf s'il soulève des questions ou des moyens d'office. En conséquence, les décisions rendues dans le cadre du contrôle obligatoire et celles rendues dans le cadre du contrôle facultatif ne sont pas construites de la même manière. Pour les deux types de décisions, il examine d'abord la procédure puis le fond. Dans les premières, il examine toutes les dispositions de la loi, article par article, éventuellement regroupés par thème. Dans les secondes, il examine la loi au travers des griefs qui ont été soulevés par les saisissants ; ce sont donc les griefs qui structurent la décision.

Ensuite, le contrôle varie selon la norme contrôlée.

Mis à part le fait que le contrôle sur les lois organiques et sur les règlements des assemblées parlementaires est exhaustif, il convient de remarquer que le Conseil est extrêmement vigilant lorsqu'il contrôle le règlement des assemblées parlementaires. Il reste encore aujourd'hui marqué par la volonté de vérifier que les assemblées ne puissent contourner la Constitution grâce à leur règlement, comme elles le faisaient sous les Républiques précédentes. Il est en effet bien connu que le contrôle obligatoire du règlement des assemblées parlementaires a été conçu, par les constituants de 1958, comme un instrument du parlementarisme rationalisé, c'est-à-dire comme un outil permettant de contenir la puissance des assemblées parlementaires qui avait conduit à déstabiliser les régimes des IIIe

---

[150] Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*.

et IVe Républiques, et cette idée semble encore aujourd'hui, guider les membres du Conseil lors du contrôle des modifications des règlements des assemblées, alors que le contexte institutionnel a pourtant largement évolué et que la faiblesse du Parlement est devenue une des caractéristiques du régime. Concernant le contrôle des règlements des assemblées parlementaires, il est également important de remarquer qu'il peut varier en fonction de la composition du Conseil constitutionnel : plus il y a d'anciens parlementaires qui siègent au Conseil et plus les arguments juridiques vont être en retrait par rapport aux expériences de ces anciens députés et sénateurs, et cela influence nécessairement le sens de la décision.

S'agissant du contrôle sur les traités, il semble qu'il soit plus axé sur les conséquences du traité concerné sur la souveraineté, que sur la protection des libertés. Il semble également que le Conseil apprécie les traités avec beaucoup plus de prudence que les lois, car dans le second cas il s'oppose juste – pour ainsi dire – à l'entrée en vigueur d'une loi alors que dans le second sa décision implique une révision de la Constitution. Or, il semble conscient du fait qu'il ne faut pas banaliser les révisions constitutionnelles. L'autre spécificité du contrôle des traités est que le Conseil n'émet aucune réserve d'interprétation à leur sujet. Le contrôle sur les traités tend en outre à varier selon les traités considérés : les traités relatifs à la construction de l'Union européenne posent plus de problèmes de souveraineté que les autres traités et sont donc examinés de manière très attentive par le Conseil. Ils ont par ailleurs une importance politique souvent fondamentale, et le Conseil donne l'impression qu'il est plus disposé à reconnaître leur conformité à la Constitution, au prix d'interprétations parfois audacieuses, car il sait que dans le cas contraire il fera échec à la construction communautaire et il ne veut pas endosser cette responsabilité. Ainsi et par exemple, s'agissant du traité établissant pour l'Europe, le problème de la supériorité du droit de l'Union européenne s'est posée avec une acuité particulière ; le Conseil a privilégié une interprétation neutralisante qui peut être considérée comme assez audacieuse des dispositions problématiques, lui permettant de ne pas s'opposer à la ratification de ce traité par la France[151]. De même, s'agissant du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, le souhait de tous les membres du Conseil alors en fonction était qu'une modification de la Constitution ne soit pas le nécessaire préalable à sa ratification[152] ; de fait, le Conseil a rendu

---

[151] Dans la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, le Conseil a opéré une lecture combinée des articles I-5 et I-6 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Si le second affirme le principe de primauté du droit de l'Union, le premier précise que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant la Constitution ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ». Le Conseil a ainsi affirmé qu'il résulte du « rapprochement » de ces articles que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe « ne modifie ni la nature de l'Union européenne, ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union, telle qu'elle résulte […] de l'article 88-1 de la Constitution » (cons. 13).

[152] C'est ce que révèle Jean-Louis Debré, ancien Président du Conseil constitutionnel (*Ce que je ne pouvais pas*

une décision reconnaissant que ce traité ne comportait pas de clause contraire à la Constitution alors qu'il avait des conséquences très importantes pour la souveraineté[153].

S'agissant du contrôle des lois de finances et de financement de la sécurité sociale, la contrainte particulière est temporelle, puisque le Conseil est saisi dans le courant du mois de décembre et dispose donc de moins d'un mois pour rendre sa décision étant donné que ces lois doivent être publiées avant le 1er janvier de l'année qu'elles intéressent. Cette contrainte de temps est d'autant plus importante qu'il s'agit de lois souvent longues et complexes, qui sont truffées de dispositions élaborées par des spécialistes du ministère des finances. Or, ni les parlementaires qui votent ces lois, ni les membres du Conseil constitutionnel qui les contrôlent n'ont parfois bien conscience des enjeux que recèle telle ou telle disposition, tel ou tel mécanisme. Une autre spécificité du contrôle des lois de finances et de financement de la sécurité sociale consiste en la surveillance particulière des cavaliers budgétaires, c'est-à-dire des dispositions étrangères au domaine des lois de finances et de financement de la sécurité sociale. Ce contrôle permet au Conseil de garantir la sincérité du débat parlementaire ; c'est la raison pour laquelle il soulève souvent d'office les cavaliers. Le Conseil a néanmoins conscience d'être parfois instrumentalisé : le gouvernement ou les parlementaires votent certaines dispositions en sachant parfaitement qu'elles seront censurées en tant que cavaliers, ce qui leur permet, vis-à-vis de leur électorat, de rejeter la faute sur le Conseil. La dernière spécificité du contrôle des lois de finances et de financement de la sécurité sociale est qu'elles ne doivent pas seulement être contrôlées au regard de la Constitution, mais également au regard de certaines dispositions organiques qui la précise : la loi organique relative aux lois de finances de 2001 et la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale de 2005.

S'agissant du contrôle exercé par le Conseil sur les lois de transposition d'une directive de l'Union européenne par rapport à ces directives, il s'agit d'un contrôle assez léger, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Enfin le contrôle varie selon que le Conseil a été saisi dans le cadre du contentieux *a priori* ou *a posteriori* ne serait-ce que parce que les délais dans lesquels la décision doit être rendue ne sont pas les mêmes. Le délai de trois mois en QPC est sans doute raccourci par le fait que le travail des services et du membre rapporteur du Conseil ne peut commencer de manière réellement effective qu'après qu'aient eu lieu les échanges contradictoires des pièces, mais il est tout de même beaucoup plus long que le délai d'un mois qui enserre le contentieux *a priori*, d'autant plus qu'en DC le Conseil est saisi d'une loi entière (même si toutes les dispositions ne sont pas directement et expressément contestées) alors qu'en QPC il n'est saisi

---

dire, Robert Laffont, 2016, pp. 112-113).

[153] Décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012.

que d'une disposition législative. Au final, dans le contentieux *a priori*, il existe une impression d'urgence qui n'existe moins mais qui reste néanmoins présente dans le contentieux *a posteriori*.

Par ailleurs, dans le contentieux *a priori*, le Conseil a plus l'impression de rentrer dans un débat politique qui est encore chaud. Cette impression doit parfois être relativisée : certaines lois anciennes contestées par la voie d'une QPC peuvent avoir des enjeux politiques et sociaux très actuels, comme ce fut par exemple le cas des dispositions du code civil qui interdisaient le mariage entre personnes du même sexe[154]. Mais il est généralement vrai que les conseillers constitutionnels sont sans doute plus nerveux lorsqu'ils sont confrontés à une loi qui vient d'être adoptée par le Parlement, *a fortiori* lorsque la loi comporte des dispositions sur lesquelles un président de la République récemment élu s'est engagé pendant la campagne électorale : l'intention du législateur est alors fraîche et il existe alors une sorte de vérité de l'intention du législateur, dont le Conseil estime qu'elle doit être prise en considération ; en outre, la presse est tentée de lire la décision du Conseil à la lumière du débat parlementaire. Le Conseil se sent alors en quelque sorte investi de la mission de transformer une contestation politique en décision juridique.

Il faut aussi noter que le contrôle *a posteriori* est nécessairement un peu plus concret, car le Conseil examine la disposition législative critiquée dans un contexte dont il est difficile de se détacher alors même que le Conseil décide de n'exercer qu'un contrôle abstrait dans le cadre de la QPC[155]. Dans le contentieux *a priori*, le contrôle est nécessairement prospectif, alors qu'en QPC, le droit vivant peut être pris en considération ce qui a nécessairement des répercussions sur le contrôle.

Au final, le Conseil se sent certainement plus à l'aise dans le contentieux QPC que dans le contentieux DC.

❖ Les intervenants occupent une place assez importante dans le contentieux constitutionnel français. Dans le cadre du contentieux *a priori*, les interventions ont une appellation particulière : les « portes étroites »[156]. Elles sont admises en pratique, mais elles ne sont pas de tout réglementées. Dans le contentieux de la QPC, les interventions ont tout d'abord été admises en pratique[157], puis elles ont été règlementées : sont autorisées à adresser

---

[154] Décision n° 2010-92 QPC du 28 janvier 20122.

[155] Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*.

[156] Georges Vedel, "L'accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite", *La vie judiciaire* n° 2344, 11-17 mars 1991, p. 1.

[157] La première décision du Conseil constitutionnel dont les visas mentionnent une intervention est la décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010. L'audience de la décision n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010 est celle à l'occasion de laquelle un intervenant a pu, pour la première fois, présenter des observations orales.

des observations en intervention les personnes justifiant d'un intérêt spécial ; ces observations doivent être adressées au Conseil dans un délai de trois semaines suivant la date de la transmission de la QPC ; une fois recevables, elles sont pleinement soumises au contradictoire[158].

La tendance s'agissant de la recevabilité des observations en intervention est celle de l'ouverture : après avoir admis que peuvent intervenir ceux qui disposent d'un avantage exclusif que la décision QPC pourrait remettre en cause, puis ceux qui souhaitent défendre des droits qu'ils promeuvent par statut, le Conseil a également admis des interventions de groupes de défense de droits collectifs[159]. Il n'en reste pas moins que le Conseil cherche à encadrer la recevabilité des observations en intervention, et c'est tout le sens du recours à la notion d'intérêt spécial : elle a été inventée pour empêcher que des associations généralistes des droits de l'Homme puissent intervenir dans toutes les QPC. Ainsi et en principe, les associations catégorielles peuvent intervenir sur toutes les questions catégorielles qui les concernent, si bien que, par exemple, la Cimade a vocation à avoir intérêt à agir sur toutes les QPC qui portent sur le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tandis que France Nature environnement a vocation à avoir intérêt à agir sur toutes les questions en rapport avec le droit de l'environnement. En revanche, la Ligue des droits de l'Homme n'a pas d'intérêt spécial à agir à l'occasion de chaque QPC ; sa qualité ne l'empêche pas pour autant d'intervenir à l'occasion d'une QPC[160].

Entre le 1er mars 2010, date d'entrée en vigueur de la QPC et le 1er mars 2015, le Conseil a été saisi de 427 demandes d'intervention dans 108 dossiers (soit dans 24 % des dossiers enregistrés). Ces interventions ont été largement admises : 357 d'entre elles ont été jugées recevables (soit 83,6 % des interventions reçues). Les 70 demandes en intervention qui ont fait l'objet d'un rejet ont été écartées par le Conseil constitutionnel pour défaut d'intérêt spécial ou de motivation, ou pour cause de tardiveté. S'agissant du profil des intervenants et sur la période du 1er mars 2010 au 31 août 2014, 296 intervenants différents ont déposé 389 demandes en intervention, car certains sont intervenus dans plusieurs dossiers. Sur ces 296 intervenants, 134 sont des particuliers, 47 des sociétés, 43 des associations, 36 des collectivités territoriales, 11 des syndicats et 25 autres intervenants de diverse nature (EPCI, fédération, ordre professionnel, *etc.*). Il existe ainsi une majorité d'intervenants qui ne sont

---

[158] Décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011.

[159] Pour plus de précisions sur l'évolution de cette admission des observations en intervention par le Conseil constitutionnel, v. Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, "L'intervention dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la loi en droit français et italien", *RDP* 2013, n° 2, pp. 360-361.

[160] Ainsi, à l'occasion de la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 relative aux assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence, les observations en intervention de la Ligue des droits de l'Homme ont été considérées comme recevables.

pas des particuliers, et qui ont ainsi les moyens d'intervenir.

Concernant les portes étroites, les informations statistiques sont très parcellaires, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une procédure officielle. 47 auraient été déposées au Conseil constitutionnel en 2014 et en 2015, dont 21 à propos de la loi sur le renseignement et 24 autres sur la loi Macron[161].

Les portes étroites comme les observations en intervention dans le cadre de la QPC présentent un intérêt certain pour l'élaboration des décisions du Conseil constitutionnel, indépendamment de la question de la garantie des droits subjectifs de ceux qui interviennent. Il convient en effet d'insister dès maintenant sur le fait que le contentieux constitutionnel français est très largement déterminé par les délais qui l'enserrent, et qui sont assez courts : en contentieux DC, le Conseil dispose d'un mois pour rendre sa décision et en QPC il a trois mois. L'intérêt des observations en intervention et des portes étroites est sans doute qu'elles permettent de rendre plus efficace l'instruction d'une décision, en attirant l'attention du Conseil sur telle ou telle question qu'il n'avait pas vue de premier abord, et qu'il soulève alors d'office. Le commentaire de la décision n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010 précise que : « Des mémoires ou courriers sont régulièrement adressés au Conseil constitutionnel par un tiers pour défendre une loi en cause, mais n'apportent pas d'éléments qui ne soient déjà dans le débat. Ils ne sont alors pas versés à la procédure » ; le Conseil constitutionnel laisse ainsi entendre qu'*a contrario* les interventions qui apportent de nouveaux éléments ont vocation à être accueillies par le Conseil constitutionnel et versées à la procédure parce qu'utiles à l'élaboration de sa décision. Les interventions semblent ainsi avant tout considérées par le Conseil comme un instrument de collaboration informative et argumentative, utile à la formation de la meilleure décision[162]. De ce point de vue, il semble que « les syndicats et les autres associations de catégorie, les groupes de défense d'intérêts collectifs ou représentatifs de minorités, les associations de lutte pour la protection des droits de l'Homme, *etc.* sont en mesure d'offrir une contribution à l'argumentation du juge, en termes d'informations sur les faits et les données inhérentes aux intérêts qu'ils sont censés défendre, de façon plus complète et exhaustive que la partie privée »[163], ne serait-ce que parce qu'ils disposent de moyens économiques et techniques plus importants que les simples particuliers, leur permettant

---

[161] Mathilde Mathieu, "Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies", *Médiapart* 12 octobre 2015, https://www.mediapart.fr/journal/france/121015/dans-les-coulisses-du-conseil-constitutionnel-cible-des-lobbies.

[162] En ce sens, Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, version traduite et mise à jour de la thèse rédigée en italien et soutenue le 9 mai 2014 à l'Université de Sienne, thèse non publiée, §§ 876 ss.

[163] Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, art. cité, p. 367.

d'élever le niveau argumentatif et juridique[164] ; l'instruction de la décision par le juge rapporteur en est certainement facilitée. Il n'en reste pas moins qu'une observation en intervention dépend aussi de la qualité de la requête principale, c'est-à-dire en l'espèce de la motivation de la QPC qui a conduit à la saisine du Conseil constitutionnel. S'agissant des portes étroites, un ancien membre du Conseil constitutionnel, Olivier Dutheillet de Lamothe, affirme que « c'est un vrai bonheur pour un rapporteur et pour les juges d'avoir une porte étroite dans une affaire. C'est un vecteur extrêmement puissant », dans la mesure où les saisines sont « souvent de faible qualité, à peine contrôlé[e]s par le groupe politique qui les dépose ». Il considère ainsi que les portes étroites enrichissent le contentieux *a priori* qui vivrait autrement « dans un climat d'une grande pauvreté intellectuelle »[165]. L'utilité des portes étroites[166] dépend néanmoins et bien évidemment de leur qualité ; d'ailleurs, une partie non négligeable d'entre elles sont immédiatement rejetées, sans examen particulier, comme ce fut le cas pour des centaines de portes étroites adressées à l'occasion de l'examen par le Conseil de la loi sur le mariage pour tous ou comme c'est régulièrement le cas lorsqu'elles émanent de personnes déséquilibrées. L'utilité des portes étroites dépend également de leur origine : lorsque le Conseil constitutionnel connaît la personne qui rédige ou qui fait diriger la porte étroite, elle aura sans doute plus de poids que lorsqu'elle lui est adressée par une personne dont il ne connaît pas l'origine.

La qualité d'une porte étroite se jauge essentiellement au regard de son apport par rapport à la saisine parlementaire. Étant donné que les saisines parlementaires contiennent généralement beaucoup de considérations générales et abstraites, la porte étroite retiendra d'autant plus l'attention du juge constitutionnel qu'elle comporte des éléments permettant de comprendre les enjeux de la loi déférée. La plus-value de la porte-étroite apparaît souvent dans les domaines techniques, comme la téléphonie ou internet et elles sont alors fort utiles alors même qu'elles émanent de lobbies parce qu'elles permettent aux membres du Conseil constitutionnel de prendre connaissance des enjeux en cause[167]. En revanche, les portes étroites rédigées par les syndicats semblent ne pas présenter beaucoup d'intérêt car elles restent souvent très corporatistes.

---

[164] Ibid., p. 369.

[165] "Compte-rendu du Conseil d'administration de l'Association française de droit constitutionnel du 13 juin 2012", http://www.droitconstitutionnel.org/afdc/CRCA130612.html

[166] À ce sujet, v. Denys de Béchillon, "Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel", Les Notes du club des juristes, 23 février 2017, http://www.leclubdesjuristes.com/reflexions-statut-portes-etroites-devant-conseil-constitutionnel-notes-club-juristes-denys-de-bechillon/, pp. 17 à 24

[167] Il semblerait qu'à l'occasion de l'examen de la loi sur la transition énergétique, EDF a envoyé au Conseil constitutionnel une porte étroite qui a pesé sur la décision car elle était très bien faîte (v. la décision n° 2015-718 DC du 13 août 2015).

Le problème est que les portes étroites se sont multipliées : elles étaient autrefois peu fréquentes, données au rapporteur de la décision qui décidait s'il y avait lieu de la distribuer aux autres membres. Aujourd'hui, elles sont beaucoup plus nombreuses et, dès lors qu'elles consistent en un mémoire argumenté et sérieux, elles ne sont pas rejetées et sont distribuées à tous les membres. L'admission de ces portes étroites, si elle peut être utile au Conseil pour élaborer ses décisions ainsi que cela a été précisée, peut toutefois être critiquée en ce sens qu'elle peut faire peser un soupçon de partialité sur le Conseil ou, plus exactement, elle peut faire penser qu'il peut être placé sous influence partiale[168], d'autant plus qu'elles ne sont pas, à proprement parler, soumises au contradictoire ou publiées[169]. Le Conseil ne les a ni institutionnalisées, ni prohibées, pour lui permettre de profiter des avantages de cette pratique sans en subir les inconvénients[170], mais ceux-ci semblent de plus en plus prendre le pas sur ceux-là. Il appartiendrait ainsi au Conseil soit de rejeter les portes étroites, quelles qu'elles soient, quitte à se priver d'une aide occasionnellement précieuse pour instruire ses décisions, soit d'établir un règlement intérieur pour procéduraliser les portes étroites. Une « sorte de principe de précaution » doit cependant être respecté en la matière tant la question de la publication des portes étroites et de leur soumission au contradictoire est finalement assez complexe[171].

B. MODALITÉS DE FILTRAGE

Dans le contentieux *a priori*, il n'existe aucun filtrage. Il y a autant de décisions que de saisines du Conseil constitutionnel, dès lors que la saisine est régulière, c'est-à-dire principalement qu'elle a bien été signée par soixante députés ou soixante sénateurs.

Dans le contentieux *a posteriori*, il existe un filtrage mais il est externalisé. Il n'est en effet pas possible de saisir directement le Conseil pour qu'il contrôle la conformité à la Constitution d'une loi en vigueur mais, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction ordinaire, tout justiciable peut soutenir qu'une disposition législative qui a vocation à lui être appliquée viole un droit ou une liberté que la Constitution garantit[172] ; ce juge ordinaire est alors chargé de filtrer la question prioritaire de constitutionnalité pour la faire remonter, le cas échéant, au Conseil. Plus précisément, une QPC peut être posée devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, ou directement devant

---

[168] Mathilde Mathieu, article cité.
[169] Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*.
[170] Anna Maria Lecis Cocco-Ortu, art. cité, p. 358.
[171] V. les conclusions de la note précitée du Club des juristes établie par Denys de Béchillon, notamment §§ 67 ss.
[172] Article 61-1 de la Constitution.

ces cours suprêmes elles-mêmes. Dans le premier cas, le juge dit *a quo* vérifie que les conditions de transmissibilité des QPC sont remplies[173] et, dans l'affirmative, envoie la question de constitutionnalité à sa cour suprême qui vérifie à nouveau que les conditions qui président au filtrage des QPC sont remplies[174] avant d'envoyer la QPC au Conseil constitutionnel. Dans le second cas, les cours suprêmes vérifient seules les conditions du filtrage et envoient, le cas échéant, les QPC au Conseil. Les juges *a quo* doivent statuer sans délai sur les QPC qui leur sont posées. Les cours suprêmes disposent de trois mois pour rendre leur décision.

Le filtrage des QPC est efficace en ce sens que les conditions du filtre et l'organisation de ce filtre ont été pensées pour permettre au Conseil d'absorber le contentieux de la QPC. Le parti pris du Président du Conseil et de son secrétaire général de l'époque, qui ont été consultés lors des travaux de préparation des textes organisant la QPC, a été de ne pas changer la structure du Conseil, d'évaluer le nombre de décisions qu'il pouvait absorber en sa forme actuelle et de concevoir un système de filtrage en conséquence. L'idée a apparemment été de fixer, en accord avec le Conseil d'État, un flux et de faire en sorte que la pratique des juridictions de renvoi se conforme à ce flux. Le succès du filtrage aurait pu être hypothéqué par le fait que la Cour de cassation a semblé, dans les premiers mois de la QPC, ne pas avoir joué le jeu, en ne transmettant pas certaines QPC au Conseil alors qu'elles semblaient avoir vocation à être filtrer positivement, mais une collaboration fructueuse a fini par s'installer entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel ; d'ailleurs, le taux de renvoi des QPC par la Cour de cassation et le Conseil d'État est à peu près similaire[175].

Par ailleurs, le filtrage est opportun en ce sens qu'il a associé les juges ordinaires au contrôle de constitutionnalité des lois et qu'il a ainsi permis une diffusion de la culture constitutionnelle dans l'ordre juridique. En pratiquant le filtrage des QPC, les juges ordinaires ont en effet acquis une connaissance non négligeable du contentieux constitutionnel.

---

[173] Selon l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil constitutionnel, modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009, le juge a quo procède à la transmission de la QPC si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

[174] Selon l'article 23-4 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée, la cour suprême procède au renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel lorsque les conditions prévues à l'article 23-2 1° et 2° sont remplies et lorsque la question posée est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

[175] 18 % pour la première et 24 % pour le second pendant les cinq premières années.

C. DÉLAIS DE JUGEMENT

Le nombre de requêtes dans le cadre du contentieux *a priori* est faible. En presque soixante ans d'existence, le Conseil constitutionnel a rendu 744[176] décisions. Depuis que le Conseil peut être saisi par soixante députés ou soixante sénateurs, c'est-à-dire depuis la fin de l'année 1974, le Conseil constitutionnel a rendu 691 décisions, soit une moyenne d'environ 17 décisions par an.

Le nombre de requêtes dans le cadre du contentieux *a posteriori* est beaucoup plus élevé dans la mesure où, en presque 6 ans, le Conseil constitutionnel a rendu 603 décisions QPC[177]. Après un succès et un flux important de décisions pendant les premières années, une stabilisation des décisions QPC se constate, à compter de 2012, autour d'environ 70 décisions par an. Les juridictions chargées de filtrer les QPC ont une activité importante : le Conseil d'État et la Cour de cassation ont, sur saisine directe ou sur renvoi d'une juridiction inférieure, traité 618 QPC en 2011, 460 en 2012, 363 en 2013 et 426 en 2014. Mais ces juridictions ont rendu une majorité de décisions de non-renvoi : ainsi, entre le 1er mars 2010 et le 1er mars 2015, la Cour de cassation a traité au total 1504 QPC et en a renvoyé 258 au Conseil constitutionnel, soit 18 %, et le Conseil d'État en a traité 856 et renvoyé 207, soit 24 %. Il apparaît par ailleurs que les juridictions qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ont pour leur part traité plus de 10.000 QPC en cinq ans.

Ces chiffres témoignent du succès de la procédure du contrôle *a posteriori* des lois qui a été introduite en France en 2010, succès qui s'explique en partie par la capacité des diverses juridictions à traiter rapidement les QPC qui leur ont été adressées, à savoir en 6 mois en moyenne[178], alors qu'il faut trois fois plus de temps à la Cour européenne pour juger, après l'épuisement des voies de recours internes qui peuvent elles-mêmes être longues. Le succès de la QPC apparaissait conditionné par le fait qu'elle n'allonge pas abusivement les délais de jugement et, de ce point de vue, les objectifs semblent atteints.

D. ÉVOLUTIONS CONSTATÉES

Le Conseil constitutionnel ne souhaite pas alimenter le contentieux constitutionnel tout en assurant un contrôle effectif sur les lois. C'est pourquoi il utilise des techniques lui permettant tantôt de limiter son contrôle tantôt de l'étendre.

- Sans que le Conseil utilise des techniques lui permettant à proprement parler de

[176] Nombre de requêtes comptabilisées et traitées par le Conseil constitutionnel le 31 décembre 2016.
[177] Nombre de décisions QPC également arrêté le 31 décembre 2016.
[178] Selon le rapport n° 842 de l'Assemblée nationale établis à l'occasion du troisième anniversaire de la QPC

limiter les saisines, il apparaît qu'il entend délimiter le champ des normes de référence du contrôle de constitutionnalité ainsi que son champ de compétence.

S'agissant des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, c'est le constituant lui-même qui les a limitées dans le contentieux *a posteriori* dès lors que l'article 61-1 de la Constitution précise que seule la violation d'un droit ou d'une liberté garanti(e) par la Constitution peut être invoquée dans le cadre d'une QPC. Ainsi, la QPC ne peut être l'occasion de critiquer, notamment, la procédure d'adoption d'une loi.

Le Conseil constitutionnel est ensuite intervenu lui-même pour limiter l'étendue de son contrôle en interprétant la notion de droits et libertés que la Constitution garantit de manière assez stricte. Il a par exemple considéré que n'est pas invocable à l'appui d'une QPC le principe du consentement à l'impôt qui est consacré par l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789[179], l'obligation de nationalisation prévue par le neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946[180], le principe de péréquation dans le cadre de l'autonomie financière des collectivités territoriales[181] ou encore le principe du développement durable qui est consacré par l'article 6 de la Charte de l'environnement[182]. Par ailleurs et de manière plus générale, le Conseil a exclu l'invocation directe de l'incompétence négative[183], des objectifs de valeur constitutionnelle[184] ou de principe de séparation des pouvoirs[185].

Toutes ces exclusions ne semblent pas être justifiées, ou pas seulement justifiées, par la volonté d'éviter du contentieux ; il s'agit aussi pour le Conseil de respecter le texte de la Constitution et de ne pas faire de fausses promesses aux justiciables. S'agissant particulièrement de l'impossibilité d'invoquer directement la violation d'un objectif de valeur constitutionnelle à l'appui d'une QPC, elle se justifie effectivement par le fait que ces objectifs, selon la Constitution, sont plus des normes d'habilitation du législateur que des normes de censure. À propos de l'objectif d'intelligibilité, il semble que le Conseil n'est pas extrêmement disposé à censurer une loi sur son fondement, par souci de respect du travail du Parlement : les députés et les sénateurs peuvent avoir travaillé pendant plusieurs mois sur une loi, et ils accepteraient difficilement une censure de leurs travaux sur un fondement purement

---

[179] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 (cons. 4).
[180] Décision n° 2015-549 QPC du 26 mars 2015 (cons. 6).
[181] Décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010 (cons. 5).
[182] Décision n° 2012-283 QPC du 23 novembre 2012 (cons. 22).
[183] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 (cons. 3).
[184] Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012 (cons 12) : cette décision est très difficile à comprendre mais il semble que le Conseil a souhaité aligner le régime des objectifs de valeur constitutionnelle dans le cadre d'une QPC sur celui de la règle de l'incompétence négative.
[185] Décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016 (cons. 9).

formel.

Il semble tout de même que le Conseil a été soucieux de ne pas ouvrir à l'excès sont prétoire, surtout au début de la QPC. La jurisprudence *Kimberly Clark*[186] en témoigne : le Conseil y a refusé d'admettre le grief d'incompétence négative en QPC hormis les cas où cette incompétence affecte un droit ou une liberté que la Constitution garantit ; cette décision peut être interprétée comme témoignant du souci du Conseil de ne pas voir le contentieux *a posteriori* se développer de manière exponentielle. Deux ans plus tard, alors que le flux des QPC s'était à peu près stabilisé, le Conseil a encore restreint cette ouverture, déjà étroite, en exigeant que l'incompétence négative affecte « par elle-même » un droit ou une liberté garanti(e) par la Constitution[187]. Au sujet de l'incompétence négative, le Conseil se montre ainsi extrêmement prudent car il sait que la question de la délimitation des compétences entre la loi et le règlement peut être assez subtile.

Dans le contentieux *a priori*, le Conseil a limité les normes de référence en refusant de contrôler la conventionnalité des lois, c'est-à-dire en considérant que l'article 55 de la Constitution ne lui donne pas compétence pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux alors même qu'il pose le principe de la primauté des traités internationaux sur la loi[188]. Le maintien de cette jurisprudence, dite *IVG*, semble faire l'objet de débats récurrents au sein du Conseil, notamment à l'occasion des renouvellements partiels de ses membres. Il faut d'ailleurs remarquer que, lors de son audition devant le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République le 19 septembre 2007, Jean-Louis Debré s'était déclaré favorable à ce que le Conseil puisse désormais contrôler la conventionnalité des lois et avait ainsi invité le constituant à lui confier cette compétence[189]. L'actuel président du Conseil semble moins favorable à une telle réforme[190].

S'agissant du champ de compétence, le Conseil a très tôt entendu le limiter en interprétant de manière stricte les textes qui organisent sa compétence. Ainsi, dès la décision n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, il s'est déclaré incompétent pour contrôler les lois référendaires et cette décision a été confirmée dans le cadre du contentieux *a posteriori*[191]. Il

---

[186] Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 (cons. 3).
[187] Décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012 (cons. 3).
[188] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (cons. 2 à 7).
[189] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2007/20070919Debre.pdf
[190] Laurent Fabius, "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016.
[191] Décision n° 2014-392 QPC du 25 avril 2014 (cons. 6 et 7).

s'est ensuite reconnu incompétent pour contrôler les lois constitutionnelles[192] alors même qu'il a convenu qu'il existe, dans la Constitution, certaines dispositions qui encadrent le pouvoir de révision de la Constitution[193].

Dans le cadre du contentieux *a posteriori*, le Conseil ne dispose pas de beaucoup de moyens pour limiter son champ de compétence car il doit répondre à la question telle qu'elle est posée par le juge du renvoi. Il peut toutefois circonscrire la question pour mettre en évidence qu'elle ne concerne finalement pas tout un article de loi, mais telle disposition voire tels mots précis de cet article. Ainsi et par exemple, à l'occasion de la décision n° 2015-492 QPC du 16 octobre 2015, le Conseil constitutionnel a précisé que, telle qu'elle est posée, la question de constitutionnalité posée porte sur les mots « des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou » figurant à l'article 48-2 de la loi du 29 juillet 1881[194] et non sur « l'application combinée de l'article 48-2 et du cinquième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse » comme le soutenait l'auteur de la QPC. Par ailleurs, le Conseil a décidé de ne pas contrôler certaines conditions de transmissibilité des QPC qui sont déjà examinées par les juges du filtre, comme la question de l'applicabilité au litige de la disposition législative critiquée[195]. Ceci s'explique avant tout certainement par la volonté de respecter l'autorité des cours suprêmes qui lui transmettent les QPC, mais cela peut peut-être aussi s'expliquer par la volonté du Conseil de limiter son champ de compétence.

En conclusion à ce sujet, il faut surtout noter que le Conseil considère qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement[196]. Cette affirmation vise avant tout à préciser la place du Conseil au sein des institutions de la Ve République : il n'exprime pas la volonté générale mais est simplement chargé de faire respecter la Constitution par le législateur. Elle lui permet aussi d'éviter de susciter du contentieux : les saisissants doivent savoir qu'il refuse de contrôler un certain nombre de choses, qui relèvent de l'appréciation souveraine du législateur. Ainsi et par exemple, le Conseil estime qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'opportunité de l'adoption d'un enfant par un couple homosexuel, dès lors qu'il n'existe aucune disposition dans la Constitution permettant de

---

[192] Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 (cons. 1 et 2).

[193] Dans la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, le Conseil constitutionnel a reconnu que le pouvoir constituant est souverain « sous réserve d'une part, des limitations touchant aux périodes au cours desquelles une révision de la Constitution ne peut pas être engagée ou poursuivie, qui résultent des articles 7, 16 et 89, alinéa 4, du texte constitutionnel, et d'autre part du respect des prescriptions du cinquième alinéa de l'article 89 en vertu desquelles "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision" » (cons. 19).

[194] Cons. 4.

[195] Cette condition qui préside au filtrage des QPC par les cours suprêmes ou les juridictions qui en relèvent est prévue par l'ordonnance organique de 1958 modifiée (respectivement aux articles 23-4 et 23-2 1°.

[196] Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 (cons. 1).

penser que le constituant a autorisé ou au contraire interdit une telle adoption.

❖ Le Conseil ne semble pas avoir de politique jurisprudentielle générale à propos de l'élargissement de sa saisine. D'ailleurs, il semble bien plus bridé que les autres juridictions car les textes sur ses conditions de saisine ou la nature de son contrôle sont relativement précis. Il n'en reste pas moins qu'il a trouvé quelques techniques lui permettant d'élargir sa saisine, tant dans le contentieux *a priori* que dans le contentieux *a posteriori*.

Dans le contentieux DC tout d'abord, le Conseil élargissait traditionnellement sa saisine en ce sens qu'il estimait être saisi de toute la loi, et non seulement des dispositions critiquées par les saisissants. C'est ainsi qu'il s'est reconnu le pouvoir de soulever d'office tant des conclusions que des moyens. Ces deux techniques témoignent du caractère inquisitorial du procès constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori* et du fait que le Conseil s'estimait en devoir de purger les lois de leurs vices d'inconstitutionnalité, indépendamment des critiques adressées aux lois par les saisissants du Conseil[197], dès lors que ses décisions ont un effet *erga omnes*. La saisine d'office apparaissait ainsi traditionnellement plus comme une obligation que comme une simple faculté. Cependant, depuis 2010, il est plus prudent car il ne faut pas que sa saisine en DC permette d'éviter la contestation ultérieure d'une loi par la voie d'une QPC. Cela est valable à l'occasion d'une saisine blanche, ainsi que cela a déjà été évoqué, mais aussi de façon plus générale. Ainsi, le Conseil ne soulève plus beaucoup de moyens d'office dans le contentieux *a priori*, sauf s'il est question d'une règle de procédure, insusceptible en tant que telle d'être contestée dans le cadre du contentieux *a posteriori* ou sauf si la disposition inconstitutionnelle avait de tels effets qu'il serait inopportun d'attendre qu'une QPC soit posée pour donner au Conseil l'occasion de la censurer.

Par ailleurs, toujours dans le cadre du contentieux *a priori* et avant même que le constituant envisage de lui confier le pouvoir de contrôler les lois promulguées, le Conseil a étendu son champ de compétence en acceptant de contrôler, à certaines conditions assez restrictives, des dispositions législatives déjà en vigueur. Dans la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, il a en effet reconnu sa compétence pour contrôler une disposition législative en vigueur à l'occasion du contrôle d'une loi qui la modifie, la complète ou affecte son domaine. Cette jurisprudence dite "État d'urgence en Nouvelle-Calédonie", en raison du nom

---

[197] Ainsi, dans la décision n° 96-386 DC du 30 décembre 1996, le Conseil constitutionnel a affirmé que l'effet de la saisine parlementaire « est de mettre en œuvre, avant la clôture de la procédure législative, la vérification par le Conseil constitutionnel de toutes les dispositions de la loi déférée y compris de celles qui n'ont fait l'objet d'aucune critique de la part des auteurs de la saisine » et qu'ainsi il ne saurait prendre en compte des déclarations émanant des autorités ou parlementaires habilités à le saisir et visant à faire obstacle à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité engagé (cons. 4).

de la loi à l'occasion du contrôle de laquelle elle a été rendue, n'a été ni remise en cause ni assouplie depuis que le constituant a prévu la compétence du Conseil pour contrôler les lois en vigueur. Ainsi, dans la décision n° 2009-591 DC du 22 octobre 2009, le Conseil a appliqué strictement sa jurisprudence car il a refusé de contrôler certaines dispositions de la loi du 13 août 2004, dans la mesure où elles n'étaient ni modifiées, ni complétées, ni affectées par la loi soumise à son examen, mais seulement, pour certaines, abrogées par elle[198]. Ensuite, le Conseil a pris l'initiative de faire évoluer le contrôle qu'il effectue sur le fondement de l'article 61 C en application de sa jurisprudence "état d'urgence en Nouvelle-Calédonie" pour l'aligner sur le contrôle qu'il effectue sur le fondement de l'article 61-1 C. La décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 témoigne notamment de cet alignement : alors qu'il contrôlait des dispositions législatives en vigueur à l'occasion du contrôle d'une loi en attente de promulgation, le Conseil constitutionnel a utilisé les pouvoirs de modulation dans le temps de l'effet de ses déclarations d'inconstitutionnalité que le constituant lui a reconnu explicitement uniquement lorsqu'il se prononce sur le fondement de l'article 61-1 C, pour déterminer les effets de sa décision sur la loi en vigueur, et non simplement sur la loi contrôlée comme il le fait d'ailleurs à l'occasion en dehors de toute habilitation textuelle[199].

Enfin et peut-être surtout, à l'occasion de la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, le Conseil constitutionnel a considéré qu'il n'était pas seulement compétent pour contrôler les lois au regard du corps de la Constitution, comme semblaient pourtant le considérer les rédacteurs de la Constitution de 1958, mais aussi par rapport aux textes auxquelles renvoie son préambule, à savoir la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et, depuis 2005, la Charte de l'environnement de 2004. Cette décision est considérée comme fondatrice en ce sens qu'elle a permis au Conseil constitutionnel de devenir un juge spécialisé dans la protection des droits fondamentaux, et pas un simple répartiteur des compétences entre les autorités législative et règlementaire. Elle est suffisamment connue et ancienne pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y attarder plus longtemps, mais elle constitue sans doute l'extension la plus importante de son champ de contrôle par le Conseil. Indépendamment de cette décision qui a reconnu en bloc la qualité de norme de référence du contrôle de constitutionnalité des lois à un nombre considérable de libertés civiles, politiques, économiques puis environnementales, le Conseil étend régulièrement son champ de contrôle en reconnaissant de nouvelles règles ou de nouveaux principes constitutionnels. Il se montre toutefois prudent dans la reconnaissance de tels principes ou règles en prenant soin de les fonder sur une disposition constitutionnelle écrite,

---

[198] Cons. 14 et 15.

[199] Pour plus de précisions à ce sujet, v. *infra*.

quitte à l'interpréter de manière quelque peu extensive[200].

Dans le cadre du contrôle *a posteriori*, les possibilités du Conseil d'étendre son champ de compétence semblent plus réduites, notamment dans la mesure où il ne peut pas statuer *ultra petita* et aller contrôler une disposition législative dont il n'est pas directement saisi. Plus précisément, son contrôle est limité aux dispositions législatives critiquées par l'auteur de la QPC et reconnues applicables au litige par la cour suprême qui lui a transmis la QPC. En revanche, il peut soulever un moyen d'inconstitutionnalité non invoqué par le justiciable[201]. Il accepte également de se prononcer au regard d'un moyen qui avait été invoqué par l'auteur de la QPC mais qui semblait avoir été rejeté par la juridiction du filtre ; ainsi et par exemple, à l'occasion de la décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a examiné la conformité des dispositions législatives critiquées[202] au regard du principe d'égalité devant la loi et du droit à une vie familiale normale, comme le souhaitaient les requérantes, alors que la Cour de cassation avait considéré que la question posée n'était sérieuse « qu'au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité »[203] et avait donc ainsi nécessairement écarté la question de la conformité des dispositions législatives critiquées au droit à une vie familiale normale.

Dans le cadre du contentieux *a posteriori*, l'extension par le Conseil de sa propre compétence la plus remarquable est sans doute celle par laquelle il s'est déclaré compétent pour connaître d'une QPC posée directement devant lui en tant que juge électoral. Selon les articles 23-1 et 23-5 de l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil constitutionnel, les QPC sont recevables devant les juridictions qui relèvent du Conseil d'État ou de la Cour de cassation ou, devant ces cours suprêmes elles-mêmes. Ainsi, le Conseil n'est pas, selon une lecture littérale des dispositions constitutionnelles et organiques relatives à la QPC, une juridiction devant laquelle il est possible de poser une QPC lorsqu'il statue en matière électorale. Toutefois, dans la décision n° 2011-4538 SEN du 12 janvier 2012, le Conseil a accepté d'examiner une QPC qui lui avait été posée en tant que juge électoral. Cette

---

[200] Ainsi et par exemple, dans la décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle de la liberté d'accéder à Internet en se fondant sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, qui date de 1789 !

[201] V. par exemple la décision n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010 à l'occasion de laquelle le Conseil soulève d'office le grief tiré de l'atteinte par le législateur de l'étendue de sa compétence autorisant la violation du droit de propriété et déclare la disposition législative contestée contraire à la Constitution sans examiner les griefs invoqués par la requérante (cons. 4).

[202] Il s'agissait plus précisément de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 365 du code civil qui a pour a pour effet d'empêcher l'adoption d'un enfant mineur par le concubin ou le partenaire de son parent alors que cette adoption est possible lorsque les membres du couple sont mariés.

[203] Cass. Ass. plénière, 8 juillet 2010, n° 10-10.385.

interprétation extensive des textes qui lui donnent compétence s'explique sans doute par le fait qu'elle ne contredit nullement l'intention du législateur organique : les travaux préparatoires de la loi organique du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution précisent en effet que les termes utilisés dans le nouvel article 23-1 de l'ordonnance de 1958 relative au Conseil constitutionnel ne permettent pas de préjuger dans quelle mesure celui-ci pourrait, en tant que juge électoral, admettre une question de constitutionnalité directement soulevée devant lui et qu'il lui appartiendra de tirer lui-même les conséquences de la réforme constitutionnelle[204]. Par ailleurs, cette solution s'imposait eu égard à l'esprit de la réforme constitutionnelle de 2008, mais aussi pour des motifs de cohérence : le commentaire officiel de la décision du 12 janvier 2012 explique en effet et notamment qu'une autre solution aurait conduit à apporter des garanties moindres aux justiciables qui contestent l'élection d'un député ou d'un sénateur qu'à ceux qui contestent l'élection d'un conseiller municipal ou d'un conseiller général[205].

II. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A. Composition de la juridiction

❖ Le Conseil constitutionnel est une petite juridiction, qui compte au total moins d'une centaine de collaborateurs. Il est composé de neuf membres nommés et d'un nombre variable de membres de droit. Les anciens Présidents de la République sont en effet membres de droit à vie du Conseil constitutionnel dès la fin de leur mandat présidentiel, mais ils ne peuvent exercer leurs fonctions que s'ils n'exercent pas d'activités incompatibles avec cette fonction, comme par exemple être chef d'un parti politique ou élu. Les membres nommés le sont par le Président de la République, le Président de l'Assemblée nationale et le Président du Sénat qui nomment chacun trois membres. Plus précisément, tous les trois ans, les autorités de nomination nomment chacune un membre car le Conseil se renouvelle par tiers tous les trois ans. Le Président du Conseil constitutionnel est choisi par le Président de la République parmi les membres.

Les textes relatifs à la composition du Conseil constitutionnel ne posent aucune condition de compétence, aucune règle de parité, aucune exigence d'équilibre politique. Les neuf membres nommés du Conseil sont désignés quasi-discrétionnairement par les autorités de nomination. Il semble qu'en pratique elles veillent à respecter certains équilibres en matière d'âge, de sexe, de carrière politique ou juridique, *etc.* Autrement dit, c'est la mixité,

---

[204] Ass. nat., rapport n° 1898, fait au nom de la commission des lois par Jean-Luc Warsmann, p. 42.
[205] V. le commentaire de la décision sur le site Internet du Conseil constitutionnel, p. 10.

de manière générale, qui semble être recherchée : « hommes-femmes, tranche d'âge, passé professionnel »[206] ; « une majorité de juristes… ; des personnalités incontestables ; un certain mélange des générations »[207]. Mais il n'existe aucune garantie que ces équilibres seront bien respectés. Face aux critiques souvent émises et visant à établir que le Conseil est un organe politique en raison du caractère politique des règles qui président à la désignation de ses membres, ceux-ci rétorquent que tous les recrutements de juges constitutionnels sont politiques. À l'étranger, dans les pays qui associent le Parlement au choix des juges constitutionnels, ce sont finalement des tractations entre les partis politiques qui président à la nomination des juges constitutionnels[208]. En outre, le caractère politique de la nomination « ne signifie pas toujours appartenance univoque et allégeance définitive à un parti »[209], car « une fois au Conseil, l'étiquette politique n'a plus vraiment d'importance. Un membre est d'autant plus influent parmi ses pairs qu'il n'affiche pas de conduite partisane »[210].

Depuis 2008, il existe une procédure de contrôle sur les nominations des membres du Conseil constitutionnel. S'agissant du membre nommé par le Président de la République, il doit être auditionné par les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat. Le Président de la République ne peut procéder à la nomination envisagée si l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. S'agissant des membres nommés par les présidents des assemblées parlementaires, ils doivent être auditionnés par la commission des lois de l'assemblée concernée, qui peut également s'opposer à la nomination à une majorité des trois cinquièmes. Cette procédure permet de garantir que les conseillers constitutionnels aient un minimum de compétence juridique, sans apporter de garantie absolue. Elle apparaît en outre quelque peu incestueuse lorsqu'elle s'applique à des parlementaires, notamment car il peut arriver que certains aient été président de la commission qui les auditionne[211].

Il serait souhaitable, selon certains, d'instaurer une parité entre les juristes et les non juristes au sein du Conseil, mais il faudrait pour cela s'entendre précisément sur ce que l'on entend par juriste, dès lors que, ces dernières années, une très grande majorité des membres

---

[206] Jacqueline de Guillenchmidt, "Questions à Jacqueline de Guillenchmidt", *Le Figaro* 23-24 février 2013.

[207] François Luchaire, *Le Conseil constitutionnel*, t. 1, *Organisation et attributions*, 2ème éd., Economica, Paris, 1997, p. 71.

[208] En ce sens, v. par exemple Georges Vedel, "Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel", *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996, p. 540 ; Guillaume Drago, "Réformer le Conseil constitutionnel ?", *Pouvoirs* 2003/2, n° 105, p. 77.

[209] "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon, 2014, p. 109.

[210] Selon Guy Carcassonne interviewé par Marie-Amélie Lombard-Latune, *Le Figaro* 23-24 février 2013.

[211] C'est le cas de Jean-Jacques Hyest, membre du Conseil constitutionnel depuis octobre 2015.

du Conseil qui avaient fait une carrière essentiellement politique étaient des juristes en ce sens qu'ils disposaient d'un diplôme de droit. Ainsi, l'actuel président du Conseil se présente comme un juriste[212], alors qu'il est bien évident qu'il a eu une carrière avant tout politique : il a été Premier ministre et, jusqu'aux derniers jours avant sa nomination, il était ministre des affaires étrangères.

Si l'origine des juges constitutionnels est variée (juge, politique, universitaire, *etc.*), Nicole Belloubet note tout de même qu'ils « sont directement représentatifs de ce [qu'elle] appelerai[t] la noblesse de robe (magistrats ou professeurs) ou la noblesse élective (élus nationaux, dont certains présidents de chambre parmi les plus prestigieux ou locaux) »[213]. Et d'en conclure que les membres du Conseil appartiennent tous à une « certaine élite sociale, au sens de la qualité de l'approche intellectuelle et des modes de vie »[214].

Il faut tout de même remarquer que beaucoup de conseillers constitutionnels sont des anciens hommes ou femmes politiques, car leur présence est considérée comme très importante, notamment celle des parlementaires. De manière générale, les politiques permettent au Conseil d'opérer un contrôle empreint de réalisme, et pas seulement strictement juridique, ce qui est important lorsqu'il s'agit de juger la loi : les anciens hommes ou femmes politiques savent ce qu'il est possible de faire accepter par le législateur. De manière plus précise, les anciens parlementaires (ou fonctionnaires des assemblées) sont précieux, dans la mesure où la procédure parlementaire n'est réellement bien connue que par ceux qui ont eu à l'appliquer : ils arrivent ainsi à débusquer des problèmes de constitutionnalité que d'autres membres du Conseil n'auraient peut-être pas réussi à identifier. Il n'en reste pas moins que cette présence des politiques/parlementaires au sein du Conseil constitutionnel révèle la crainte diffuse du gouvernement des juges/juristes, d'un gouvernement par le droit. Il semblerait que le réalisme doive parfois l'emporter sur la stricte rigueur juridique, sans doute pour tenir compte de la volonté du législateur, qui reste le représentant de la volonté générale. La composition du Conseil reflète en tous cas cette volonté.

Quoi qu'il en soit de la diversité de leurs origines, il n'existe pas réellement de clivages au sein du Conseil entre les juristes et les politiques[215], les hommes et les femmes, les

---

[212] Il précise, dans un entretien avec le journal *Le Monde*, qu'il a débuté sa carrière au Conseil d'État ("La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016).

[213] "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon, 2014, p. 109.

[214] Ibid.

[215] Certains remarquent d'ailleurs que des membres ayant eu une carrière politique se comportent en juristes alors que des juristes se comportent parfois en hommes/femmes politiques ; autrement dit, les personnalités jouent parfois un rôle plus important que les clivages politiques.

anciens juges et les autres, *etc.* Il existe plutôt un clivage selon les critères suivants : pro-européens et souverainistes, partisans d'une économie libérale et partisans d'une économie administrée, tenants d'un État de droit et défenseurs d'un État plus libéral, partisans d'une jurisprudence liée par les précédents et défenseurs d'une jurisprudence plus souple, *etc.* L'âge est également un critère de différenciation entre les membres, tout comme la maîtrise des outils informatiques et d'Internet. Il est tout de même possible de noter que les anciens parlementaires ont une déférence plus importante vis-à-vis de la loi et que les anciens juges administratifs ne réagissent pas du tout de la même façon que les juges judiciaires à propos de certaines questions, dès lors que leur passé les a conduits à tisser plus de liens avec l'administration active tant les conseillers d'État sont parfois sollicités pour constituer les cabinets ministériels. Mais il faut bien comprendre que tous ces clivages sont aussi contingents : ils ne constituent pas des majorités qui se retrouvent à chaque décision ; les positions des uns et des autres évoluent, car ils ont aussi conscience qu'ils perdraient en crédibilité, en pouvoir de persuasion sur les autres membres, s'ils avaient des positions bien arrêtées.

En conclusion sur ce point, il importe de souligner la singularité de la présence au sein du Conseil constitutionnel des anciens Présidents de la République, en tant que membres de droit. Leur implication au sein du Conseil est différente de celle des membres nommés pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, à la différence des membres nommés, les membres de droit ne sont pas soumis à l'obligation de prêter serment, si bien que la question de leur devoir de réserve n'est pas tranchée de manière très claire ce qui explique qu'ils prennent parfois quelques libertés[216]. D'ailleurs, Jean-Louis Debré révèle la teneur d'une lettre que lui aurait adressé Valéry Giscard d'Estaing le 18 avril 2007 après qu'il avait publiquement apporté son soutien à Nicolas Sarkozy pour l'élection présidentielle : l'ancien Président de la République considère que la Constitution de 1958 laisse planer une « ambiguïté » sur les règles de conduite des anciens présidents lorsqu'ils deviennent membres du Conseil ; l'interprétation qu'il fait est « que les anciens Présidents de la République sont soumis aux règles de réserve du Conseil constitutionnel lorsqu'ils participent à ses travaux, et que pour le reste, il leur revient de s'exprimer en accord avec la conscience qu'ils ont tirée de la fonction qu'ils ont exercée » ; il lui paraît en conséquence « difficile d'affirmer, qu'en tant qu'ancien Président de la République, [il] serai[t] dans l'impossibilité de répondre aux interrogations des français sur les choix qu'ils ont à prononcer, et de [se] désintéresser [lui]-même des conséquences de ces

---

[216] V. les exemples donnés par Marie-France Verdier, "Les anciens présidents de la République membres de droit du Conseil constitutionnel : l'aporie d'un statut anachronique. Le passé a-t-il encore un avenir ?", *in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014, pp. 712-713.

choix »[217].

Ensuite, la participation des membres de droit aux décisions du Conseil constitutionnel est « minoritaire » ; en effet, pendant la période comprise entre le 28 mai 2010 et le 24 octobre 2012, les anciens Présidents de la République ont participé à seulement 10,70 % des décisions du Conseil[218]. Cette participation est en outre variable selon les anciens présidents concernés. Ainsi Valéry Giscard d'Estaing n'a jamais participé à un délibéré relatif à une QPC, mais a assisté à plus de la moitié des décisions DC rendues pendant la période considérée. À l'inverse, Nicolas Sarkozy n'a jamais participé à un délibéré relatif à une décision DC, mais seulement à des délibérations relatives à des QPC. Jacques Chirac a assisté indifféremment à des délibérés relatifs à des décisions DC ou QPC. Globalement, la participation de ces deux derniers aux décisions du Conseil constitutionnel est très faible. Ces trois anciens Présidents ont siégé au Conseil pendant la même période et pourtant ils n'auront jamais siégé ensemble, ce qui en dit long sur leur présence au Conseil.

Enfin, les anciens présidents ne sont jamais désignés comme rapporteurs ; s'il s'agit d'une règle prévue par l'ordonnance de 1958 relative au Conseil constitutionnel s'agissant des décisions relevant du contentieux électoral, il s'agit d'une coutume pour les autres décisions.

Ces différences d'implications entre les membres posent assurément problème, et la question de la suppression de la catégorie des membres de droit est un sujet récurrent. Le dernier président du Conseil constitutionnel, Laurent Fabius, a pris position en faveur de cette suppression[219]. Le Président sortant, Jean-Louis Debré, a lui-même pris publiquement position contre la présence des anciens Présidents au Conseil[220] et il dresse un portrait parfois peu flatteur de leur comportement en son sein[221]. Un projet de loi constitutionnelle relatif à la composition du Conseil et visant à supprimer, pour l'avenir, la catégorie de ces membres de droit a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 14 mars 2013 mais les travaux parlementaires devant aboutir à la révision de la Constitution n'ont jamais réellement été entamés à ce jour.

❖ S'agissant des services du Conseil qui participent à l'élaboration des décisions, il existe le secrétariat général, le service juridique, le service de la documentation et le greffe. Les juges constitutionnels français ne disposent en effet pas à proprement parler d'assistants.

---

[217] Cité par Jean-Louis Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 131.

[218] Toutes les statistiques qui suivent ont été établies par Céline Hodora ("Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel. Retour sur le regain d'une controverse ancienne", *in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014, pp. 918 à 920).

[219] "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016.

[220] *Ce que je ne pouvais pas dire*, Robert Laffont, 2016, p. 108.

[221] *Ibid.* p. 76.

Plus exactement, ils ne disposent pas d'assistants personnels mais sont assistés de manière collective par ces différents services.

Le secrétaire général est un personnage central de l'institution, qui a des compétences autant administratives que juridiques. Les règles présidant à la nomination du secrétaire général font l'objet de certaines critiques. C'est tout d'abord la règle posée par l'article 1er du décret n° 59-1293 du 13 novembre 1959 et selon laquelle le Président de la République nomme le secrétaire général du Conseil constitutionnel sur « proposition du président du Conseil constitutionnel » qui est critiquée. Le secrétaire général apparaît ainsi et avant tout comme l'homme du président du Conseil constitutionnel, ce qui accroit l'influence de celui-ci[222]. Pour re-collégialiser le Conseil constitutionnel, la solution pourrait être de confier un pouvoir de proposition ou de veto aux membres du Conseil ; il faudrait à tout le moins que les membres soient consultés sur le choix du secrétaire général, étant donné qu'il est censé être à leur service. Fait ensuite l'objet de certaines critiques la règle coutumière selon laquelle le secrétaire général est choisi parmi les membres du Conseil d'État, à une exception près depuis 1959. Le respect de cette règle est considéré comme de nature à permettre que le Conseil d'État exerce une forme de tutelle sur le Conseil constitutionnel et certains de s'étonner que les présidents successifs du Conseil aient permis à cette coutume de s'installer[223]. De fait, l'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel est manifeste : un certain nombre de techniques contentieuses employées par le juge administratif ont été reprises par le Conseil constitutionnel, comme le contrôle de l'erreur manifeste ou le contrôle de proportionnalité.

Le service juridique est historiquement composé de trois personnes : l'une issue des juridictions judiciaires, l'autre issue des juridictions administratives et la dernière issue des services d'une assemblée parlementaire ; depuis janvier 2016, une quatrième personne complète le service juridique qui est chargée de mission pour la question prioritaire de constitutionnalité. Le service de la documentation compte sept personnes[224], et un nombre variable de stagiaires, qui sont généralement des doctorants. Font également partie du service de la documentation, depuis l'entrée en vigueur de la QPC, des "juniors" qui sont chargés d'assister le Conseil pour le contentieux de la QPC et qui sont des maîtres de conférence des Universités, de droit public ou de droit privé ; leur nombre varie entre deux et quatre de manière simultanée. Le service du greffe compte deux personnes.

L'entrée en vigueur de la QPC n'a pas conduit à une profonde réorganisation des services du Conseil, mais seulement à un renforcement de certains d'entre eux. Le service de

---

[222] Pour plus de précisions sur la présidentialisation du Conseil constitutionnel, v. *infra*.

[223] Olivier Beaud, "Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel", *AJDA* 2015.1009.

[224] Il s'agit d'un chef de service, de quatre documentalistes, d'une aide documentaliste et d'un webmestre.

la documentation a été renforcé grâce aux “juniors”. Il semble également qu’il y ait plus de stagiaires qu’auparavant ; ils sont notamment chargés du contrôle de la qualité des décisions, des commentaires, des dossiers documentaires, des communiqués de presse, *etc.* Le service du greffe et le service juridique ont également été renforcés, chacun par un membre supplémentaire, mais cela ne s’est pas fait de manière concomitante avec l’entrée en vigueur de la QPC.

B. RÔLE ET INFLUENCE RESPECTIFS DE CHACUN DES ACTEURS DE LA JURIDICTION

❖ Le Président a un rôle tout à fait fondamental au sein du Conseil constitutionnel. Tout d’abord, il a une voix prépondérante en cas de partage des voix. Ensuite, il désigne le secrétaire général, dont l’importance est fondamentale, ainsi que cela sera examiné ci-après. Surtout, il préside les débats lors des audiences comme des délibérés. À ce sujet, il est possible de remarquer que Jean-Louis Debré n’a pas souhaité que les membres du Conseil puissent poser des questions aux avocats des parties ou au représentant du secrétariat général du Gouvernement lors des audiences QPC, ce qui a conduit à leur conférer un caractère quelque peu statique. Le nouveau président du Conseil a souhaité renforcer leur dynamique et désormais les membres du Conseil peuvent s’exprimer et interroger les diverses parties, ce qui accroit certainement la juridictionnalisation du Conseil. Enfin, il choisit le rapporteur pour chaque affaire. Cette désignation se fait de manière discrétionnaire, même si certaines règles peuvent guider son choix, comme le souci d’établir un roulement équitable ou de tenir compte des spécialités de chaque membre. Ainsi et notamment, les lois de finances et de financement de la sécurité sociale sont toujours confiées au même rapporteur, pendant au moins quelques années, car le contrôle de ces lois représente un certain investissement qu’il convient d’amortir. Il n’en reste pas moins que le caractère discrétionnaire du choix du Président dans la désignation du rapporteur prête le flanc à la critique dans la mesure où un Président finit par connaître la sensibilité des membres et l’attribution de la fonction de rapporteur peut ainsi s’avérer stratégique. En d’autres termes, le choix du rapporteur peut servir au Président pour orienter, autant que faire se peut, une décision, et cela confirme la prépondérance du Président au sein du Conseil constitutionnel, qui tient sans doute à la pratique de nommer à ce poste des anciens hommes politiques et mêmes des anciens ministres ayant eu des responsabilités importantes, même s’il faut bien reconnaître que cette prépondérance dépend largement de la personnalité du Président et de son investissement dans la juridiction.

❖ Le rapporteur a une importance variable, selon sa personnalité, son expérience passée, ses rapports avec le secrétariat général et le service juridique. Ainsi et par exemple, selon que le rapporteur est un ancien juge ou un ancien parlementaire, il pèsera plus ou moins dans la préparation de la décision. Les premiers sont en effet habitués à travailler seuls et à rédiger eux-mêmes les projets de décision alors que les seconds ont eu l’habitude d’être assistés par les services des assemblées et par leurs divers collaborateurs, ce qui peut créer une dépendance plus grande vis-à-vis des services du Conseil, dont l’importance est en toute hypothèse notable, comme cela sera précisé ci-après.

Le rôle du rapporteur, qu'il soit aidé ou non par le service juridique, peut être très important par rapport à celui des autres membres, dès lors qu'il leur distribue le projet de décision qu'il a élaboré seulement 48 heures avant le délibéré. Les autres membres ont ainsi peu de temps pour tenter d'apporter une contradiction au projet de révision, de réorienter l'idée qu'a eue le rapporteur (et le service juridique), au moins sur certains points. Autrement dit, la collégialité du Conseil pourrait être renforcée si le projet de décision était distribué plus tôt par le rapporteur[225], mais les délais dans lesquels l'instruction est menée ne le permettent pas toujours.

Il n'y a jamais eu au sein du Conseil de discussion collégiale sur ce que doit contenir un rapport, si bien que les rapporteurs sont assez libres pour préparer leurs rapports qui sont dès lors très différents les uns des autres. Certains rapporteurs font figurer dans le rapport des éléments de contexte, des éléments sociologiques, *etc.* ; d'autres sont très réfractaires à l'utilisation de tout élément qui pourrait permettre au Conseil de concrétiser son contrôle. Les éléments utilisés par tel ou tel rapporteur peuvent se deviner car ils sont généralement repris dans le dossier documentaire qui est joint à chaque décision.

❖ Concernant les services, il faut certainement souligner le rôle tout à fait fondamental du secrétaire général dans la fabrication des décisions. Aidé du service juridique, il participe activement à leur conception. En effet, dès le début de l'instruction, le service juridique élabore une note, qui présente tous les problèmes posés. Le rapporteur dispose de cette note assez rapidement et dès qu'il approuve le sens de la note, le secrétaire général et le service juridique préparent le premier projet de décision. C'est ainsi le service juridique qui rédige principalement les décisions, ce qui présente l'avantage d'avoir une certaine harmonisation dans l'écriture, mais ce qui comporte l'inconvénient de favoriser son importance dans l'élaboration de la décision. Ainsi et par exemple, selon la personnalité du secrétaire général sous l'autorité duquel le service juridique travaille, ce projet peut être plus ou moins ouvert, en ce sens qu'il peut, pour chaque problème juridique soulevé, trancher dans un sens déterminé ou proposer les différentes solutions envisageables. Si le rapporteur est en désaccord avec la note, le projet de décision sera plus difficile à élaborer. Ce projet de décision est donné aux autres membres de la juridiction deux jours avant le délibéré environ, et l'opinion de chacun est recueillie. Les membres qui envisagent de rejeter le projet de décision, en tout ou en partie, doivent le signaler pendant cette phase de l'instruction pour que des projets alternatifs puissent être préparés avant le délibéré, ce qui évite de rédiger à la hâte des éléments de décision sur le siège.

---

[225] Il faut noter que le Conseil a tout de même progressé en la matière car à une certaine époque les membres du Conseil découvraient les projets de décision sur le siège.

L'influence du secrétaire général est d'autant plus grande qu'il peut être associé, par le Président, à la désignation du rapporteur. Étant donné que le rapporteur est ensuite amené à collaborer avec le secrétaire général et le service juridique pour rédiger le projet de décision, le choix du rapporteur peut également être stratégique de la part du secrétaire général. Mais il n'est pas possible de généraliser à ce sujet car tout dépend de la place que le Président entend laisser à son secrétaire général, et cela peut varier d'un Président à l'autre voire, pour un même Président, d'un secrétaire général à l'autre.

Il est possible de s'interroger sur le poids du service juridique et du secrétaire général dans la confection des décisions. Les membres du service juridique travaillent de manière très collégiale, tandis que les conseillers constitutionnels se retrouvent assez esseulés, ce qui crée un déséquilibre. À une certaine époque, le service juridique désignait l'un de ses membres pour travailler en duo avec le rapporteur ; il y avait donc une collaboration plus égalitaire entre le service juridique et le rapporteur. Ces dernières années, le rapporteur se retrouve seul face à une équipe structurée et solidaire. Il ne s'agit pas de remettre en cause la qualité des personnes qui composent le service juridique ; il s'agit d'un problème systémique, qui semble lié à différentes contraintes qui pèsent sur le Conseil. Cette organisation très centralisée autour d'un secrétaire général et d'un service juridique semble en effet justifiée par le fait que tous les membres ne sont pas obligatoirement des juristes, mais aussi et peut-être surtout par le caractère bref des délais dans lesquels le Conseil doit statuer qui interdit, par souci d'efficacité et de diligence, que l'on multiplie le nombre d'assistants. Il n'en reste pas moins qu'il peut être très mal vécu par certains membres qui souhaiteraient pouvoir être assistés de collaborateurs qu'ils choisiraient personnellement et qui leur seraient directement rattachés. En l'état actuel, l'absence d'assistants personnels interdit aux juges de construire des raisonnements alternatifs à ceux préparés par le service juridique. Cela est valable pour le rapporteur car le service juridique lui propose un projet de décision très tôt pendant la phase de l'instruction. Cela est aussi et *a fortiori* valable pour les autres membres car, comme cela a déjà été précisé, car le projet de décision leur est distribué très tard pendant la phase d'instruction.

Pendant le délibéré, le secrétaire général et le service juridique n'ont en revanche et en principe aucune influence car ils ne peuvent pas prendre la parole. Ils peuvent uniquement répondre à une question qui leur serait posée par le Président pour éclairer les membres sur tel ou tel point précis. Il est toutefois arrivé à certains membres de remarquer que le secrétaire général fait passer au Président des éléments de langage pendant le délibéré. Mais cela varie considérablement en fonction de la personnalité du secrétaire général autant que de celle du Président.

III. Procédure

A. Collégialité

❖ Les décisions rendues par le Conseil sont préparées de manière faiblement collégiale ainsi que cela a déjà été suggéré. C'est avant tout le rapporteur, assisté par le secrétaire général, le service juridique et le service de la documentation, qui prépare les décisions. Les projets de décisions sont tout de même envoyés aux membres avant le délibéré et des discussions peuvent ainsi s'engager entre les membres de manière informelle, à deux ou plus. Des discussions peuvent également avoir lieu entre le secrétaire général, les juristes et les membres. Ces discussions de couloir peuvent apparaître gênantes car elles ne réunissent jamais tous les membres, mais elles sont néanmoins très utiles pour la construction des décisions et des positions des uns ou des autres. Les membres peuvent également et bien évidemment assister aux réunions qui sont organisées par le rapporteur, pendant l'instruction, avec les représentants du secrétariat général du gouvernement[226], les experts ou les *amicus curiae*. Le travail collégial semble moins approfondi dans le contentieux de la QPC que dans le contentieux *a priori*, car les questions prioritaires de constitutionnalité sont souvent très techniques et donnent ainsi moins l'occasion d'avoir des débats généraux entre tous les membres.

Pour renforcer la collégialité au sein du Conseil en amont des délibérés, il serait souhaitable de développer la démarche dite des séances blanches, c'est-à-dire de « temps de réflexion collectifs […], au sein du Conseil, sur des sujets d'importance majeure ou d'éventuelles évolutions jurisprudentielles, et ce indépendamment d'affaires en instance de traitement »[227]. De telles séances sont parfois organisées[228], mais elles restent rares.

Si la collégialité des membres du Conseil est assez faible pendant la phase d'instruction, elle est inversement très importante au niveau des services. Ainsi que cela a déjà été précisé, les délais brefs dont dispose le Conseil pour statuer créent un sentiment d'urgence et cela influence de manière extrêmement importante l'organisation interne du Conseil autant que la procédure suivie pour élaborer une décision. Les autres juges ont le temps d'écrire une

---

[226] Pour chaque décision DC, le Conseil constitutionnel envoie un questionnaire au secrétariat général du Gouvernement qui est ensuite invité au Conseil pour y répondre.

[227] Nicole Belloubet, "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", *in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014, p. 114.

[228] Jean-Louis Debré révèle qu'avant même que le Conseil constitutionnel soit saisi du projet de loi de finances pour 2013, il avait organisé une séance informelle pour que les membres du Conseil constitutionnel « réfléchissent ensemble au caractère confiscatoire de l'impôt et à la rétroactivité fiscale » (*Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont, p. 136).

décision, d'y réfléchir, d'y revenir quelque temps plus tard… Ce n'est pas le cas du Conseil constitutionnel qui doit instruire, rédiger puis prendre une décision dans des délais très courts. Pour compenser ce handicap, le Conseil utilise donc l'hyper-collégialité au niveau de ses services. Ainsi, le service juridique est composé de personnes ayant un profil varié[229] pour que la diversité de leurs origines et de leurs expériences autorise une confrontation des points de vue constructive et minimise les chances d'oublier un problème important. Par ailleurs, ce service fonctionne de manière très collégiale : ses membres préparent les projets de décision ensemble et se relisent les uns les autres dès qu'ils envisagent d'y apporter une modification. Et même au-delà du service juridique, toutes les compétences sont utilisées pour faire en sorte que les décisions soient rendues à temps et correctement, si bien qu'un simple stagiaire peut poser une question et elle sera examinée par le service juridique, même la veille du délibéré.

❖ Pendant le délibéré, la collégialité est naturellement présente. Elle semble ne pas être considérée comme un poids mais comme une aide. Peut tout d'abord en témoigner le fait que l'identité du rapporteur est gardée secrète : c'est le Conseil qui écrit ses décisions et pas l'un de ses membres en particulier, si bien que celui-ci est préservé d'éventuelles pressions qui pourraient être exercées sur lui, surtout dans le cadre du contentieux *a priori*. Ensuite, la collégialité semble gage de qualité. Dominique Schnapper considère ainsi qu'« une décision qui est le produit d'une réflexion collective a des chances d'être de meilleure qualité »[230] ; elle ajoute que s'il a existé un progrès de la qualité des décisions, c'est grâce à une évolution de la qualité des délibérations[231]. Nicole Belloubet estime également que la collégialité est un gage de qualité : elle pense que les trois dernières femmes nommées avaient précédemment un expérience soit de gestion au sein de la haute fonction publique, soit de responsabilité au sein de la magistrature et qu'« elles ne peuvent ni avoir perdu le goût du travail en équipe, ni faire semblant d'ignorer la qualité des travaux et des relations qui en résulte »[232].

B. CONTRADICTOIRE

Au Conseil constitutionnel, il faut distinguer, s'agissant du principe du contradictoire, entre le contentieux *a priori* et le contentieux *a posteriori*.

Dans le contentieux *a priori*, le principe de contradictoire est très frustre. Il y a un échange par voie de mémoire entre les saisissants et le secrétariat général du Gouvernement,

---

[229] V. *supra*.

[230] Dominique Schnapper, « Les 'anciens' du Conseil constitutionnel : réflexions sur l'appartenance à une juridiction » [entretien], *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2010, p. 34

[231] Idem.

[232] "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon, 2014, p. 114.

qui défend la loi. Il arrive au Conseil d'entendre des sachants, des *amicus curiae*, mais leur audition n'est pas soumise au contradictoire. Les portes étroites ne sont pas non plus réellement soumises au contradictoire ; plus précisément, elles ne sont pas en tant que telles soumises au contradictoire mais elles peuvent nourrir le questionnaire adressé par le Conseil au secrétariat général du Gouvernement qui y répond ainsi indirectement. Le problème est qu'il existe d'autres personnes qui pourraient avoir intérêt à réagir, mais qui ne sont pas forcément au courant du fait qu'une porte étroite a été envoyée et encore moins de son contenu. Les portes étroites ne peuvent ainsi pas être contrebalancées. Cette question révèle le problème que pose l'inexistence d'un règlement intérieur pour formaliser la procédure suivie dans le cadre du contentieux *a priori*. Dès l'entrée en vigueur de la QPC a été mis en place un règlement intérieur pour organiser cette nouvelle procédure, mais s'agissant du contentieux DC, il n'a toujours pas été réglementé.

Dans le contentieux *a posteriori*, le contradictoire fonctionne pleinement pour mettre la QPC en conformité avec les exigences du droit à un procès équitable protégé par la Cour européenne des droits de l'Homme. De ce point de vue, la QPC a juridictionnalisé le Conseil constitutionnel. Ainsi, les mémoires des parties sont soumis au contradictoire, ainsi que tous les éléments de l'instruction que le Conseil a réunis, comme par exemple, à l'occasion de l'instruction de la décision dite "*Garde à vue*"[233], les diverses statistiques que le Conseil avait demandées au Gouvernement pour apprécier le changement des circonstances justifiant qu'il réexamine des dispositions législatives dont il avait pourtant déjà reconnu la conformité à la Constitution. Lorsque le Conseil, à l'occasion de l'instruction, envisage de soulever un moyen d'office, il doit le soumettre au contradictoire. Ce moyen peut ensuite ne pas être soulevé d'office dans la décision si le Conseil estime finalement qu'il n'était pas pertinent. Les visas de la décision font alors néanmoins état du fait que le Conseil a soumis au contradictoire un moyen qu'il a envisagé de soulever d'office[234].

Cette différence entre le contentieux *a priori* et le contentieux *a posteriori* n'est pas très bien vécue en interne : membres du Conseil comme membres de ses services ressentent une certaine frustration dans le cadre du contentieux *a priori* depuis qu'ils ont pleinement expérimenté, dans le contentieux *a posteriori*, un certain nombre de procédures garantissant le droit à un procès équitable, qui ne se limitent d'ailleurs pas au contradictoire. Ils regardent désormais plus sévèrement les pratiques suivies de longue date dans le cadre du contentieux *a priori*.

Le contradictoire pourrait être amené à se renforcer encore dans le cadre du

---

[233] Décision n° 2010-14 QPC du 30 juillet 2010.

[234] V. par exemple les visas de la décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011 qui précisent que, par une lettre du 11 avril 2011, le Conseil a soumis aux parties un grief susceptible d'être soulevé par lui.

contentieux *a posteriori* dès lors que, depuis quelques mois, ainsi que cela a déjà été précisé, les conseillers constitutionnels peuvent prendre la parole à l'audience et poser des questions aux parties. Il semble ainsi possible d'envisager que des débats plus orientés puissent avoir lieu et que cela favorise l'émergence d'éléments nouveaux lors de l'audience et qu'il faille dès lors autoriser les parties à produire une note en délibéré, à l'image de ce qui se passe dans le contentieux administratif. La question de la soumission au contradictoire de la décision prise par le Conseil d'accepter ou de refuser une intervention fait en outre actuellement l'objet de débats au sein du Conseil ; il semble en effet peu satisfaisant que les interventions soient acceptées ou refusées par une simple lettre du secrétaire général, non motivée et non soumise au contradictoire[235]. Se pose enfin la question de la soumission au contradictoire des éléments d'information que le service de la documentation du Conseil constitutionnel recherche pendant la phase de l'instruction ; il pourrait être envisagé de créer un dossier dématérialisé auquel les parties pourraient avoir accès, mais rien n'est encore organisé en ce sens pour le moment.

C. PUBLICITÉ

Les décisions du Conseil sont publiées sur son site Internet le jour-même où elles sont rendues, en plus d'être publiées au *Journal officiel*. Elles sont accompagnées, sur le site Internet du Conseil, d'un certain nombre de documents : le communiqué de presse, qui est rédigé par le secrétaire général ou le service juridique, et donc pas par un communiquant, ce qui peut expliquer certaines incompréhensions des décisions par la presse généraliste ; un commentaire, qui est en fait la note établie par le service juridique et le secrétaire général pendant la phase d'instruction et qui est retouchée pour en retrancher les éléments qui n'ont finalement pas été retenus ; le dossier documentaire, qui est établi par le service de la documentation et qui est en fait le document qui a servi à tous les conseillers pendant la phase d'instruction, étant entendu que là aussi en sont retranchés les éléments qui n'ont finalement pas été utilisés pour prendre la décision. Les décisions du Conseil sont également accompagnées des saisines par les députés et/ou les sénateurs et les observations en réponse du Gouvernement dans le contentieux *a priori* ; dans le contentieux *a posteriori* est seule publiée la décision de transmission de la QPC par les cours suprêmes, et non les mémoires des parties. Celles-ci ont la possibilité, si elles le souhaitent, de rendre leur mémoire public, mais pour le moment le Conseil n'a pas estimé nécessaire de procéder à cette publication lui-même, sans doute parce que la motivation des mémoires QPC est reprise par les décisions de

[235] Pour plus de développements sur les insuffisances de la procédure concernant la recevabilité des interventions dans le contentieux de la QPC, v. Anna-Maria Lecis Cocco-Ortu, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, thèse précitée, §§ 911 ss.

renvoi des cours suprêmes et aussi parce que les plaidoiries des avocats sont publiques et qu'il en existe même un enregistrement vidéo qui peut être librement consulté sur le site Internet du Conseil constitutionnel. Il faut effectivement préciser que toutes les audiences QPC sont filmées et mises en ligne. Bien évidemment et *a fortiori*, les portes étroites ne sont pas publiées par le Conseil constitutionnel, même lorsqu'il les utilise pour rendre sa décision. Certes, comme les auteurs des QPC, les auteurs de ces saisines officieuses sont libres de les rendre publiques, mais certains membres semblent regretter ce manque de procéduralisation les concernant[236]. Une évolution semble possible dès lors que le Conseil a annoncé, dans un communiqué de presse publié en février 2017, qu'il publiera désormais « la liste des contributions extérieures […] en même temps que sa décision »[237].

Les décisions que le Conseil constitutionnel considère comme les plus importantes sont aujourd'hui traduites. La traduction favorise le dialogue des juges et c'est important car si le Conseil veut que les juges étrangers s'intéressent à ce qu'il fait – comme lui s'intéresse à ce que font les juges étrangers – il faut qu'il fasse l'effort de traduire ses décisions.

À propos du commentaire de ses décisions publié par le Conseil, il pose autant de problèmes qu'il offre des perspectives. Tout d'abord, les membres n'ont aucun droit de regard à son sujet, ce qui peut poser problème car parfois le commentaire donne plus de précisions que la décision, et même des précisions dont les membres ne souhaitent pas nécessairement qu'elles soient divulguées. D'un autre côté, faute d'opinions séparées[238], le commentaire officiel pourrait être utilisé pour refléter un certain nombre de débats qui ont eu lieu pendant le délibéré, mais ce n'est pas la pratique aujourd'hui.

De manière plus générale, le Conseil constitutionnel publie sur son site Internet un nombre non négligeable d'informations pratiques, diffuse la traduction de ses décisions les plus importantes, donne accès à un certain nombre d'informations doctrinales. Il faut par ailleurs noter que le Conseil constitutionnel publie une revue, intitulée *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* qui lui permet également de communiquer sur ses décisions.

C'est principalement à propos du contentieux *a posteriori* que le site Internet du Conseil constitutionnel est riche d'informations. Mises à part celles destinées au grand public ou aux avocats peu familiers du contrôle de constitutionnalité et qui présentent de manière générale la QPC, le Conseil publie dans la rubrique « Ressources sur la question prioritaire de constitutionnalité » deux tableaux : l'un recense toutes les dispositions qu'il a déclarées

---

[236] À propos de l'opportunité de publier les portes étroites, v. le rapport précité de Denys de Béchillon.

[237] http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2017/communique-sur-les-contributions-exterieures.148638.html

Pour une première application de cette décision, v. la décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017.

[238] À ce sujet, v. *infra*.

conformes à la Constitution et l'autre récapitule toutes les décisions de non-renvoi des QPC par les cours suprêmes. Le premier est particulièrement utile pour les praticiens du droit car l'ordonnance organique de 1958 relative au Conseil constitutionnel modifiée pose, entre autres conditions de filtrage des QPC, l'absence de déclaration préalable de conformité à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil de la disposition législative critiquée. Ainsi, le justiciable qui envisage de déposer une QPC à propos d'une disposition législative peut aisément vérifier que celle-ci n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil et que sa QPC a ainsi une chance d'être filtrée positivement. Le second est également utile aux justiciables car il permet de savoir quelles sont les QPC qui n'ont pas été adressées par les cours suprêmes au Conseil et surtout de prendre connaissance, en un clic, des raisons qui ont conduit ces cours suprêmes à ne pas transmettre une QPC au Conseil constitutionnel[239]. Là aussi, les outils sont donnés aux justiciables pour estimer leurs chances de voir la QPC qu'ils souhaitent poser transmise au Conseil. Ce tableau donne en revanche moins de certitudes que le premier, car ce n'est pas parce qu'une QPC n'a pas été transmise par une cour suprême dans la mesure où elle a estimé que la question de constitutionnalité posée n'est pas sérieuse, que cette même cour suprême n'acceptera pas de changer d'avis et de considérer finalement comme sérieuse une question de constitutionnalité qu'elle avait précédemment rejetée ; les décisions de non-transmission ne sont en effet pas revêtues de l'autorité de chose jugée.

Les tableaux que publient le Conseil ont ainsi et principalement un objectif pratique : ils doivent servir aux avocats et aux juridictions du filtre pour savoir ce qui peut être contesté par la voie d'une QPC et ce qui peut ainsi être transmis au Conseil d'État ou à la Cour de cassation puis au Conseil constitutionnel. Le Conseil semble soucieux d'aider les juridictions du filtre, pour que leur collaboration au contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* se passe dans les meilleures conditions. Cependant, toutes les informations utiles aux sujets de droit ne figurent pas sur le site du Conseil et il est ainsi possible de regretter qu'il n'existe pas de tableau récapitulant les différentes réserves d'interprétation qui ont été émises par le Conseil constitutionnel, tant dans le contentieux *a priori* que dans le contentieux *a posteriori*.

D. CÉLÉRITÉ

Ainsi que cela a déjà été évoqué à différentes reprises, la célérité de la procédure caractérise le contentieux constitutionnel français. En DC, le Conseil a en principe un mois pour rendre sa décision ; dans le contentieux de la QPC, il dispose de trois mois. Parfois, le délai dont dispose le Conseil est encore plus court ; c'est principalement le cas pour le

[239] Ce tableau renvoie en effet à toutes les décisions de non-renvoi des cours suprêmes, soit sur leur propre site Internet, soit sur Légifrance.

contrôle des lois de finances et de financement de la sécurité sociale car le Conseil est au mieux saisi dans le courant du mois de décembre et il doit rendre sa décision avant le 1er janvier pour que ces lois puissent entrer en vigueur pour l'année qu'elles concernent. La contrainte de temps est énorme et influe tant sur l'organisation interne du Conseil que sur les procédures mises en place. Ainsi et par exemple, pour assurer le bon fonctionnement de la QPC, le Conseil a complètement dématérialisé la procédure[240] et réorganisé quelque peu ses services. La contrainte de temps explique par ailleurs que le Conseil recourt finalement peu à des mesures d'instruction et que c'est le service de la documentation qui apporte un grand nombre d'informations, soit spontanément, soit sur sollicitation du service juridique ou des membres. Ces informations sont relatives à la jurisprudence antérieure du Conseil, à la jurisprudence des juges ordinaires, à la jurisprudence des cours étrangères et européennes, à la doctrine, aux débats parlementaires, *etc.* La contrainte de temps explique également en grande partie le faible nombre de renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne, étant entendu que la procédure de renvoi à la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas encore entrée en vigueur ; de fait, à l'occasion du seul renvoi qu'il a fait et alors même que la Cour de Luxembourg lui a répondu dans des délais exceptionnellement brefs, le Conseil a été obligé de rendre sa décision quelques jours après le délai de trois mois qui lui est normalement imparti[241].

Il est possible de regretter que la contrainte de temps n'ait pas conduit à mettre en place des procédures particulières, par exemple pour les lois financières ou pour les affaires qui ont soit une faible soit à l'inverse une grande importance. À l'heure actuelle, toutes les affaires sont traitées de la même manière, alors que pour certaines la solution est plus ou moins évidente et que pour d'autres les enjeux ou les difficultés soulevés sont conséquents. Les affaires les plus simples pourraient être traitées rapidement, ce qui dégagerait du temps pour les affaires les plus compliquées ou importantes. Il serait par exemple possible que la durée du rapport, en début de séance, varie en fonction de l'importance de l'affaire, tout comme la densité des audiences QPC. Mais il faudrait que les conseillers soient en mesure d'identifier l'intérêt d'une affaire assez tôt et de formaliser cette identification. Or la vie collégiale du Conseil ne semble pas assez importante à l'heure actuelle pour permettre cela. Par ailleurs, en QPC, l'audience a lieu trop tardivement : pour les affaires les plus

---

[240] L'article 3 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité précise qu'« au cours de l'instruction, les actes et pièces de procédure ainsi que les avertissements ou convocations sont notifiés par voie électronique » ; mais il est également possible au secrétariat général du Conseil, « en tant que de besoin et pour garantir le caractère contradictoire de la procédure [de] recourir à tout autre moyen de communication »

[241] Le Conseil avait été saisi par la Cour de cassation le 27 février 2013 et il a rendu sa décision le 14 juin (décision n° 2013-314 QPC).

importantes, il faudrait plus de temps entre l'audience et le délibéré, ce qui permettrait au rapporteur de soumettre son projet de décision plus tôt qu'à l'heure actuelle aux autres membres et ainsi à ces derniers de mieux préparer la délibération, notamment dans le cas où ils ne seraient pas d'accord avec ce que propose le rapporteur. La pratique n'est pas du tout celle-ci actuellement, mais certains membres envient la façon de faire des cours étrangères qui font circuler les projets de décisions entre les membres et qui les modifient progressivement au fur et à mesure des remarques formulées par tel ou tel membre.

En l'absence de procédures permettant au Conseil de traiter différemment les décisions, il lui arrive, en pratique, d'aménager son agenda en fonctions des nécessités. En effet, si le Conseil examine en principe les requêtes par ordre d'enregistrement, il peut lui arriver de faire passer une QPC avant d'autres, ou de rendre une décision DC dans des délais beaucoup plus courts que ceux dont il dispose. Ainsi et par exemple, pour répondre à la QPC posée relative à la contestation des règles organiques organisant la publication et la qualité des citoyens élus habilités à parrainer un candidat à l'élection présidentielle[242], le Conseil a accéléré sensiblement la procédure puisque cette QPC lui a été adressée par le Conseil d'État le 2 février 2012 et sa décision date du 22 février de sorte qu'ont pu être levés tous soupçons d'inconstitutionnalité des dispositions organiques relatives au parrainage des candidats à l'élection présidentielle suffisamment longtemps avant la date limite d'envoi des parrainages qui avait été fixée au 16 mars 2012. Il peut également arriver que le Conseil retarde le plus possible le traitement d'une QPC pour se consacrer au contentieux *a priori* dans la mesure où il doit rendre les décisions DC dans un délai plus bref que les décisions QPC ; c'est principalement le cas l'été car le Conseil est souvent saisi de plusieurs lois adoptées pendant la session extraordinaire du Parlement qui a généralement lieu au mois de juillet et il reporte ainsi à la rentrée l'examen des QPC pour se dégager du temps pour le contrôle *a priori*. Parfois, le Conseil ne peut pas avancer ou reculer la date à laquelle il doit rendre une décision, alors même que le moment pour la rendre peut apparaître inopportun. Ainsi et par exemple, il a dû rendre sa décision relative au délit de harcèlement sexuel entre les deux tours de l'élection présidentielle, soit le 4 mai 2012[243]. En 2004, le Conseil avait expérimenté une technique pour éviter que l'une de ses décisions ne soit rendue à un moment qu'il jugeait inopportun : il avait non pas reculé la date à laquelle il devait prendre sa décision, mais retardé la publication de cette décision et organisé une conférence de presse pour s'en expliquer[244].

---

[242] Décision n° 2012-233 QPC du 22 février 2012.

[243] Décision n° 2012-240 QPC.

[244] Il s'agissait alors de la décision n° 2004-496 DC qui modifiait de manière importante les rapports entre le droit constitutionnel national et le droit de l'Union européenne, dans le sens d'une plus grande intégration de ce

E. IMPARTIALITÉ

L'impartialité des membres du Conseil constitutionnel est garantie par leur statut, c'est-à-dire principalement par leur inamovibilité, par le caractère long et non renouvelable de leur mandat, par les différentes incompatibilités avec la qualité de membre du Conseil constitutionnel. Cependant, l'idée de l'apparence de l'impartialité n'est pas toujours dans la culture des membres du Conseil qui sont des anciens parlementaires et qui n'hésitent ainsi pas à accepter de dîner ou d'avoir des conversations téléphoniques avec certaines personnes dont on peut penser qu'elles pourraient avoir intérêt à ce qu'une décision que le Conseil va prendre aille dans tel ou tel sens. Ainsi et par exemple, Jean-Louis Debré a accepté de déjeuner avec Nicolas Sarkozy, lorsque celui-ci était Président de la République et alors que la loi sur la rétention de sûreté allait être examinée par le Conseil ; ce dernier lui a alors fait part de l'importance que cette loi représentait pour lui et même de son souhait que le Conseil la valide à tout prix[245]. Il en ressort un sentiment de proximité avec le pouvoir exécutif[246], qui peut faire douter de l'impartialité du Conseil constitutionnel.

À propos de l'impartialité dans la procédure contentieuse suivie au Conseil constitutionnel, il faut noter que c'est le secrétariat général du Gouvernement – et non le Parlement ou les commissions parlementaires – qui défend la loi face aux saisissants ou aux parties. Le Conseil a eu l'occasion d'inviter le Parlement à venir défendre la loi contestée mais sa demande a été très rarement acceptée[247] ; elle aurait même été mal perçue par les parlementaires, ceux-ci se refusant à devenir en quelque sorte de simples justiciables devant le Conseil constitutionnel. Le Gouvernement joue donc le rôle d'avocat commis d'office. Or, on peut soupçonner le secrétariat général du Gouvernement de n'être pas forcément tout le temps disposé à défendre la loi de manière convaincante, car il peut se trouver en face d'amendements introduits par des parlementaires contre l'avis du Gouvernement. Si l'on ne peut conclure à l'absence d'impartialité du secrétariat général du Gouvernement, il n'en reste pas moins que cela pose des questions au regard de la théorie des apparences. Les membres du secrétariat général du Gouvernement sont en outre bien connus des conseillers

---

dernier dans le premier et qui avait été rendue quelques jours avant les élections au Parlement européen qui ont eu lieu le 13 juin 2004. Ainsi, cette décision avait été adoptée le 10 juin mais rendue publique seulement le 15 juin pour que les commentaires qu'elle a suscités ne puissent influencer les résultats du scrutin.

[245] Jean-Louis Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont, p. 29 et p. 32.

[246] Cette proximité est du reste assez ancienne, comme le révèlent les premières délibérations du Conseil constitutionnel, rendus publiques depuis 2009 (*Les Grandes délibérations du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2014, 2ème éd.).

[247] Il est ainsi connu que certaines décisions ont été rendues au terme d'une instruction pendant laquelle des parlementaires ont été entendus (décisions n° 2001-448 DC du 25 juil. 2001 ; n° 2004-492 DC du 2 mars 2004 ; n° 2007-557 DC du 15 nov. 2007).

constitutionnels, notamment ceux qui défendent la loi pendant les audiences QPC puisque ce sont toujours les mêmes ; ils rencontrent les autres toutes les semaines ou presque lors des réunions d'instructions organisées au Conseil. Sans aller jusqu'à parler de connivence, il peut ainsi sembler qu'il existe un déséquilibre entre les parlementaires saisissants[248] ou les justiciables auteurs de QPC d'une part, et le secrétariat général du Gouvernement d'autre part. Cependant, les auteurs des QPC présentent un avantage par rapport au secrétariat général du Gouvernement en ce sens que ce dernier reste le plus souvent dans une analyse abstraite, alors que les avocats qui soutiennent les QPC ont plus d'aptitudes à concrétiser le problème juridique, ce qui est souvent apprécié par les conseillers, en dépit du caractère abstrait du contrôle[249].

IV. Contrôle

A. Caractères

1) La nature du contrôle

❖ Le contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois est par hypothèse un contrôle abstrait : la loi n'a pas encore été appliquée ; elle est confrontée à la Constitution en tant que norme. Au contraire, le contrôle de constitutionnalité instauré en 2008 pourrait être un contrôle concret : il s'agit de contrôler une disposition législative en vigueur, en tant qu'elle est applicable à une instance en cours[250] ; il est donc parfaitement possible de tenir compte des faits de l'affaire à l'occasion de laquelle la QPC a été soulevée pour apprécier la conformité de la loi à la Constitution. Le Conseil a cependant choisi de n'exercer qu'un contrôle abstrait lorsqu'il examine la conformité d'une loi à la Constitution à l'occasion d'une QPC.

Ce choix semble tout d'abord dicté par le souci de respecter la volonté du législateur organique. En effet, l'article 23-1 de l'ordonnance organique de 1958 modifié prévoit que, devant les juges du filtre, « le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé ». L'exigence d'un écrit distinct permet que la question de constitutionnalité posée au Conseil constitutionnel soit déconnectée du cas concret à

---

[248] Michel Verpeaux "Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…", *LPA* 10 juil. 2008, n° 138, p. 67.

[249] Pour plus de précisions à ce sujet, v. ci-dessous.

[250] Plus précisément, l'article 61-1 C précise qu'une QPC peut être soulevée à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction et l'article 23-2 de l'ordonnance organique de 1958 modifiée précise, pour qu'une QPC franchisse le filtre, qu'elle doit être dirigée contre une disposition législative « applicable au litige ou à la procédure ou [qui] constitue le fondement des poursuites ».

l'occasion duquel elle a été posée. Autrement dit, la logique dite du « corridor-QPC »[251] semble interdire au Conseil de prendre pleinement connaissance des faits de l'affaire à l'occasion de laquelle une QPC a été posée et donc le cantonner à un contrôle abstrait. Le choix du Conseil constitutionnel de refuser de concrétiser son contrôle dans le cadre du contentieux QPC repose par ailleurs sur sa volonté d'aligner les deux contrôles qu'il exerce, *a priori* et *a posteriori*[252]. De ce point de vue, l'opportunité de ce choix est dictée par le fait que s'il exerçait un contrôle de nature différente en DC et en QPC, le Conseil pourrait rendre des décisions apparaissant contradictoires, comme l'ont révélé par exemple deux décisions rendues à quelques jours d'écart et portant sur le même problème juridique, à savoir la présidence de juridictions pénales pour mineur[253]. Ce choix est également dicté par la volonté de ne pas donner à n'importe quel justiciable plus de droits que n'en ont soixante députés ou soixante sénateurs, dès lors qu'un contrôle concret semble permettre d'aller plus loin qu'un contrôle abstrait.

Quoi que justifié à certains égards, le choix du Conseil de n'exercer qu'un contrôle abstrait dans le cadre du contentieux QPC peut néanmoins conduire à se poser la question d'une incomplétude du contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* en France. En effet, au terme d'un contrôle de telle nature, le Conseil a parfois été amené à reconnaître la conformité à la Constitution de dispositions législatives déjà entrées en vigueur, dont il semblait pourtant considérer qu'elles pouvaient apparaître inconstitutionnelles dans le cadre d'un contrôle plus concret[254]. Certaines affaires font ainsi apparaître le caractère parfois insatisfaisant de la protection accordée aux droits et libertés constitutionnels dans le cadre du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois et conduisent alors nécessairement à s'interroger sur l'intérêt, dans certaines hypothèses, de poser une QPC au lieu de soulever le moyen d'inconventionnalité de la loi. En effet, dans les hypothèses où est en jeu un droit ou une liberté qui dispose d'une portée constitutionnelle et d'une portée conventionnelle équivalentes, le contrôle concret exercé par le juge ordinaire au titre du contrôle de conventionnalité peut apporter plus de garanties au justiciable que l'examen de la

---

[251] Xavier Domino et Aurélie Bretonneau, "QPC : deux ans, l'âge de raison ?", *AJDA* 2012.423.

[252] C'est ce qu'indique le commentaire officiel de la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011.

[253] Décisions n° 2011-147 QPC du 8 juillet 2011 et n° 2011-635 DC du 4 août 2011. Pour plus d'informations à ce sujet, v. Anne-Laure Cassard-Valembois, "La responsabilité pénale des mineurs ; le point de vue du constitutionnaliste", *in Droit constitutionnel et grands principes du pénal*, Cujas, collection Actes et études, 2013.

[254] V. par exemple la décision n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011 et son commentaire sur le site Internet du Conseil constitutionnel. Pour plus de précisions à ce sujet, v. Anne-Laure Cassard-Valembois, "Le refus par le Conseil constitutionnel de sanctionner, dans le cadre d'une QPC, les lois qui se sont révélées inopportunes", *Constitutions* 2011, p. 319.

constitutionnalité de la loi[255]. Certes, les effets des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité sont différents dès lors que le premier ne peut conduire le juge qu'à ne pas appliquer la loi inconventionnelle au cas d'espèce alors que le second permet d'obtenir l'abrogation de la loi. Mais il importe peu dans certains cas à un justiciable de voir la loi disparaître *erga omnes* dès lors qu'il a la garantie qu'elle ne s'appliquera pas à sa propre situation.

Quoi qu'il en soit, le contrôle *a posteriori* est enclenché à partir d'une situation concrète que les juges constitutionnels ne peuvent tout à fait ignorer. Autrement dit, si le contrôle est toujours spéculatif dans le contentieux *a priori*, le caractère abstrait du contrôle peut être nuancé dans le contentieux *a posteriori* par la prise en compte d'hypothèses précises d'application de la loi. Certains juges seraient sensibles à ce genre d'arguments. Ainsi, en matière fiscale, un contribuable peut concrètement montrer quel effet un impôt a produit sur lui, et convaincre ainsi plus facilement le Conseil du caractère prédateur de cet impôt. Ceci explique sans doute l'évolution que le Conseil a accepté de faire s'agissant du contrôle du principe d'égalité en matière fiscale : il contrôlait auparavant le respect de ce principe impôt par impôt ; il accepte désormais d'avoir une vision plus globale du système fiscal, même si ce changement n'a pas été effectué à l'occasion du contrôle d'une loi déjà promulguée[256].

2) La modulation du contrôle

Le Conseil constitutionnel module l'intensité de son contrôle. Plus précisément, il opère trois types de contrôle : le contrôle restreint, le contrôle normal et le contrôle renforcé. Il existait auparavant un contrôle de la dénaturation, qui semblait un contrôle d'une intensité encore moindre que celle du contrôle restreint, mais il s'est raréfié[257]. Le problème est que le Conseil ne précise pas clairement dans ses décisions quel est le contrôle exercé[258] mais aussi

---

[255] L'ordonnance rendue par le Conseil d'État le 31 mai 2016 à propos d'un problème d'insémination port-mortem (n° 396848) l'illustre de manière remarquable car le Conseil d'État affirme d'une part que certaines dispositions législatives françaises interdisant l'insémination post-mortem autant que l'exportation des gamètes conservées en France en vue d'une insémination post-mortem sont conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme (examen *in abstracto*) mais que leur application entraîne, dans les circonstances de l'espèce, dans conséquences manifestement proportionnées (examen *in concreto*). Il a en conséquence ordonné l'exportation des gamètes vers l'Espagne.

[256] Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 ; pour plus de précisions, v. Christophe de la Mardière, "L'impôt confiscatoire enfin sanctionné", *Constitutions* 2013.86 ; Éric Oliva, "L'appréciation du caractère confiscatoire ou excessif par le Conseil constitutionnel", *RFDA* 2013.1273.

[257] Pour un exemple du maintien d'un tel contrôle, v. par exemple la décision n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016 (cons. 31) à propos de la protection du principe de libre administration des collectivités territoriales.

[258] Le contrôle le plus facile à identifier est le contrôle restreint, puisqu'apparaît alors le mot « manifeste » ou « manifestement » ; le contrôle restreint est en effet un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

que les formules d'intensité apparaissent glissantes. Il existe peu d'études doctrinales approfondies à ce sujet si bien qu'il est difficile de synthétiser les différents types de contrôle du Conseil constitutionnel. Il est toute de même possible d'identifier certains critères de variation de l'intensité du contrôle, comme la liberté en cause ou la précision de la norme de contrôle. Ainsi, il existe des libertés très importantes qui bénéficient d'un contrôle normal ou de proportionnalité, comme par exemple la liberté d'expression. C'est un contrôle à triple détente : nécessité et adéquation de la mesure puis proportionnalité de l'atteinte par rapport à l'objectif poursuivi. Au contraire, il existe des dispositions constitutionnelles qui sont très vagues, comme celles qui sont dans le préambule de la Constitution de 1946. Les droits qui y sont consacrés bénéficient alors d'une protection restreinte. Le contrôle du Conseil peut également varier en intensité en fonction des matières dans lesquelles il intervient. Ainsi, en matière fiscale, il exerce un contrôle assez intense car il s'agit de préserver le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre. Il est également très vigilant en procédure pénale, d'autant plus que la Cour européenne des droits de l'Homme exerce elle-même un contrôle important à ce sujet. Au contraire, en matière sociale, le contrôle exercé par le Conseil semble plus léger.

B. POUVOIRS DU JUGE

❖ Le Conseil constitutionnel a le pouvoir de censurer les lois. Dans le contentieux *a priori*, la loi censurée n'entre jamais en vigueur ; dans le contentieux *a priori*, elle est abrogée à compter de la décision du Conseil ou d'une date ultérieure qu'il détermine selon l'article 62 de la Constitution. Ceci étant, le Conseil a très tôt développé des techniques lui permettant de sortir de l'alternative censure/absence de censure et parmi elles figure en bonne place celle de la réserve d'interprétation.

Étant donné que dans le contentieux *a priori* les enjeux politiques sont parfois très importants, il semble que le Conseil privilégie les réserves d'interprétation plus en DC qu'en QPC. Il ne faut cependant pas généraliser : dans le contentieux DC, en fonction du message que le Conseil veut faire passer, il aura plus intérêt à prononcer une censure qu'à émettre une réserve ; et inversement, dans le contentieux de la QPC, plus la loi est ancienne et plus la censure pourrait provoquer une situation plus grave que la situation censurée, ce qui peut justifier la réserve.

L'inconvénient que présentent les réserves d'interprétation, et dont tient compte le Conseil lorsqu'il hésite entre la censure et la réserve, est qu'elles rendent les lois de plus en plus compliquées à lire, et notamment pour les autorités d'application de la loi. Au contraire, ce qui encourage aujourd'hui le Conseil à émettre des réserves, au lieu de censurer, c'est le

fait qu'il a appris à faire des réserves et qu'il se sent ainsi toujours plus à l'aise. La pratique de la réserve est d'ailleurs de plus en plus sophistiquée, ce qui aboutit parfois à ce que le Conseil tienne véritablement le crayon et non plus simplement la gomme[259]. Ainsi et par exemple, à l'occasion de la décision n° 2014-435 QPC du 5 décembre 2014 et à propos de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, le Conseil a émis une réserve, qui figure en tant que telle dans le dispositif de la décision, mais « il s'agit bien d'une réécriture de la loi et non d'un choix opéré entre plusieurs interprétations, dont l'une serait conforme à la Constitution »[260] dans la mesure où il a modifié le champ d'application de la loi pour une année d'imposition. Certains auteurs considèrent qu'en procédure pénale la succession de décisions avec réserves d'interprétation visant systématiquement à garantir les droits à l'information et au recours des justiciables a conduit le Conseil à réécrire le code de procédure pénale et la question se pose de savoir s'il ne « serait pas plus conforme à la séparation des pouvoirs que le Parlement se saisisse d'une réforme du code de procédure pénale intégrant les réserves identiques formulées par le Conseil allant dans le sens d'une information des droits des justiciables et d'un droit à un recours effectif en cas de leur remise en cause »[261].

❖ Mais les réserves ne sont pas la seule technique qui permet au Conseil de participer, plus ou moins à l'écriture de la loi. Il est arrivé de se montrer particulièrement audacieux en écrivant la loi à la place du législateur. Ainsi, à l'occasion de la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, il a censuré la composition des tribunaux maritimes commerciaux, pour violation du principe d'indépendance des juridictions. Puis il a considéré que l'abrogation de la disposition législative fixant cette condition était applicable à toutes les infractions non jugées définitivement au jour de la publication de sa décision. Il a enfin précisé que « par suite, à compter de cette date, pour exercer la compétence que leur reconnaît le code disciplinaire et pénal de la marine marchande, les tribunaux maritimes commerciaux siégeront dans la composition des juridictions pénales de droit commun »[262]. Certains commentateurs ont été très critiques, estimant que le Conseil avait exercé un « pouvoir de substitution »[263], qu'il s'était arrogé un pouvoir « tout simplement contraire à la Constitution, à l'esprit de la révision constitutionnelle de 2008, à la lettre de l'article 62 et même aux principes les mieux affirmés

---

[259] Pourtant, selon Georges Vedel, le Conseil constitutionnel n'aurait le droit de manier que la gomme et non le crayon (métaphore citée par Robert Badinter, "Du côté du Conseil constitutionnel", *RFDA* 2002.207 et Bruno Genevois, "Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Vedel", *RFDA* 2004.218).

[260] Bertrand Mathieu, "Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité", *JCP G* n° 7, 16 Février 2015, doctr. 200.

[261] Pierre Espuglas, "QPC et "Gouvernement des juges"", in *Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014, p. 886.

[262] Cons. 5.

[263] Bertrand Mathieu, *JCP G.* 2010, n° 28-29, chron. 801, p. 1485.

de [sa] jurisprudence »[264]. D'autres ont convenu que « la modification quasi-complète de la composition d'une juridiction » par une décision du Conseil est certes une « innovation », tout en considérant qu'elle « s'origine dans les nouveaux pouvoirs que […] confère l'article 62 » de la Constitution au Conseil constitutionnel[265].

Le Conseil procède aussi parfois à des censures chirurgicales qui équivalent à une réécriture de la loi : certains mots ou portions de phrases sont censurés, mais le reste est intact, si bien que la loi peut être réécrite par la juxtaposition de deux portions de phrases qui ne l'étaient pas initialement[266].

❖ Le Conseil a enfin le pouvoir de moduler les effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité.

Dans le cadre du contentieux *a priori*, la loi n'entre pas en vigueur. Il n'existe ainsi *a priori* aucun danger pour la sécurité juridique qui pourrait justifier que le Conseil module les effets dans le temps de ses décisions. Cependant, il s'est reconnu un tel pouvoir et il lui arrive ainsi occasionnellement de reporter les effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité. Ainsi et par exemple, dans la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, il a constaté que « la déclaration d'inconstitutionnalité immédiate de dispositions contestées serait de nature à méconnaître [l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires] et à entraîner des conséquences manifestement excessives ». En conséquence, il a reporté au 1er janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité en précisant qu'il incombait d'ici là au législateur de procéder à la correction de la cause d'inconstitutionnalité constatée pour faire échapper la France aux conséquences d'un recours en manquement qui était pendant devant la Cour de justice des Communautés européennes[267].

Dans le cadre du contentieux *a posteriori*, le constituant a prévu le pouvoir du Conseil constitutionnel de moduler les effets dans le temps de ses décisions. En principe, la disposition législative est abrogée à compter de la décision qui reconnaît son inconstitutionnalité, mais le Conseil peut reporter cette abrogation à une date ultérieure qu'il détermine[268]. Par ailleurs, le Conseil dispose d'un pouvoir plus général de modulation des effets dans le temps de ses déclarations d'inconstitutionnalité qu'il utilise principalement pour préserver l'effet utile de la QPC pour son auteur. En effet, il a dégagé le principe selon lequel

---

[264] Julien Boudon, *JCP G.* 2010, n° 40, 961, p. 1826.
[265] Arnaud Borzeix, *RDP* 2010. 988.
[266] V. par exemple la décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 18.
[267] C'est ce qu'indique le commentaire officiel de la décision n° 2008-564 DC, explicitant ainsi la nature des « conséquences manifestement excessives » de l'inconstitutionnalité des dispositions déférées.
[268] Article 62, alinéa 2, de la Constitution.

une QPC doit, en principe, bénéficier à son auteur. Dans les décisions n°s 2010-108 QPC et 2010-110 QPC du 25 mars 2010, il a en effet précisé que « si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration »[269].

Le Conseil utilise beaucoup ses pouvoirs de modulation dans le temps des effets de ses décisions QPC. S'il semble qu'il a été prudent au début, il a ensuite pleinement utilisé cette technique : la moitié des décisions de non-conformité totale ou partielle rendues par le Conseil sur des QPC pendant les trois premières années ont donné lieu à une modulation de leurs effets dans le temps[270]. Le Conseil se montre même assez constructif, dans le cadre de ce que permet la Constitution, pour préserver l'effet utile de ses décisions ou éviter les conséquences manifestement excessives que pourrait provoquer une abrogation immédiate.

Il semble qu'il existe des débats très importants sur la modulation des effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité. Les membres du Conseil avaient été prévenus, par leurs homologues étrangers, que c'est sans doute finalement la chose la plus compliquée à faire. De fait, le Conseil savait déjà fort bien juger la conformité d'une loi à la Constitution, mais il n'avait que peu d'expérience dans la modulation des effets dans le temps de ses décisions. C'est un exercice délicat à l'occasion duquel il doit notamment veiller à ne pas trop limiter les effets dans le temps de ses décisions, sauf à se faire contourner par le juge ordinaire dans le cadre du contrôle de conventionnalité. En effet, l'expérience a prouvé que le recours à la Convention européenne des droits de l'Homme peut servir à écarter l'application d'une disposition législative qui a été déclarée contraire à la Constitution mais dont les effets dans le passé restent intacts en raison du fait que le Conseil a limité les effets dans le temps de l'abrogation qu'il a prononcée. Ainsi et par exemple, dans une décision du 16 janvier 2013[271], le Conseil d'État a tiré les conséquences de l'abrogation pour l'avenir des dispositions législatives relatives à la cristallisation des pensions prononcée dans la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 et, pour la période antérieure non concernée par l'abrogation, il a écarté l'application de la disposition législative dont il s'agit au regard de sa contrariété avec les exigences de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ainsi, lorsque le Conseil module les effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité dans

---

[269] Considérant 5 de la décision n° 108 QPC et 8 de la décision n° 110 QPC.

[270] Marc Guillaume, rapport d'information n° 842 de l'Assemblée nationale précité.

[271] Req. n° 337662.

le cadre du contentieux QPC, et plus précisément lorsqu'il reporte dans le temps l'abrogation d'une disposition législative, il doit opérer une balance entre le respect du législateur à qui il doit laisser un temps de réflexion pour refaire une loi qu'il a abrogée, la nécessité de préserver la sécurité juridique en ne créant pas de vide juridique et le souci de ne pas se faire doubler par le contrôle de conventionnalité[272].

V. Décision

A. INSTRUCTION

Les mémoires des parties ou saisines des parlementaires sont très importants pendant la phase d'instruction : le Conseil oriente fortement son contrôle à partir de ce qui est contesté. Ceci est surtout vrai dans le cas du contentieux *a priori* car les dispositions à contrôler peuvent être nombreuses ; le Conseil constitutionnel balaye la loi mais s'arrête sur les dispositions contestées dans la saisine. Il utilise aussi d'autres matériaux. Premièrement, il prend en compte les travaux parlementaires. Le service de la documentation recherche dans les débats parlementaires, presque au jour le jour, et donc en amont des saisines, toutes les questions de constitutionnalité qui ont pu être abordées ; le Conseil se sert de ces recherches pour anticiper les réponses à d'éventuelles saisines mais aussi pour soulever une question d'office dans le cadre du contentieux *a priori*. Deuxièmement, le Conseil est très attentif aux décisions rendues par ses homologues étrangers, lorsqu'il se prononce sur une question où il y a de la jurisprudence ; cela lui permet de sentir la tendance générale. Le Conseil recueille particulièrement les décisions de ses homologues européens qui portent sur les rapports entre le droit national et le droit de l'Union européenne. Il est également très attentif à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ; il n'existe ainsi pas une note interne, pas un rapport d'un membre devant le collège qui n'évoque la question de la conventionnalité des dispositions législatives contrôlées, alors même que le raisonnement tenu *in fine* est de pure constitutionnalité. Sans qu'il le reconnaisse explicitement, le contrôle exercé par le Conseil est un contrôle de constitutionnalité en recherche de cohérence avec le contrôle de conventionnalité, ce qui n'exclut pas des points de divergence assumés avec la jurisprudence européenne. Troisièmement, le service de la documentation recueille tous les écrits de la doctrine relatifs au Conseil constitutionnel et à sa jurisprudence mais recherche

---

[272] Anne-Laure Cassard-Valembois, "Les interactions des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois dans la protection des droits fondamentaux", *in Droit international et démocratie*, Anne-Laure Cassard-Valembois et Fanny Malhière (dir.), actes de la journée d'études organisée à Dijon le 20 septembre 2013, dans le cadre des journées d'études décentralisées de l'Association française de droit constitutionnel, éd. Eska, 2015, p. 78.

aussi, principalement sur Internet, tous les matériaux nécessaires pour rendre telle ou telle décision, comme des rapports publics sur les sujets sur lesquels portent les lois contrôlées. La presse généraliste est également lue par les conseillers constitutionnels. Enfin, dans le cadre du contentieux *a priori*, le Conseil sollicite parfois des experts ou des *amicus curiae* pour l'éclairer sur certains points avant de prendre une décision, mais cela reste rare en QPC. L'avis de ces experts ou "amis" peut être déterminant. Or, il n'est pas envoyé aux saisissants. Il existe ainsi un déficit du contradictoire auquel il faudrait sans doute remédier.

Dans le contentieux de la QPC, les audiences permettent également au Conseil de recueillir des informations utiles pour prendre sa décision ; certes le Conseil constitutionnel dispose déjà à ce stade de la grande majorité des éléments qui doivent présider à sa réflexion, mais il peut arriver qu'un juge change d'avis en entendant une bonne plaidoirie. L'importance de l'oralité varient cependant en fonction de celui qui prend la parole : tel avocat va saisir l'opportunité d'évoquer des cas d'application de la loi pouvant interpeller les membres du Conseil, qui sont pour certains de plus en plus sensibles à cette forme de concrétisation du procès constitutionnel, tandis que tel autre s'en tiendra à répéter le contenu des écrits qu'il a envoyé au Conseil ; le représentant du Gouvernement s'en tient généralement à relire sa note.

B. DÉLIBÉRÉ

Les délibérés du Conseil constitutionnel sont très brefs. Ils durent généralement une demi-journée. Plus rarement ils s'étendent sur toute une journée et encore plus rarement ils durent plusieurs jours. Jean-Louis Debré a indiqué que le délibéré le plus long auquel il ait assisté pendant sa présidence du Conseil a été de sept heures[273], lorsqu'a été examinée la première loi de finances du quinquennat de François Hollande et qu'a été censurée une taxation considérée comme confiscatoire[274]. La durée très courte du délibéré est regrettée par certains conseillers car ils considèrent qu'elle empêche d'approfondir le travail collectif.

La brièveté du délibéré est autorisée par le fait que la décision est rédigée avant, par le service juridique, sur les indications du rapporteur. Pendant le délibéré, le Conseil constitutionnel essaie de rédiger le moins possible ; c'est pour cela que des projets alternatifs ou des contre-projets sont rédigés avant, pendant l'instruction, lorsqu'une opposition au projet du rapporteur a été pressentie. Les projets de décision préparés par les rapporteurs sont au final très souvent modifiés, mais beaucoup plus rarement rejetés.

Pendant le délibéré, le recours au vote est très fréquent. Les conseillers votent pour chaque problème juridique (principalement dans le contentieux *a priori*) puis a lieu un vote

---

[273] Jean-Louis Debré, *Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont, p. 138.
[274] Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

final sur l'ensemble de la décision. Dans une certaine mesure, le consensus est recherché[275]. Un effort est plus précisément fait pour éviter le vote 5 contre 4 ; mais pour autant cela peut arriver. Ces votes très serrés ont plus lieu dans le cadre des QPC que dans le cadre du contrôle *a priori*. Plus précisément, dans le contentieux DC, il peut y avoir des votes serrés à propos de certains griefs, mais le vote d'ensemble se fait plutôt à l'unanimité. Les votes ont lieu à main levée, de manière simultanée, c'est-à-dire que tous les juges se prononcent en même temps.

Les noms des juges ayant délibéré sont publiés à la fin de la décision.

Pendant le délibéré, le secrétaire général et le service juridique n'interviennent en principe pas dans les débats, sauf, exceptionnellement, à la demande du Président du Conseil. Ils sont en revanche chargés de prendre des notes destinées à établir le procès-verbal de la délibération.

Les débats sont secrets, ainsi que les votes. Les opinions séparées, notamment dissidentes, sont ainsi interdites. À ce sujet, il existe des partisans et des opposants au sein du Conseil constitutionnel.

Les justifications traditionnelles à l'interdiction de publier des opinions séparées tiennent à la nécessité d'assurer l'indépendance du juge et l'autorité morale de ses décisions ainsi qu'à la préservation de la dignité de la justice. Il est par ailleurs bien connu que Georges Vedel considérait que l'admission des opinions dissidentes serait une méthode infaillible pour nuire au Conseil constitutionnel. Le président sortant, Jean-Louis Debré, a pris publiquement position en défaveur des opinions dissidentes, en affirmant qu'elles constituent une grave entorse au secret du délibéré et que leur interdiction est le gage d'un débat serein. Il pense que si les membres étaient autorisés à exprimer leur dissidence, certains « préfèrerait alors cultiver leur différence » et cela restreindrait « la recherche du consensus »[276]. L'actuel président du Conseil s'est également déclaré défavorable à l'autorisation des opinions dissidentes et indiqué que la plupart des conseillers sont également de cet avis[277].

Les partisans soutiennent que les opinions séparées permettraient de renforcer la justice constitutionnelle en France car elles permettraient de la rendre moins obscure et de

---

[275] C'est ce qu'indiquent par exemple Jean-Louis Debré (*Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont, p. 19) et Simone Veil qui précise que « le sens du consensus l'emporte souvent dans un climat de convivialité », même si ont précédemment eu lieu « des débats sans complaisance » ("Mes années au Conseil constitutionnel", *CCC* 2009, n° 25, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/mes-annees-au-conseil-constitutionnelssup1-sup.51700.html)

[276] *Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont, pp. 18 et 19.

[277] Laurent Fabius, "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016.

contraindre le Conseil à améliorer la motivation de ses décisions[278]. Autrement dit, elles constitueraient « une contrainte procédurale qui oblige les juges à aller le plus loin possible dans la démonstration de la validité de leur interprétation d'un énoncé constitutionnel » et mettraient en exergue le caractère raisonnable des décisions de justice en les débarrassant de tout référent transcendantal[279]. Au sein du Conseil, les opinions séparées pourraient permettre de responsabiliser ses membres et rendraient les débats plus vivants. Les personnes interrogées dans le cadre de cette étude et qui seraient favorables à la publication des opinions séparées conviennent cependant que leur introduction en France ne pourrait se faire qu'au prix d'un certain nombre de changements au sein même du Conseil : tant que les conseillers ne disposent pas d'assistants personnels, il leur sera difficile de rédiger des opinions séparées de qualité, eu égard notamment aux délais généraux qui encadrent les décisions du Conseil mais aussi des délais très courts qui existent entre le moment où le rapporteur soumet son projet de décision aux autres membres du Conseil et celui où le délibéré a lieu.

Si les délibérés sont secrets et les opinions séparées interdites, il convient cependant de noter que les archives du Conseil constitutionnel sont publiques au terme de 25 années ; donc le délibéré peut être connu après 25 ans, à partir du compte-rendu établi par le service juridique. Les personnes interrogées dans le cadre de cette étude n'ont pas réellement livré leur impression sur le caractère insuffisamment long ou au contraire insuffisamment court du délai au terme duquel les délibérations du Conseil sont rendues publiques. Il n'en reste pas moins que certaines signalent que ce délai autorise à ce que des délibérations soient rendues publiques alors que certains de leurs participants sont encore en vie, ce qui peut être interprété comme un jugement sur le caractère trop court du délai. Laurent Fabius semble très favorable à la publication des délibérations du Conseil constitutionnel puisqu'en avril 2016 il a annoncé que le Conseil allait très rapidement mettre en ligne le compte rendu des délibérés portant sur la totalité des décisions rendues il y a plus de vingt-cinq ans[280], ce qui a effectivement été fait. Il n'est ainsi plus nécessaire d'aller aux archives nationales pour consulter les délibérations du Conseil constitutionnel, ce qui renforce assurément la transparence de cette institution. Au sujet du compte-rendu des délibérations qui est donc publié au terme de vingt-cinq ans, il faut noter qu'il n'est pas soumis pour approbation aux conseillers, qui ne peuvent être ainsi parfaitement sûrs que leurs propos ont été correctement retranscrits. Il semble que juste après

---

[278] Olivier Jouanjan, "Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique", *Jus politicum* 2009, n° 2, http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html.

[279] Dominique Rousseau, "Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, n° 8.

[280] Laurent Fabius, "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016.

la réforme sur les archives du Conseil, il ait pu exister un réflexe de protection justifiant que les membres du Conseil soient plus réservés qu'à l'accoutumée lors du délibéré, mais ce réflexe a disparu très rapidement. Certaines questions sont discutées par les membres du Conseil en amont des délibérés, dans les couloirs du Conseil ou dans le bureau des uns et des autres, mais cette pratique a précédé la réforme sur les archives du Conseil et il ne semble ainsi pas qu'elle s'explique par la volonté de certains membres d'éviter que leurs propos soient retranscrits dans le procès-verbal des délibérations.

C. ŒUVRE

❖ Les décisions comprennent trois parties : les visas, les motifs, le dispositif. La tradition française que respecte le Conseil constitutionnel est celle de la brièveté des décisions de justice. Les motifs étaient traditionnellement rédigés sous la forme de considérants. Depuis le 10 mai 2016, le Conseil a cependant renoncé aux considérants et au renversement consécutif du style des phrases : il pratique le style direct. Ce changement a été impulsé par Laurent Fabius, qui avait annoncé, lors d'une interview donnée le 18 avril 2016, qu'il entendait rendre les décisions du Conseil plus accessibles pour les justiciables. Il part du principe que l'on devrait pouvoir lire une décision du Conseil sans le concours d'un dictionnaire franco-juridique. Il avait demandé au secrétaire général du Conseil de présenter des propositions précises en ce sens[281]. Ces propositions ont visiblement été rapidement faites et adoptées. Il faut dire que des éléments de réflexions avaient été apportées par le Conseil d'État sur l'opportunité de rédiger de manière plus accessibles les décisions de justice[282].

La rédaction des décisions varie selon le type de décision. S'agissant des décisions DC, la structure des motifs est la suivante : d'abord la procédure, puis l'examen au fond, disposition contestée par disposition contestée, puis les dispositions contrôlées d'office. S'agissant des dispositions contestées, le Conseil constitutionnel présente d'abord brièvement les griefs des saisissants, puis les dispositions constitutionnelles applicables et enfin l'appréciation qu'il porte sur la constitutionnalité de la disposition. Pour les décisions QPC, la rédaction est identique si ce n'est qu'il y a souvent moins de dispositions contestées. À la fin de la décision, un considérant est réservé le cas échéant aux effets dans le temps et dans l'espace de la déclaration d'inconstitutionnalité.

La décision est prise par le Conseil de manière collégiale et la rédaction vise à

---

[281] Laurent Fabius, "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016.

[282] V. le rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative (http://www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf).

gommer les différences d'opinions qui ont pu être exprimées lors du délibéré. Par ailleurs, le raisonnement du juge n'est pas tellement explicité. Cela pourrait peut-être évoluer dans la mesure où, ainsi que cela vient d'être expliqué, le Conseil a très récemment changé le mode de rédaction de ses décisions pour les rendre plus accessibles. Il est ainsi possible de considérer que l'amélioration de l'accessibilité des décisions pourrait résulter non seulement d'une simplification de leur style mais aussi d'un renforcement de leur motivation.

❖ Les décisions du Conseil constitutionnel ont une autorité de chose jugée. Elles ne sont susceptibles d'aucun recours ; elles s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Il y a une volonté de la part du Conseil constitutionnel que ses décisions aient également une autorité de chose interprétée et les juridictions ordinaires tiennent de plus en plus compte des décisions du Conseil. Il y a, depuis la QPC, une diffusion de la culture constitutionnelle dans l'ordre juridique.

À propos de l'autorité de chose interprétée, il y a eu initialement une divergence de point de vue entre le Conseil constitutionnel d'une part et le Conseil d'État et la Cour de cassation d'autre part. Le premier considère que ses décisions sont revêtues non seulement de l'autorité de chose jugée, mais également de l'autorité de chose interprétée et qu'il convient en outre de faire application de l'article 62 aux « réserves par ricochet », c'est-à-dire aux réserves émises à l'occasion du contrôle d'un texte mais qui portent aussi sur un autre texte[283] ; autrement dit, il entend que toutes les autorités administratives et juridictionnelles tirent toutes les conséquences de ses décisions en estimant que « l'autorité de l'article 62 C s'attache non seulement au dispositif de [sa] décision […] mais encore à l'analyse faite par lui de la substance des dispositions ayant fondé ce dispositif »[284]. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont traditionnellement retenu une interprétation plus restrictive de l'article 62 de la Constitution[285], qui a donné naissance à des divergences de jurisprudence bien connues entre le Conseil constitutionnel et son voisin du Palais Royal[286] ou le juge du quai de l'horloge[287].

---

[283] Pour un exemple de réserve par ricochet, v. décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

[284] C'est ce que précise un document établi par les services du Conseil constitutionnel intitulé "Portée des décisions du Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et des traités" et qui a donné lieu à un exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf

[285] Marc Guillaume, "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?", *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, p. 49.

[286] Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont ainsi eu des divergences concernant la compétence législative ou réglementaire pour modifier une réglementation assortie de peines délictuelles ou pour déroger à la règle selon laquelle le silence de l'administration sur une demande fait naître une décision implicite de rejet.

[287] La Cour de cassation et le Conseil constitutionnel n'ont pas adopté la même interprétation de l'article 68 de la Constitution relatif au statut pénal du Chef de l'État, ce qui a en partie conduit à sa révision par la loi

Les modalités d'organisation de la QPC ont obligé les juges judiciaires comme administratifs à entretenir une relation moins « informelle »[288] avec le Conseil constitutionnel et à mieux respecter tant l'autorité de la chose qu'il a jugée que l'autorité de la chose qu'il a interprétée. L'autorité de la chose interprétée par le Conseil sert principalement aux juridictions ordinaires pour filtrer les QPC qui leur sont posées, et plus précisément pour en apprécier le caractère sérieux. Ainsi et par exemple, dans un arrêt du 4 avril 2012, la chambre criminelle de la Cour de cassation a renvoyé au considérant n° 26 de la décision "*Garde à vue*"[289] pour apprécier le caractère sérieux d'une question de constitutionnalité portant sur une disposition législative permettant au Procureur de la République tout à la fois d'établir des actes de poursuite et de contrôler le respect des droits et libertés en garde à vue.

---

constitutionnelle du 23 février 2007.

[288] Olivier Desaulnay, "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation", *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30.

[289] Décision n° 2010-14 QPC du 30 juillet 2010.

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE

-

Jordane ARLETTAZ

Professeur à l'Université de Montpellier

Ressources :

- A. ALEN et M. MELCHIOR, « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes », *R.U.D.H.* 2002, p. 333.
- L. FAVOREU et W. MASTOR, Les cours constitutionnelles, Dalloz, Connaissance du droit.
- M. FROMONT, Justice constitutionnelle comparée, Dalloz, 2013.
- F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.
- X. MAGNON, « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *A.I.J.C.* 2011.
- P. PASSAGLIA, « Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne », *A.I.J.C.* 2011, p. 54.
- A. PIZZORUSSO, « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, Janvier 1999.
- Entretien avec le Président de la Cour constitutionnelle italienne, Paolo Grossi, le 19 mai 2016 et avec Madame Maria Fiero, Directrice du service des études juridiques de la Cour constitutionnelle italienne, le 19 mai 2016.
- Entretien avec le Professeur Paolo Passaglia, responsable du service de droit comparé au sein de la Cour constitutionnelle italienne, le 20 mai 2016.
- Propos et échanges issus du séminaire de travail s'étant déroulé les 1er et 2 décembre 2016 à Paris.

La Cour constitutionnelle italienne a été instituée par la Constitution de 1947 entrée en vigueur le 1er janvier 1948 : elle est régie par son Titre VI relatif aux « garanties constitutionnelles » et en particulier ses articles 134 à 137 ainsi que, notamment, par la loi constitutionnelle n°1 du 9 février 1948. L'intégration de la Cour constitutionnelle dans le Titre relatif aux « garanties constitutionnelles » exprime la volonté du constituant italien de conférer à la Constitution un plein effet supra-législatif de sorte que la loi ne puisse venir déroger à la norme fondamentale. Si, lors des débats constituants, fut évoquée la possibilité d'instaurer un contrôle diffus de la loi, c'est le modèle kelsenien de justice constitutionnelle

dite « concentrée » qui fut instauré par le constituant italien. Pour autant, la Cour constitutionnelle va dans les premiers temps du régime, subir les effets du contexte politique conduisant au retard de son institution qui n'interviendra que huit années après l'adoption de la Constitution. En effet, si la Constitution de 1947 prévoit ses principales attributions (article 134), sa composition (article 135) ainsi que les effets de ses décisions (article 136), elle renvoie par ailleurs aux lois constitutionnelles et ordinaires à venir le soin de réglementer l'essentiel de ses activités. Après l'adoption de la loi constitutionnelle n°1 en 1948, il fallut attendre cinq années avant que ne soient adoptées la loi constitutionnelle n°1 de 1953 ainsi que la loi ordinaire n°87 de la même année pour définir l'essentiel de la réglementation concernant son organisation. En 1955, la première composition de la Cour constitutionnelle fut enfin achevée, permettant à celle-ci d'adopter son règlement intérieur[290].

Le 23 avril 1956, se tint la première audience publique de la Cour, présidée par Enrico De Nicola. 1956 est également l'année où la Cour constitutionnelle italienne rendit sa première décision. La création d'une Cour constitutionnelle par les constituants de 1947 est inédite dans l'histoire constitutionnelle italienne qui n'avait jamais expérimenté le contrôle de constitutionnalité des lois sous une forme concentrée.

La Cour constitutionnelle italienne dispose de son propre siège (le Palais de la Consulta dans le Palais Quirinale à Rome) et d'un budget propre alimenté par les fonds issus du budget de l'État. En 2016, le budget de la Cour s'élevait à 52,7 millions d'euros.

I. Traitement des saisines

A. Les différents types de saisine et de requérants

Selon l'article 134 de la Constitution italienne, « *la Cour constitutionnelle juge :*

- *des questions relatives à la légitimité constitutionnelle des lois et des actes, ayant force de loi, de l'État et des Régions ;*
- *des conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État, entre l'État et les Régions, et entre les Régions ;*
- *des accusations portées, aux termes de la Constitution, contre le Président de la République ».*

Le contrôle de constitutionnalité des lois est organisé en Italie par le biais de deux procédures bien distinctes :

[290] L'essentiel de ces développements a été emprunté au dossier réalisé par la Cour constitutionnelle italienne sur son site ((www.cortecostituzionale.it) à l'entrée « Che cosa è la Corte costituzionale ? ».

- le contrôle incident de constitutionnalité des lois est initié par le juge *a quo* qui, en raison d'une contestation de la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, procède au renvoi d'une question de légitimité constitutionnelle auprès de la Cour constitutionnelle par voie d'ordonnance. La norme contestée et ainsi renvoyée au juge constitutionnel doit être une loi ou un acte ayant force de loi émanant de l'État (décret-loi et décret législatif), des Régions ou des Provinces de Trente et de Bolzano. Dès son premier arrêt rendu en 1956, la Cour constitutionnelle a accepté de contrôler la constitutionnalité des lois adoptées avant l'entrée en vigueur de la Constitution de 1947, De fait, cette ouverture du contrôle a permis de supprimer des pans entiers de la législation fasciste, dont notamment et encore récemment, l'article 569 du Code pénal de 1930 qui imposait l'application automatique de la peine de la perte du pouvoir ou de la responsabilité parentale au géniteur condamné pour délits (sentence n, 31 de 2012). La question de légitimité constitutionnelle peut soulever à la fois des moyens tirés d'un vice formel de la loi (non-respect de la procédure parlementaire telle que déterminée dans la Constitution) comme des moyens défendant l'existence d'un vice substantiel de la loi. Le juge *a quo* ne peut renvoyer la question que si celle-ci est pertinente et non manifestement infondée (cf. *infra*).
- *le contrôle principal de constitutionnalité des lois* « oppose » principalement l'État aux Régions ou provinces. Ce contrôle, de nature abstraite, répond à des contentieux forts variés. Il peut en effet être initié par le Gouvernement à l'encontre d'un statut adopté par une Région ou contre une loi régionale. Il peut également être introduit par une Région ou l'une des Provinces de Trente ou de Bolzano contre une loi adoptée par l'État. Les dispositions constitutionnelles relatives à ce contentieux ne se trouvent paradoxalement pas dans le Titre VI consacré aux « Garanties constitutionnelles » au sein duquel est instituée la Cour constitutionnelle mais au sein du Titre V relatif aux Régions, Provinces et Communes et plus précisément aux articles 123 (« *Le Gouvernement de la République peut soulever la question de constitutionnalité sur les statuts régionaux devant la Cour constitutionnelle, dans les trente jours suivant leur publication* ») et 127 de la Constitution (« *Lorsque le Gouvernement estime qu'une loi régionale excède la compétence de la Région, il peut saisir la Cour Constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent sa publication. Lorsque la Région estime qu'une loi, ou bien un autre acte ayant valeur de loi de l'État ou d'une autre Région, porte atteinte au domaine de sa compétence, elle peut saisir la Cour Constitutionnelle de la question de légitimité constitutionnelle dans les soixante jours qui suivent la publication de la loi ou de l'acte ayant valeur de lo*i »).

Les conflits d'attributions entre l'État, les Régions et les Provinces de Bolzano et de Trente ne doivent pas être confondus avec le contrôle principal de constitutionnalité dont il

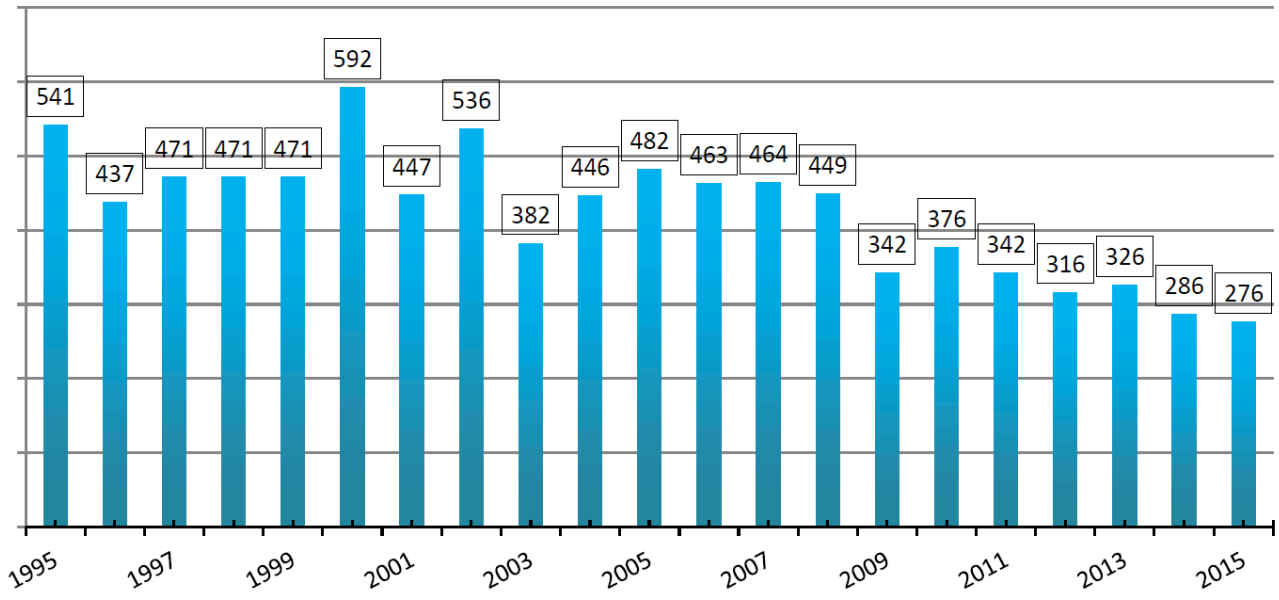
représente le « complément ». Ce contentieux vise en effet non les normes législatives ou ayant force de loi mais les actes non législatifs (un règlement, un acte administratif ou un acte juridictionnel). La Région peut contester la violation de son autonomie constitutionnelle en soulevant un conflit d'attribution contre l'État (le Président du Conseil des ministres) ou contre une autre Région. De son côté, l'État qui estime qu'un acte, autre qu'une loi, adopté par une Région excède sa compétente régionale ou empiète sur une compétence étatique, peut soulever un conflit d'attribution contre la Région (son Président). La décision de la Cour aura pour objet de déclarer à qui appartient la compétence contestée.

Les conflits d'attribution entre les pouvoirs de l'État relèvent également de la compétence de la Cour constitutionnelle. Ces conflits peuvent notamment naître entre un organe judiciaire et une chambre parlementaire à propos d'une immunité parlementaire garantie par la Constitution ou encore entre le Ministre de la justice et le Conseil supérieur de la magistrature lorsque se trouve en jeu la situation d'un magistrat.

S'ajoute par ailleurs, la compétence de la Cour constitutionnelle pour juger les ministres pour les infractions commises dans l'exercice de leur fonction ainsi que le Président de la République. Dans les deux cas, la Cour siège dans une formation spéciale et élargie (cf. *infra*). Enfin, depuis la loi constitutionnelle n.1 de 1953, la Cour constitutionnelle italienne est juge de l'admissibilité des demandes de *referendum* abrogatif prévu à l'article 75 de la Constitution. Initialement, le jugement d'admissibilité se limitait à vérifier que la loi soumise à referendum ne concerne pas l'une des quatre catégories de loi exclues par l'article 75 de la Constitution (lois fiscales et budgétaires, d'amnistie et de remise de peine, d'autorisation de ratifier des traités internationaux) mais dès sa sentence n, 16 de 1978, la Cour constitutionnelle a élargi son contrôle de manière conséquente.

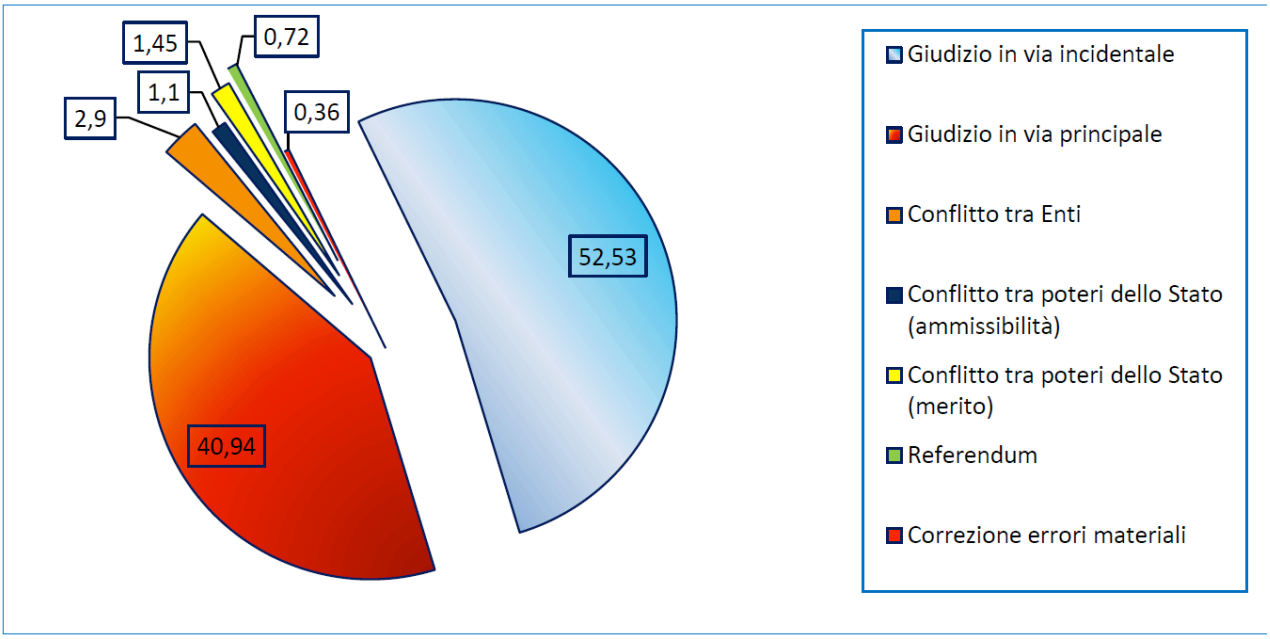
Données statistiques :

Graphique réalisé par la Cour constitutionnelle italienne relative au nombre de décisions annuelles rendues depuis 1995 (cortecostituzionale.it)



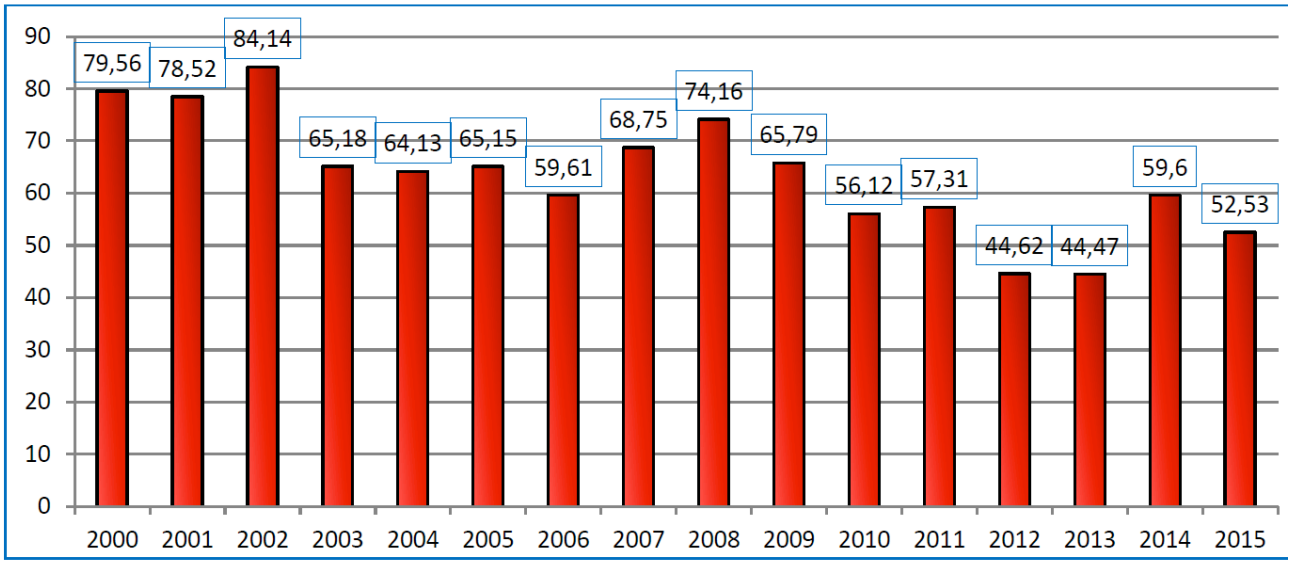
Répartition des types de contentieux pour les décisions rendues par la Cour constitutionnelle sur l'année 2015 :

Grafico n. 2 – I tipi di giudizio nel 2015 (sul totale delle decisioni)

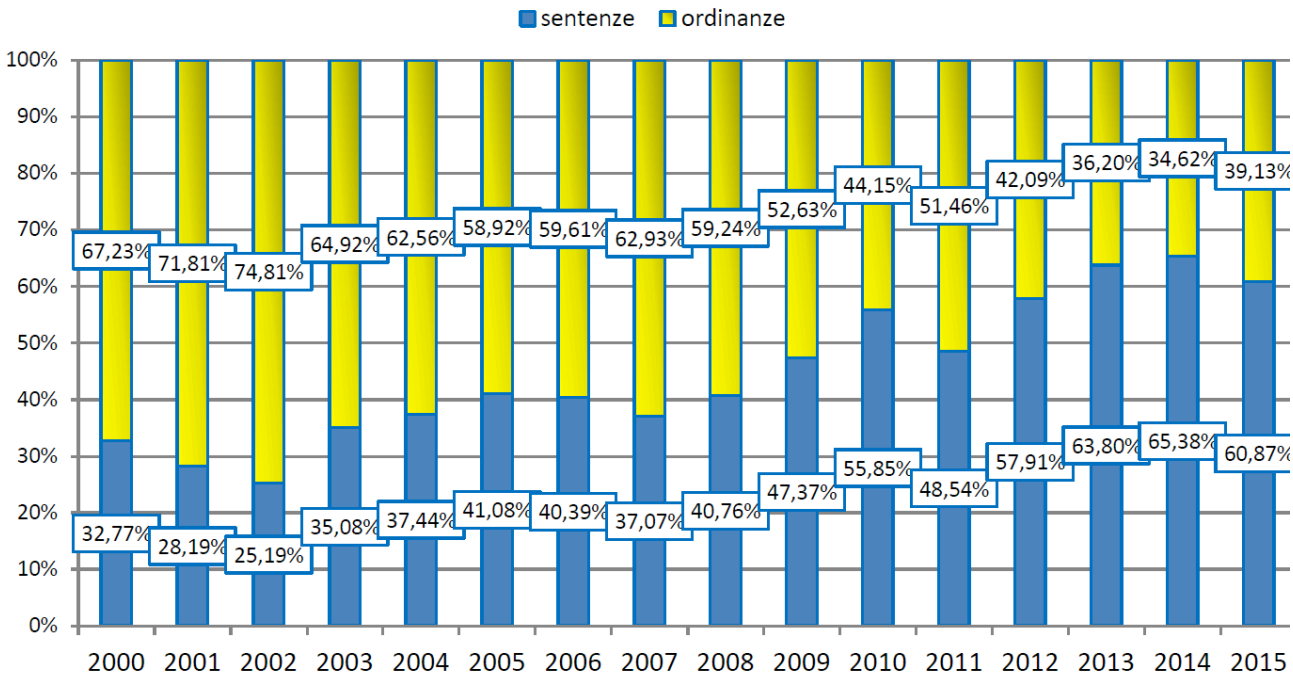


La place des décisions rendues dans le cadre d'un contentieux incident de constitutionnalité des lois sur l'ensemble des décisions depuis 2000 :

Grafico n. 3 – Il giudizio in via incidentale in rapporto al totale delle decisioni (2000-2015)



Le rapport entre le prononcé de « sentences » et « d'ordonnances » sur l'ensemble des décisions rendues depuis 2000 :



B. Les modalités de filtrage et de répartition des saisines

La Cour constitutionnelle italienne ne connaît pas de formation spécifique, à l'exception de celle chargée de juger pénalement les infractions commises par le Président de

la République. Dans ce contexte, l'essentiel du contentieux dont est saisie la Cour est traité par sa formation ordinaire de 15 juges. Le filtrage n'échappe pas à cette organisation : les questions de recevabilité et d'admissibilité des requêtes relèvent de la formation ordinaire de la Cour et sont ainsi examinées par la même formation que celle qui juge au fond. Cette fusion du jugement sur la recevabilité et du jugement au fond conduit les acteurs du procès constitutionnel à affirmer que le filtrage n'existe pas dans le contentieux italien. Lors du débat qui a eu lieu à la fin des années 1990 sur la question de l'introduction d'un recours direct des citoyens devant la Cour constitutionnelle, l'idée de constituer deux formations au sein de la Cour constitutionnelle a été discutée. Elle fut rejetée – tout comme le recours direct – en raison d'une crainte de jurisprudences divergentes entre les deux formations. Par ailleurs, le système de nomination ainsi que le nombre impair de juges rendraient difficile, d'un point de vue pratique, la constitution de deux formations.

En revanche, le filtrage relève des juges ordinaires dans le cadre de la « question incidente de légitimité constitutionnelle » soulevée à l'occasion d'un procès au fond et envoyée à la Cour constitutionnelle (contrôle incident de constitutionnalité). Contrairement à la QPC française, il n'existe pas de système de double filtrage ; celui-ci est opéré par le juge devant qui est soulevée pour la première fois la question de constitutionnalité. La question est alors directement transmise à la Cour constitutionnelle dès lors que les conditions de recevabilité sont considérées comme étant remplies. Aux termes de l'article 1 de la loi constitutionnelle n°1 de 1948, confirmé par l'article 23 de la loi n° 87 de 1953, deux conditions de recevabilité encadrent la transmission des questions de légitimité constitutionnelle. La première est relative au caractère déterminant de la question pour la résolution au fond du litige principal ; ce critère porte sur la rilevanza de la question. La seconde condition impose le caractère non manifestement infondé (non manifesta infondatezza) de la question de constitutionnalité posée et conduit le juge du fond à un véritable pré-contrôle de constitutionnalité. Les juges du fond jouent ainsi le rôle de « portiers » du jugement de constitutionnalité selon l'expression imagée de Piero Calamandrei en ce que leur appartient le pouvoir d'ouvrir ou de fermer la porte qui donne accès à la Cour constitutionnelle. Selon Franco Gallo, « *cette fonction de sélection préalable des affaires, confiée, répétons-le, à tous les juges de la République et non seulement aux juridictions supérieures, contrebalance presque entièrement l'absence dans le système italien de recours individuel direct de constitutionnalité afin de garantir les droits fondamentaux. L'expérience enseigne en effet que là où sont prévues des formes de recours direct, les cours constitutionnelles reçoivent un nombre très élevé de questions qui oblige à faire présélectionner les affaires à trancher par des formations de jugement restreintes ou même par des assistants de justice. Ces formations finissent ainsi par exercer la même fonction que*

les juges ordinaires dans le modèle italien, mais parfois sans avoir à motiver leurs choix. Il ne semble donc pas que l'absence de recours direct diminue en pratique la protection des droits »[291].

La Cour constitutionnelle italienne n'est cependant pas restée indifférente au travail de filtrage des juges du fond ; elle contrôle en effet la motivation du juge du fond quant au respect des deux critères de recevabilité des questions. Plus fondamentalement et pour éviter tout engorgement de son contentieux en raison d'une importance croissante des questions de légitimité constitutionnelle par voie incidente, la Cour a déployé, à partir des années 1990, une jurisprudence contraignant les juges du fond à opérer un filtrage poussé des questions de constitutionnalité. À cette occasion, la Cour constitutionnelle a, de manière prétorienne, dégagé un troisième critère de recevabilité des questions incidentes de constitutionnalité : elle exige en effet désormais que les questions ne lui parviennent que si les juges font la démonstration, dans leur ordonnance de renvoi, qu'ils n'ont pu « sauver » la loi contestée par la voie de l'interprétation conforme à la Constitution (cf. en particulier l'arrêt n° 356 de 1996).

C. LES DÉLAIS DE JUGEMENT

La Cour constitutionnelle italienne n'est soumise à aucun délai de jugement. L'absence de contrainte temporelle en matière de jugement rend particulièrement fondamental le pouvoir du Président de la Cour constitutionnelle qui est maître de la détermination des rôles.

D. LES ÉVOLUTIONS CONSTATÉES

Depuis les années 1990, la volonté assumée par la Cour de diminuer le nombre de questions en légitimité constitutionnelle a conduit à un contrôle particulièrement poussé, par la Cour constitutionnelle, des modalités de filtrage par les juges du fond, notamment à travers la construction d'un troisième critère de recevabilité (cf. *supra*). Aucune autre évolution ne peut être relevée sur ce terrain depuis les années 1990. De fait, les statistiques démontrent cependant une augmentation nette du contentieux par voie principale (essentiellement du fait de nombreux conflits de compétences entre les régions et l'État depuis la révision constitutionnelle de 2001 ayant impulsé une importante régionalisation de l'État) qui s'accompagne par ailleurs d'une diminution importante du contentieux par voie incidente.

---

[291] F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.

II. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A. Composition de la juridiction

La Cour constitutionnelle comprend deux formations : la formation ordinaire et la formation spéciale.

Dans sa formation ordinaire, la Cour constitutionnelle se compose de quinze juges nommés pour un mandat de 9 ans depuis 1967 (initialement, le mandat des juges constitutionnels était de 12 ans) non renouvelable. Cinq juges sont désignés par le Parlement réuni en séance conjointe à la majorité des 2/3 des membres pour le premier tour puis à une majorité des 3/5e pour les tours suivants. Cinq juges sont désignés par le Président de la République. Les cinq derniers juges sont désignés, selon l'article 135 alinéa 1 de la Constitution, par « *les magistratures suprêmes ordinaire et administrative*s ». Cette dernière désignation s'opère ainsi : trois juges sont choisis par la Cour de Cassation, un par le Conseil d'État et un par la Cour des comptes. La Cour siège avec la participation des quinze juges ou d'au moins douze d'entre eux en cas de vacances, empêchements ou désistements. Le renouvellement ne se fait pas par tiers mais pour chaque juge, à la fin de son mandat, par l'autorité de nomination.

Selon l'article 135 alinéa 2 de la Constitution de 1947, « les juges de la Cour constitutionnelle sont choisis parmi les magistrats, même en retraite, des juridictions supérieures, ordinaire et administratives, les professeurs titulaires des facultés de droit et les avocats comptant vingt ans d'exercice de leur activité professionnelle ». Dans sa composition actuelle, siègent à la Cour constitutionnelle neuf professeurs titulaires des facultés de droit.

La formation spéciale de la Cour est compétente pour juger pénalement le Président de la République ainsi que les Ministres. Elle se compose de la formation ordinaire à laquelle s'ajoutent seize « juges » associés tirés au sort sur une liste de citoyens dressée tous les neuf ans par le Parlement.

B. Le rôle et l'influence respectifs de chacun des acteurs de la juridiction

Selon l'article 135 alinéa 5 de la Constitution de 1947, « la Cour élit parmi ses membres, suivant les normes établies par la loi, son Président qui reste en fonction pour une période de trois ans et qui est rééligible, dans le respect toutefois de la date de cessation de ses fonctions de juge ». L'élection a lieu au scrutin secret et à la majorité absolue lors des deux premiers tours. Par la suite, il y a ballotage entre les deux premiers candidats. En cas d'égalité des voix, est élu le plus ancien juge puis, s'il existe une égalité d'ancienneté, le juge le plus âgé.

Le Président de la Cour constitutionnelle italienne dispose de nombreux pouvoirs : il fixe l'ordre de délibération des affaires, le rôle des audiences, il dirige les débats, désigne le juge rapporteur et a voix prépondérante en cas d'égalité des voix.

Un seul juge rapporteur est désigné par requête. Cette désignation est effectuée par le Président de la Cour constitutionnelle.

Depuis 1987 et en vue d'accélérer la procédure, toutes les décisions, bien que prises collégialement, sont signées par le Président et le juge dit « rédacteur » qui, dans une grande majorité des cas, est le juge rapporteur. Cependant, lorsque le juge rédacteur n'est pas le juge rapporteur, cette mention informe de ce que le juge rapporteur a été mis en minorité, contraignant le président à nommer un autre juge chargé de rédiger, pour la majorité, la décision.

Chaque juge est entouré de trois assistants (seulement deux assistants avant les années 80) et d'un conseiller ; le Président dispose de quatre assistants.

Les assistants sont librement choisis par les juges constitutionnels ; il s'agit généralement d'universitaires ou de magistrats. De fait, les juges qui sont par ailleurs universitaires vont privilégier une assistance juridique par des magistrats afin d'être éclairés sur les aspects plus procéduraux et techniques. Les conseillers sont en revanche des fonctionnaires de la Cour mis à la disposition des juges.

Le travail des assistants est fondamental : ils sont en effet chargés de constituer un dossier qui sera transmis à l'ensemble des juges. Ce dossier comporte les faits (qui seront généralement reproduits dans la décision), les questions soulevées, les dispositions attaquées, les normes de contrôle, la jurisprudence constitutionnelle avec les principes qui ont déjà été dégagés sur le problème de droit soulevé par l'affaire, la jurisprudence des juges du fond, la jurisprudence européenne et étrangère ainsi que la position de la doctrine. Ce dossier peut faire plus de 1 300 pages. La mention de la jurisprudence passée sur la question soulevée devant le juge est particulièrement importante car la Cour constitutionnelle cherche à inscrire sa jurisprudence dans le respect du précédent.

La Cour constitutionnelle dispose d'un Secrétaire général, actuellement Monsieur Carlo Visconti. Celui-ci gère la direction administrative d'un ensemble de départements : le service des affaires générales et personnelles, le service des greffes, le service de la bibliothèque ou encore le service des études. Si le rôle du Secrétariat général est purement administratif, celui attribué au « Service des études » est fondamental pour le fonctionnement de la Cour. Ce service est en effet chargé d'analyser les décisions de la Cour, de les résumer, de les classer et de les diffuser grâce à un logiciel accessible par intranet. Il peut également constituer des dossiers thématiques dont les sujets peuvent être proposés par un juge constitutionnel.

C. Composition de la formation de jugement et répartition des affaires entre les différentes formations

À l'exception du contentieux relatif à la mise en jeu de la responsabilité pénale du Président de la République ou d'un ministre, la Cour constitutionnelle italienne ne connaît qu'une formation, dite formation ordinaire, où siègent les quinze juges membres de la Cour.

Cette formation unique emporte l'absence de répartition des affaires entre d'éventuelles formations ou chambres.

III. La procédure

A. La collégialité

Une fois le travail du juge rapporteur finalisé, le rapport, qui constitue une pré-décision, est transmis à l'ensemble des juges qui composent la Cour constitutionnelle. La décision finale se fera toujours lors de sessions où est garanti le principe de la collégialité. Des réunions entre assistants sont parfois organisées pour permettre aux autres juges de connaître et de comprendre le projet de décision qui sera proposé en formation plénière et ordinaire.

B. Le contradictoire

Une audience publique est organisée lorsque les parties se sont constituées mais cette « constitution » des parties devant le juge constitutionnel n'est pas automatique. Dans le cadre particulier du contrôle incident de constitutionnalité des lois, l'ordonnance de renvoi émise par le juge du fond est publiée au *Journal officiel*. Cette publication fait courir le délai de 20 jours pendant lequel les parties engagées dans le procès au fond peuvent se constituer en parties devant la Cour constitutionnelle. Si, par la suite, les parties décident de se désister, le contentieux constitutionnel, en raison de son caractère objectif et autonome par rapport au procès au fond, se poursuit.

Lorsqu'il n'y a pas d'audience publique, la Cour se réunit « en chambre du conseil ».

Lors de l'audience publique, le rapporteur s'exprime pendant 5 minutes, puis le demandeur pendant 5 minutes et enfin le défenseur pendant 5 minutes. Des questions posées par les autres juges sont possibles. Le déroulement de l'audience publique démontre le caractère purement apparent du respect du contradictoire.

Par ailleurs, si les tiers intervenants peuvent participer au procès, dans la pratique, selon Paolo Passa lia, cela n'advient qu'exceptionnellement. Cette participation a cependant été admise lorsque :

- *« l'intérêt d'être partie au contrôle de constitutionnalité apparaît quand la Cour s'autosaisit d'une question de constitutionnalité, c'est-à-dire quand, au cours d'un contrôle de constitutionnalité, la Cour émet une ordonnance pour soulever une autre question de constitutionnalité d'une loi qu'elle doit appliquer lors de ce contrôle (décision no 20 de 1982) ;*
- *l'intervention dans le procès a quo de la personne qui a demandé d'intervenir dans le procès constitutionnel dépend de la réponse à la question soulevée (décision no 429 de 1991) ;*

- *l'intérêt du tiers est immédiatement affecté par le rapport substantiel sur lequel l'éventuelle décision d'inconstitutionnalité exercerait une influence directe, tendant à causer un préjudice grave à la position subjective qu'il a fait valoir (on l'appelle « l'intérêt qualifié » : décisions no 314 de 1992 et no 345 de 2005) »*[292].

D. La publicité

Aucun acte préparatoire à la décision ne fait l'objet d'une diffusion lors de la publication de la décision qui ne comportera que le nom du Président et du juge rédacteur. Le principe de la collégialité est donc préservé. La décision ne comporte pas d'opinions dissidentes ni concordantes et ne mentionne nullement le compte-rendu des débats ni le décompte des voix lors du vote.

E. La célérité

La Cour constitutionnelle ne connaît aucune contrainte temporelle. Dans la pratique et selon Paolo Passaglia, elle rend ses décisions par voie incidente au bout d'un an et à l'issue d'un an et demi dans les procédures par voie principale. En cas d'urgence dans le traitement de la question, la Cour peut juger en quatre mois.

IV. Le contrôle

A. Caractère du contrôle

Le contrôle de constitutionnalité des lois effectué par la Cour porte sur la norme contrôlée à l'égard de l'ensemble des dispositions constitutionnelles invoquées dans la requête (contrôle principal de constitutionnalité) ou l'ordonnance de renvoi émise par le juge du fond (contrôle incident de constitutionnalité).

Le contrôle par voie principale est un contrôle abstrait. Dans le cadre du contrôle incident en revanche, la Cour constitutionnelle n'hésite pas à se comporter en véritable Cour suprême, vérifiant notamment si la question de légitimité constitutionnelle a une réelle incidence sur l'issue du procès au fond. Pourtant, la Cour constitutionnelle se prononce, selon Paolo Passaglia, sans consultation du dossier propre au procès au fond au nom du principe de « l'autosuffisance de l'ordonnance du juge du fond ».

Enfin, la Cour constitutionnelle a adopté la théorie dite « du droit vivant » : selon cette

---

[292] F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.

théorie, la Cour constitutionnelle contrôle la loi telle qu'elle est effectivement interprétée et appliquée par les juges ordinaires.

B. LES POUVOIRS DU JUGE

La Cour constitutionnelle s'est discrétionnairement attribuée de nombreux pouvoirs permettant de redéfinir le cadre de son contrôle. Ainsi, elle peut, selon l'article 27 de la loi de 1953, étendre l'annulation à des dispositions dont l'inconstitutionnalité est liée au jugement qu'elle entend rendre : il peut s'agir de dispositions inséparables mais également de dispositions analogues à celle faisant l'objet du procès constitutionnel (« *La cour constitutionnelle* […] *déclare, dans les limites du recours, quelles sont les dispositions législatives illégitimes. Elle déclare, en outre, quelles sont les autres dispositions législatives dont l'illégitimité découle comme conséquence de la décision adoptée* »). Cette inconstitutionnalité, qui pourrait être qualifiée d'inconstitutionnalité « par voie de conséquence » est assez classique dans le cas où la disposition jugée inconstitutionnelle fonde d'autres normes législatives : dans ce cas en effet, l'inconstitutionnalité de la première emporte celle des secondes. La problématique devient plus importante, selon Paolo Passaglia, lorsque la Cour constitutionnelle est saisie dans le cadre d'un recours par voie d'action initié par l'État contre une loi régionale ; il se peut en effet que d'autres Régions disposent de normes analogues à celle jugée inconstitutionnelle par la Cour. Dans ce cadre, la Cour a parfois déclaré d'autres inconstitutionnalités sur le fondement de l'article 27 de la loi de 1953 mais, en raison l'importante critique doctrinale qu'elle subit à cette occasion, elle refuse désormais de déclarer les autres normes régionales identiques inconstitutionnelles au nom du respect du principe du contradictoire.

Par ailleurs, elle ne se considère pas liée par les requêtes et moyens présentés par les parties ou mentionnés dans l'ordonnance de renvoi du juge du fond : elle peut ainsi soulever d'autres moyens d'inconstitutionnalité.

La Cour constitutionnelle italienne ne s'est pas engagée dans la voie d'un élargissement volontaire du contrôle de constitutionnalité qu'elle exerce. Cependant, la diminution importante du nombre de questions en légitimité constitutionnelle l'a récemment mené à rappeler, dans une succession d'*obiter dicta*, que le contrôle de constitutionnalité demeure, en Italie, un contrôle concentré qui ne relève que de la Cour constitutionnelle. De fait, sa politique jurisprudentielle ayant conduit au déploiement d'un véritable pré-contrôle de constitutionnalité par les juges du fond la condamne désormais à chercher à desserrer le filtrage opéré par ces derniers.

Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a participé, par sa jurisprudence, à élargir le cadre de la question de légitimé constitutionnelle en interprétant largement la notion de « juridiction » devant laquelle cette question peut être posée (elle accepte ainsi les questions posées par la Cour des comptes ou encore par le juge de l'exécution des peines). Comme le rappelle Franco Gallo, ancien président de la Cour constitutionnelle italienne, « la Cour

constitutionnelle a adopté un critère objectif : est considéré comme « juge » quiconque est investi, même de manière exceptionnelle et provisoire, d'une fonction d'application objective de la loi en tant que tiers indépendant des parties, même si celui-ci n'est pas titulaire d'une fonction juridictionnelle dans un sens subjectif. L'exercice, objectivement considéré, d'une fonction juridictionnelle, donne au sujet qui l'exerce la qualification de « juge », nécessaire pour qu'il puisse renvoyer une question incidente de constitutionnalité »[293].

Généralement, la Cour constitutionnelle a un pouvoir d'abrogation de la norme législative déclarée inconstitutionnelle. Selon l'article 136 de la Constitution en effet, « *lorsque la Cour déclare l'inconstitutionnalité d'une règle de loi ou d'un acte ayant force de loi, la règle de loi cesse de produire effets dès le lendemain de la publication de la décision* ». Pour autant, de manière prétorienne, la Cour prononce depuis les années 1960, des censures avec effet rétroactif et, depuis les années 1980, elle module dans le temps les effets de ses arrêts d'inconstitutionnalité.

La Cour constitutionnelle a par ailleurs déployé des techniques de contrôle particulièrement complexes, rendant des décisions relativement hétérogènes. Ainsi, la Cour constitutionnelle rend régulièrement des décisions dites « manipulatives » : celles-ci soit comportent une réserve d'interprétation (décisions additives), soit excluent une interprétation possible de la loi (décisions ablatives) soit remplacent la disposition législative contestée par une autre règle (décisions substitutives).

La Cour constitutionnelle peut accompagner ses décisions d'annulation d'une injonction à destination du Gouvernement ou du Parlement en vue d'une réécriture à venir de la loi.

Enfin il convient de noter qu'une déclaration de constitutionnalité de la loi n'emporte aucun brevet de constitutionnalité dans le cadre du recours incident de constitutionnalité : dans ce cas en effet, la Cour constitutionnelle répond à la question posée par le juge du fond. Une autre question de constitutionnalité posée à l'égard de la même norme pourrait ainsi mener à une déclaration d'inconstitutionnalité.

V. La décision

A. L'INSTRUCTION

Le rôle des assistants de chaque juge rapporteur est fondamental en matière de compilation des sources. Ces derniers sont en effet chargés de constituer un dossier

[293] F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.

extrêmement complet qui représentera l'outil central menant à la prise de décision lors de la délibération. Toutes les sources sont monopolisées (mémoire des parties, travaux parlementaires, jurisprudences diverses, doctrine, etc.).

Une étude de droit comparé peut être demandée par un assistant, par le juge rapporteur et, plus rarement, par un juge non rapporteur. Celui-ci sera réalisé par le service de droit comparé attaché à la Cour. Généralement, les juges demandent des dossiers thématiques sur des sujets qui relèvent du contentieux dont ils sont saisis. Les rapports de droit comparé s'intéressent essentiellement au Conseil constitutionnel français, à la Cour constitutionnelle allemande, au Tribunal constitutionnel espagnol, à la Cour suprême des États-Unis et à la jurisprudence britannique.

La Cour a certes des pouvoirs d'instruction qui sont particulièrement étendus mais selon Paolo Passaglia, les juges constitutionnels usent peu de ces pouvoirs. Les ordonnances d'instruction n'étant pas publiées, il demeure difficile de quantifier ce recours à l'instruction ; dans la pratique, la Cour constitutionnelle italienne préfère demander des informations supplémentaires aux parties ou s'informer par voie indirecte en contactant un ministère ou une administration.

B. LE DÉLIBÉRÉ

Les délibérations se font en présence des seuls juges. Après la présentation du projet de décision par le juge rapporteur, tous les juges peuvent intervenir avant la mise au vote (tour de table). Le vote concerne tant le dispositif que la motivation. Les délibérations n'ont lieu qu'à l'égard des *sentencia*, non des *ordonanza*.

Pour chaque décision, la Cour vote deux fois : une première fois sur le dispositif puis, une fois la motivation rédigée, sur les motifs. De ce fait, les majorités peuvent différer entre celle ayant validé le dispositif et celle s'étant prononcée sur les motifs. Le vote fait intervenir tour à tour les juges en commençant par celui qui a été le plus récemment nommé.

En l'absence d'opinions dissidentes ou concordantes (non autorisées en Italie), la décision peut être adoptée et publiée à l'issue de la délibération. Il arrive cependant que la Cour constitutionnelle décide de reporter la rédaction de la décision tout en informant de son dispositif par un communiqué de presse (parfois le délai entre la publication du Communiqué de presse et celle de la décision peut aller jusqu'à 3 mois). Dans ce contexte, la situation juridique est relativement complexe : une disposition peut être en effet connue comme étant inconstitutionnelle avant la publication de la décision. De jure, elle demeure valide dans l'ordre juridique.

C. L'ŒUVRE

La Cour constitutionnelle rend deux types de décision. En effet, aux termes de l'article 18 de la loi n. 87 de 1953, « la Cour juge de manière définitive par une sentence. Tous les autres actes relevant de sa compétence sont adoptés par voie d'ordonnances » :

- les *ordonanza* : il s'agit de décisions peu motivées qui se prononcent sur une question de procédure ou de rejet et qui conclut à une inadmissibilité manifeste. « *Les deux types d'ordonnances les plus communs concernent les questions manifestement dépourvues de fondement et celles manifestement irrecevables. Généralement, la première ordonnance est utilisée pour décider des questions précédemment déclarées dépourvues de fondement par la Cour ou qui se fondent sur un présupposé interprétatif erroné. La seconde sert dans le cas où manquent les conditions procédurales prévues pour la saisine ou quand il est demandé à la Cour d'intervenir dans le domaine discrétionnaire de nature politique qui relève de la compétence politique du législateur* »[294]. Ces *ordonanza* sont rédigées par le juge rapporteur et distribuées aux 14 autres juges. Lorsqu'elles ne font l'objet d'aucune contestation, elles ne sont pas discutées en formation plénière et sont publiées. Lorsqu'il y a contestation, elles sont discutées en formation plénière. Ces *ordonanza* peuvent également conclure à une décision de « restitution des actes au juge a quo » : il s'agit d'un cas classique de vice procédural lorsque la disposition renvoyée par le juge du fond a été modifiée par une réforme législative. La restitution des actes a pour but de permettre au juge a quo de réexaminer la question avant, le cas échéant, de la renvoyer à la Cour constitutionnelle.
- les *sentenza* : il s'agit des décisions qui se prononcent sur le fond et qui font toujours l'objet d'une discussion collégiale en séance plénière.

Lorsque la Cour se prononce à travers une ordonnance, on parle d'une formation « en Chambre du Conseil » (organiquement, il s'agit cependant de la même formation que pour les sentences, à savoir la formation ordinaire de quinze juges la Cour constitutionnelle).

De manière assez originale, la rédaction des décisions varie selon que le juge rédige une ordonnance ou une sentence. Si l'excès de formalisme a disparu pour les sentences, les ordonnances demeurent structurées autour de « retenu que » et « attendu que ».

Depuis 2006, les services de la Cour diffusent des décisions dans leur traduction en langue anglaise. Il s'agit généralement, selon Paolo Passaglia, d'une quinzaine de décisions par an. Si au départ, le choix quant aux décisions à traduire appartenait au directeur du service des études, c'est désormais le juge rapporteur qui propose la traduction de certaines décisions. Ces traductions sont réalisées par des traducteurs professionnels extérieurs à la Cour.

La décision définitive est ainsi structurée :

---

[294] F. GALLO, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.

a) Les faits
b) Les considérants en droit
c) Le dispositif

Elle est au besoin accompagnée d'un communiqué de presse.

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL POLONAIS

-

Miroslaw GRANAT

Professeur à l'Université de Varsovie et juge à la Cour constitutionnelle de Pologne

I. Présentation générale de contrôle judiciaire de constitutionnalité du droit en Pologne

Le contrôle judiciaire de constitutionnalité a été institué en Pologne au début des années 1980, sous l'empire donc d'un régime appelé le *socialisme réel*. C'était à l'époque un contrôle centralisé, il l'est toujours, exercé par un tribunal constitutionnel et basé sur le modèle kelsénien de justice constitutionnelle. Le Tribunal Constitutionnel était à ses origines une autorité dotée de compétences restreintes. Il a néanmoins su s'imposer dans le système constitutionnel en renforçant peu à peu sa position. Avec la Constitution en vigueur, celle de 1997) il a acquis un statut de tribunal constitutionnel *par excellence.* Cela signifie que ses décisions sont obligatoires *erga omnes* et définitives et sa compétence assez large, propre à un "*tribunal sur le droit*". Le Tribunal se qualifie lui-même de "*tribunal sur le droit*" ou "*tribunal du droit*" en précisant ainsi qu'il n'est pas une autorité d'application du droit, mais celle de contrôle du droit, sa tâche étant de trancher quelle règle de droit possède une force obligatoire.

La Constitution range le Tribunal Constitutionnel parmi les autorités du pouvoir judiciaire (art. 10 al. 2 et art. 173). Il se compose de juges indépendants, les jugements sont rendus après l'audience.

Le Tribunal Constitutionnel exerce le contrôle de constitutionnalité abstrait (à la *requête*) ainsi que le contrôle concret (*question juridique, plainte constitutionnelle*). De surcroît le Tribunal tranche les conflits de compétence entre les autorités centrales constitutionnelles de l'État et statue sur la conformité à la Constitution des objectifs ou de l'activité des partis politiques.

Durant la période du mai 1986 au mai 2016 le Tribunal Constitutionnel a rendu plus de

10 000 décisions de type différent[295].

Depuis l'automne 2015 le Tribunal Constitutionnel vit une période de crise. La situation de crise a été provoquée par Sejm (la Diète) de la VIIe législature ainsi que celui de la VIIIe législature à ses débuts. Les deux corps législatifs ont en définitive désigné un double nombre de juges. D'abord les députés de la VIIe législature avait élu 5 nouveaux juges (même s'il n'y a eu à ce moment que 3 postes vacants). Deux juges restaient donc "en stock" (en attente jusqu'à la libération des nouveaux postes). Ensuite les parlementaires de la VIIIe législature ont élu trois juges à leur tour (pour trois postes vacants). Le nombre de juges désignés au total a excédé le nombre de postes à pourvoir au Tribunal Constitutionnel.

Dans son jugement du 3 décembre 2015[296], le Tribunal Constitutionnel a affirmé que siégeaient au Tribunal 12 juges dont le statut était incontestable. Les modalités destinées à pourvoir trois autres postes étaient en revanche l'objet de controverses. Entre novembre 2015 et décembre 2016, Sejm a successivement adopté 7 lois relatives à l'organisation et aux modalités du travail du Tribunal Constitutionnel. Ces lois, notamment celles de novembre et de décembre 2015 ainsi qu'une loi de juillet 2016 ont de fait paralysé le fonctionnement du Tribunal Constitutionnel.

Le 20 décembre 2016, le Président de la République a nommé un nouveau président du Tribunal Constitutionnel. Celui-ci a fait le même jour intégrer les trois juges désignés par les députés de la VIIIe législature au sein du Tribunal. De cette manière, le Tribunal compte actuellement 15 juges à ceci près que :

a) le statut de 3 d'entre eux est contesté à la lumière de la décision du 3 décembre 2015 ;

b) les trois juges désignés par les députés de la VIIe législature n'ont jamais intégré le Tribunal, le Président de la République n'ayant pas prêté leur serment. Les fondements légaux sur lesquels s'appuie le Tribunal ont été soumis en 2015/2016 à des amendements successifs. C'était notamment :

a) loi de 25 juin 2015 *relative au Tribunal Constitutionnel* (révisée à deux reprises – en novembre et en décembre 2015[297];

b) loi du 22 juillet 2016 relative au Tribunal Constitutionnel[298]

---

[295] Selon Internetowy Portal Orzeczeń TK (Site internet de décisions du TC) dès 1986 le Tribunal Constitutionnel a rendus 1300 jugements, 9134 arrêtés, 16 arrêtés provisoires, 84 résolutions et 184 autres décisions.

[296] Voir la décision du TC du 3 décembre 2015, dossier K 34/15.

[297] Les deux révisions ci-mentionnées, privant le Tribunal de toute latitude d'action – ont été déclarées inconstitutionnelles (voir la décision du 9 décembre 2015, dossier K 35/15 et la décision du 9 mars 2016, dossier K 47/15). La décision du 9 mars 2016 n'a jamais été publiée dans *Dziennik Ustaw* (Journal des lois) par le Président du Conseil des Ministres.

[298] Le Tribunal Constitutionnel dans sa décision du 11 août 2016 (dossier 39/16) a constaté l'inconstitutionnalité

Somme toute, au 1er janvier 2017, le statut du Tribunal Constitutionnel est régi par :

- loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Tribunal Constitutionnel, entrée en vigueur le 3 janvier 2017 ;
- loi du 30 novembre 2016 relative au statut des juges du Tribunal Constitutionnel, entrée en vigueur le 3 janvier 2017 ;
- loi du 13 décembre 2016 relative aux modalités d'application de ces deux lois ; une partie de dispositions de cette loi est entrée en vigueur le 20 décembre 2016 et une autre le 3 janvier 2017.

Il paraît intéressant de constater que la façon dont ces lois organisent le fonctionnement du Tribunal Constitutionnel ressemble étrangement à la réglementation mise en place par la loi relative au Tribunal Constitutionnel du 1er août 1997, le texte qui était donc en vigueur avant cette crise de la justice constitutionnelle en Pologne.

Le présent rapport s'appuie sur les dossiers et des notes propres de son auteur, des matériaux et des communiqués publiés par le Tribunal Constitutionnel ainsi que sur des études de recherche universitaires.

II. Traitement des saisines

A. Les différentes saisines

Le Tribunal est saisi selon des modalités variables en fonction de la catégorie de requérants :

- Le Président de la République, le Président du Sejm, le Président du Sénat, le Président du Conseil des Ministres, cinquante députés, trente sénateurs, le Premier président de la Cour suprême, le Président de la Haute cour administrative, le Procureur général, le Président de la Chambre suprême de contrôle, le Défenseur des droits civiques, le Conseil national de la magistrature, les autorités délibérantes des collectivités territoriales les autorités nationales des syndicats et les autorités nationales des organisations des employeurs et des organisations professionnelles, les Églises et les autres unions confessionnelles.

- Sur le fondement de l'art. 191 de la Constitution de la République de Pologne du 2 avril 1997, (soit la Constitution de la RP”), c'est une requête qui est déposée ;

- toute juridiction (de droit commun ou administrative) peut déposer une question juridique lorsque la solution de l'affaire en instance dépend de la réponse à cette question ;

---

de cette même loi. La décision n'a pas non plus été publiée dans *Dziennik Ustaw* (Journal des lois) par le Président du Conseil des Ministres.

- toute personne qui estime qu'une disposition législative ou réglementaire déjà en application porte atteinte aux droits et libertés qui lui sont garantis par la Constitution peut déposer une plainte constitutionnelle.

Lorsque le Tribunal est saisi d'une requête, d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle, sa tâche consiste à vérifier la conformité hiérarchique des règles de droit. Le Tribunal statue sur la conformité à la Constitution des dispositions des lois et des traités, sur la conformité aux traités internationaux ratifiés des lois et sur la conformité à la Constitution de la RP des actes réglementaires émanant des autorités de l'État.

Lorsqu'il est saisi d'une plainte constitutionnelle, le Tribunal est compétent pour statuer sur la conformité à la Constitution de tout acte réglementaire. Ses attributions se rapportent également à des dispositions du droit dérivé de l'Union Européenne (des règlements et des directives). En conséquence, il est judicieux de dire que le Tribunal Constitutionnel est avant tout une juridiction de contentieux normatif.

Lorsque le Tribunal Constitutionnel est saisi d'une requête, le contrôle de constitutionnalité est abstrait. Par contre, s'il est saisi d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité est concret. En effet, le Tribunal ne peut répondre à la question juridique que si la solution de l'affaire en instance devant une juridiction en dépend. Le contrôle de constitutionnalité de l'acte normatif suivant une plainte constitutionnelle peut s'exercer uniquement si c'est en vertu de cet acte que l'autorité judiciaire ou l'autorité de l'administration publique se sont définitivement prononcées sur les libertés ou les droits d'une personne ou sur ses devoirs définis par la Constitution.

En règle générale, le contrôle de constitutionnalité s'exerce *a posteriori*, c'est-à-dire qu'il vise les dispositions légales mises en application. Seul le Président de la République peut demander au Tribunal Constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi avant de la signer. C'est le seul cas de contrôle de constitutionnalité *a priori*.

Si l'on parle des requêtes, il est à noter que les textes ne prévoient aucun délai strict à observer pour que la saisine soit recevable devant le Tribunal Constitutionnel. Toutefois lorsque le Président de la République défère au Tribunal une loi avant de la signer, il doit le faire dans le délai de 21 jours suivant la transmission[299], soit le même délai dont il dispose pour y apposer sa signature[300].

Il en va autrement pour ce qui est d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle. Le Tribunal Constitutionnel peut être saisi d'une question juridique lorsque

---

[299] Cf. art. 122 al. 2 de la Constitution de la République de Pologne.

[300] Du 16 octobre 1996 au 31 décembre 2016, le Président de la République a déposé 58 requêtes de contrôle de constitutionnalité (dont 31 selon un mode de contrôle préventif et 27 de contrôle *a posteriori.*

l'affaire est toujours en instance devant une juridiction. Si par contre l'affaire en instance est close, toute question juridique émanant de la juridiction concernée est irrecevable. La plainte constitutionnelle à son tour ne peut être déposée que dans le délai de 3 mois à compter de la notification au requérant de la décision ayant la force de chose jugée ou de toute autre solution à l'affaire qui n'est plus susceptible de recours.[301]

En principe aucun délai pour statuer n'est légalement imparti au Tribunal lorsqu'il est saisi d'une requête, d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle. Néanmoins s'il a à se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi de finances ou d'une loi portant sur les douzièmes provisoires avant qu'elles ne soient signées par le Président de la République, il doit trancher dans le délai de 2 mois à compter de sa saisine. [302] Dans tous les autres cas l'appréciation de la conformité à la Constitution est faite dans les délais fixés par une formation de jugement à laquelle l'affaire est confiée en fonction du poids et de la complexité de celle-ci.

La loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Conseil Constitutionnel a prévu les modalités suivantes :

a) lorsque l'affaire est examinée lors d'une audience, celle-ci ne se déroule pas avant 30 jours à compter de la date à laquelle toutes les parties en sont dûment informées[303];

b) lorsqu'une loi peut entraîner des charges financières non prévues par la loi budgétaire, ou par loi relative au budget provisionnel, le président du Tribunal s'adresse au Conseil des Ministres pour avis dans le délai de 2 mois. [304];

c) toute partie à l'instance présente ses observations dans le délai "défini par le président du Tribunal"[305] (dans l'état du droit précédent il le faisait dans le délai de 2 mois à compter de la notification). La loi relative au TC du 30 novembre 2016 n'a pas repris de disposition selon laquelle le premier délibéré se tenait dans le délai de 2 mois au plus tard à compter de l'expiration du délai imparti aux parties à l'instance pour présenter leurs observations.

---

[301] Cf. art. 77 al. 1 de la loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Conseil Constitutionnel.
[302] Cf. art. 224 al. 2 de la Constitution de la République de Pologne.
[303] Cf. art. 65 al. 1 de la même loi.
[304] Cf. art. 65 al. 1.
[305] Cf. art. 66 al. 4.

B. LE FILTRAGE DES RECOURS

1. Les conditions de recevabilité

Les conditions de recevabilité des requêtes et des questions juridiques sont définies dans la loi portant sur le Tribunal Constitutionnel. À la lumière de l'article 60 et 61-62 de la LTC, la requête doit correspondre aux caractéristiques d'une pièce de procès et elle doit contenir notamment :

1. définition d'un objet du contrôle,
2. indication d'une /des norme/s de référence,
3. exposition d'un grief d'inconstitutionnalité en citant des arguments et des preuves à l'appui Dans le cas où la requête est déposée par un groupe de députés ou de sénateurs, la liste nominale avec leurs signatures est jointe.

Conformément à l'art 60 et 63 de la LTC, la question juridique posée par un tribunal revêt une forme d'arrêt de celui-ci. Elle doit spécifier notamment :

1. la définition de l'objet du contrôle,
2. l'indication d'une /des / norme/s / de référence,
3. l'exposé d'un grief d'inconstitutionnalité en citant des arguments et des preuves à l'appui,
4. l'indication de l'affaire en instance devant le tribunal demandeur à laquelle la question juridique se rapporte,
5. l'indication de l'impact de la réponse à la question juridique sur la solution de l'affaire en instance indiquée. Le dossier de l'affaire en instance en question est joint.

Les conditions visées remplies, les saisines sont portées devant les formations de jugement respectives désignées à cette fin. Si par contre on y constate des manquements, le Président du Tribunal s'adresse aux auteurs des saisines en leur demandant d'y apporter des corrections nécessaires. Une fois que la saisine est en état, le Président du Tribunal fait donner suite à l'affaire.

2. Spécificités de certaines requêtes

Dans le cas de requêtes déposées par les autorités délibérantes des collectivités territoriales, les autorités nationales des syndicats, les autorités nationales des organisations des employeurs et des organisations professionnelles, les Églises et les autres unions confessionnelles ainsi que dans le cas d'une plainte constitutionnelle, le Président du Tribunal de nouveau les fait soumettre à l'examen de recevabilité préalable pour trancher si la requête ou la plainte constitutionnelle remplit les conditions requises pour lui donner suite.

Quelle spécificité par rapport aux autres requêtes ?

Les requêtes déposées par les autorités délibérantes des collectivités territoriales, les autorités nationales des syndicats, les autorités nationales des organisations des employeurs et des organisations professionnelles, les Églises et les autres unions confessionnelles ne peuvent

viser que les textes qui se rapportent directement à leurs fonctionnements respectifs. Si l'étendue de la requête est plus large (le requérant attaque de surcroît une norme /des normes/ qui n'entre/nt pas dans son champ de compétence immédiat, ce « surcroît » est irrecevable. Dans ce sens, l'étendue des requêtes par les autorités ci-mentionnées est réglementée.

3. Organe de filtrage

C'est la formation de jugement de juge unique[306] qui statue le cas échéant sur la recevabilité des requêtes et des plaintes constitutionnelles. Le Tribunal Constitutionnel rend par la suite un arrêt à ce sujet. L'arrêt où le Tribunal refuse de donner suite à la requête ou à la plainte constitutionnelle est susceptible d'une plainte devant le TC dans le délai de 7 jours à compter de sa notification[307]. Une telle plainte est examinée lors d'un délibéré par une formation de jugement de 3 personnes.[308] La loi du 30 novembre 2016 est donc revenue à un examen préliminaire des requêtes et des plaintes constitutionnelles, tout comme c'était le cas de la loi du 1er août 1997. Les analyses préliminaires des requêtes et des plaintes constitutionnelles en vue du contrôle de leur recevabilité ainsi que la rédaction des projets d'arrêts en cette matière incombent au personnel de *Wydział ds. wstępnej weryfikacji pism inicjujących postępowanie przed TK* autrement dit *Wydział Weryfikacji* (Département *chargé de vérifications préalables des saisines devant le TC* autrement dit *Département de Vérifcation)*. Dans l'organigramme du Tribunal Constitutionnel ce département constitue l'une des sections *de Biuro Służby Prawnej Trybunału* (*Bureau du Service Juridique du Tribunal*), une nouvelle unité remplaçant l'ancien groupe chargé de contrôle préliminaire des plaintes constitutionnelles et des requêtes du Bureau du TC[309].

Le Tribunal Constitutionnel prononce le refus de donner suite à la requête ou à la plainte constitutionnelle respectivement lorsque **:**

1) celles-ci ne satisfont pas aux conditions de recevabilité formelles posées par la loi portant sur le Tribunal Constitutionnel sans qu'il soit possible d'éliminer les vices de forme[310] ;
2) les vices de forme n'ont pas été éliminés malgré un appel à le faire de la part du TC[311] ;
3) celles-ci ont été retirées ;
4) celles-ci sont de toute évidence non-fondées[312]. Le requérant ou l'attaquant peut se plaindre

---

[306] Cf. **a**rt. 61 al. 4 de la loi du 30 novembre relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Conseil Constitutionnel.
[307] Cf. art. 61 al. 5.
[308] Cf. art. 37 l. 3 lettre c.
[309] Cf. art. 24 al. 2.
[310] Cf. art. 61 al. 4 point 1.
[311] Cf. art. 61 al. 4 point 2.
[312] Cf. art. 61 al. 4 point 3.

devant le TC de ces refus dans le délai de 7 jours à compter de la notification de l'arrêt[313]. Les plaintes sont examinées par une formation de jugement de 3 juges[314].
5) tout jugement ou décision rendus en matière soulevée serait inutile ou inadmissible. Ceci se produit lorsque la requête ou la plainte constitutionnelle a été déposée par une autorité qui n'y était pas habilitée ou lorsque l'objet de la requête ou de la plainte constitutionnelle est ou a déjà été en instance devant le Tribunal Constitutionnel et est à trancher ou a déjà été tranché. De même, le Tribunal Constitutionnel refuse de statuer sur une requête ou une plainte constitutionnelle lorsque l'acte réglementaire attaqué en partie ou dans sa totalité a été antérieurement abrogé. Il y a quand même une exception à ce dernier cas de figure. Or, si même les dispositions légales en cause ont été annulées, le contrôle de constitutionnalité de ces mêmes dispositions continue à être recevable à condition que le Tribunal Constitutionnel le considère utile pour la protection des libertés et droits constitutionnels.

Aucune de ces hypothèses n'entrant en jeu, le Tribunal Constitutionnel rend un arrêt sur la recevabilité de la saisine et il lui donne suite par conséquent.

II. Évolution : extension du contrôle

La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel présente une évolution substantielle allant vers l'extension de son champ de contrôle. Il est doté d'attributions de plus en plus larges pour le contrôle de constitutionnalité de la loi.

A. L'extension de son pouvoir de contrôle résulte de grandes lignes de sa jurisprudence par laquelle a été reconnue la compétence de rendre des jugements relatifs à l'étendue d'une disposition légale ainsi que des jugements relatifs à l'interprétation d'une disposition légale. Les premiers consistent en ce que le Tribunal ne déclare pas l'inconstitutionnalité d'une disposition intégrale, mais il le fait pour le champ d'application de celle-ci, les deuxièmes en ce que le Tribunal prononce l'inconstitutionnalité d'une certaine interprétation de la disposition en cause seulement.

B. L'ouverture plus large à la plainte constitutionnelle s'est également opérée. La plainte constitutionnelle peut être déposée non seulement par une personne physique mais aussi par différentes personnes morales dont publiques telles que les sociétés où le Trésor Public est l'actionnaire.

C. L'extension du pouvoir de cognition du Tribunal Constitutionnel vient enfin d'une formation d'une autre ligne jurisprudentielle selon laquelle il est possible de statuer sur ce que

---

[313] Cf. art. 61 al. 4 point 3.
[314] Cf. art. 37 al. 1 point 3 lettre b.

l'on appelle des omissions législatives. Dans le cas d'une telle omission, le Tribunal Constitutionnel constate dans sa décision qu'une disposition est inconstitutionnelle dans la mesure où elle ne contient pas de réglementation spécifique souhaitée. La décision relative à l'omission législative n'entraîne pas en principe de changement de cadre juridique, mais elle constitue une obligation pour le législateur d'adopter par la suite une réglementation appropriée.

D. La loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Tribunal Constitutionnel réinstitue un système de deux instances de procédure pour ce qui est de l'examen de recevabilité des requêtes et des plaintes constitutionnelles, ce que l'on considère généralement comme une chose positive. À l'heure actuelle, il appartient à un juge le souci d'examiner une requête ou une plainte constitutionnelle, et ensuite, en cas de refus, c'est au tour d'une formation de jugement de 3 juges de se prononcer sur la plainte contre ce refus initial.

Quelques données chiffrées afin d'illustrer le travail du Tribunal Constitutionnel en 2015[315]

Tableau 1

	Nombre d'affaires examinées	Nombre de jugements*	Opinions dissidentes
Les affaires soumises à la procédure de fond en 2015, dont:	303	173	22
Jugements	99	63	16
ordonnances de ***non lieu***	203	109	6
Ordonnances de *non lieu* partiel avant que le jugement ne soit rendu	1	1	

*le nombre de jugements est moindre que celui d'affaires examinées étant donné qu'il peut y avoir lieu un examen joint. Cela veut dire que le Tribunal tranche plus qu'une affaire avec un seul et même jugement.

Tableau 2

Saisines soumises à l'examen préliminaire en 2015, dont:	442
Affaires Tw (requêtes)	34
Affaires Ts (plaintes constitutionnelles)	408

[315] Source: Informacja o istotnych problemach wynikających z działalności i orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego w 2015 r., Trybunał Konstytucyjny, Warszawa 2016.

III. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A. Composition de la juridiction et influence de ses membres

1. La désignation des juges

Conformément à l'art. 194 de la Constitution de la RP, le Tribunal Constitutionnel est composé de quinze juges individuellement élus par le Sejm pour neuf ans parmi les personnes se distinguant par leur connaissance du droit. Leur réélection n'est pas autorisée. Cette réglementation se trouve partiellement reprise dans la loi du 25 juin 2015 portant sur le Tribunal Constitutionnel (soit la « LTC »). Il convient de souligner que la Constitution de la RP de 1997 dans son art. 197 stipule que l'organisation du Tribunal Constitutionnel et la procédure devant celui-ci sont déterminées par une loi. Comme on l'a déjà vu, ce sont notamment :

- la loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Tribunal Constitutionnel, entrée en vigueur le 3 janvier 2017 (soit la „uorg TK”) ;
- la loi du 30 novembre 2016 relative au statut des juges du Tribunal Constitutionnel, entrée en vigueur le 3 janvier 2017 (soit la „ussTK”).

Pour être élu juge du Tribunal Constitutionnel outre la connaissance remarquable du droit, on doit encore posséder des qualifications professionnelles requises pour prendre le poste de juge de la Cour Suprême (art. 2 de la ussTK). Les modalités de la présentation des candidatures et de l'élection des juges sont définies par la ussTK de 2016 et par le Règlement du Sejm de 1992. En vertu de l'art. 30 al. 1 de la LTC en lien avec l'art. 26 al. 1 du Règlement du Sejm c'est le Bureau du Sejm ou un groupe d'au moins 50 députés qui peuvent présenter des candidatures au Tribunal Constitutionnel. Un député ne peut soutenir qu'un seul candidat. Le dossier de candidature doit contenir une demande d'élection expresse motivée, des données générales sur le candidat ainsi que le consentement signé par celui-ci.

Le dossier est transmis au Président du Sejm dans le délai de 30 jours avant la date d'expiration du mandat d'un juge du Tribunal Constitutionnel sortant. Si c'est le juge qui se désiste de son mandat, le dossier est transmis dans le délai de 21 jours à compter de l'expiration du mandat prononcée. La procédure du vote n'est pas déclenchée avant le septième jour suivant la transmission aux députés de la liste de toutes les candidatures sauf si le Sejm en décide autrement.

Les dossiers de candidatures sont transmis par le Président du Sejm à une commission parlementaire compétente pour avis. Toute autre commission qui se déclare intéressée peut déléguer ses représentants pour qu'ils puissent assister à une délibération de la commission de fond. Celle-ci présente son avis par écrit au Président du Sejm. Ensuite le Président du Sejm ordonne de distribuer l'avis de la commission aux députés.

Le Sejm ne débat sur les dossiers de candidatures qu'au moins un jour après la

distribution de l'avis de la commission. Le Sejm est en pouvoir d'alléger dans des cas particuliers la procédure ainsi décrite et procéder à l'examen des dossiers sans demander à la commission de fond de donner son avis ou bien l'accélérer de manière à aboutir à l'élection dans le délai plus court que ne le prévoit le Règlement du Sejm. Conformément à l'art. 31 al. 1 du Règlement du Sejm, l'élection du juge au Tribunal Constitutionnel se fait à la majorité absolue des voix. S'il y a plus d'un candidat qui se présentent pour pourvoir un poste de juge du Tribunal Constitutionnel et aucun d'eux n'obtient la majorité absolue des voix au premier tour du scrutin, avant de procéder aux tours suivants, on barre de la liste le nom de candidat avec le moins de voix obtenues. S'il y a deux ou plusieurs candidats qui partagent le moins élevé nombre de voix, on barre de la liste chacun d'eux. Si au bout de la procédure aucun candidat n'obtient le nombre des voix requis, on reprend la procédure dès le début avec des candidats nouveaux.

L'arrêté du Sejm portant sur l'élection d'un juge du Tribunal Constitutionnel est publié dans le *Journal Officiel* de la République de Pologne «*Monitor Polski*» (*Moniteur Polonais*) .

La personne élue juge du Tribunal Constitutionnel prête serment devant le Président de la République (la formule du serment se trouve dans la ussTK). Refuser de prêter serment revient à se désister du TC. La loi du 30 novembre 2016 relative au statut des juges du Tribunal Constitutionnel définit des nouvelles modalités d'exercer les fonctions du juge. Elle stipule notamment qu'aussitôt après le serment, le juge se présente au siège du Tribunal Constitutionnel pour entrer en fonction et le président du Tribunal lui attribue des tâches et s'assure que le nouveau juge dispose des conditions du travail appropriées (art. 5). Les dispositions de cet article relèvent de la situation de crise de 2015 liée entre autres à un surplus de juges. Le président du Tribunal s'est trouvé dans l'impossibilité de répartir le travail entre tous les juges y compris les 3 juges qui ont été élus le 2 décembre 2015 par les députés de la VIIIe législature et qui ont dûment prêté serment.

2. Le Président et le vice-président

Conformément à l'art. 194 al. 2 de la Constitution de la RP, le président et le vice-président du Tribunal Constitutionnel nommés par le Président de la République parmi les candidats présentés par l'Assemblée Générale des juges du Tribunal Constitutionnel composée de tous les juges du Tribunal, c'est-à-dire de 15 personnes. La présence d'au moins 2/3 de la composition (9 personnes) est exigée.

Les candidatures à la présidence du TC sont présentées dans le délai d'un mois à compter du jour où une vacance s'est produite. (art. 11 de la uorgTK). Les détails de la procédure sont comme suivis :

a) à partir du jour où la vacance a commencé jusqu'à la nomination d'un nouveau président, le Tribunal est dirigé par un juge avec le plus d'ancienneté jointe (juge du Tribunal, juge stagiaire, assesseur, juge de droit commun, emploi dans l'administration publique centrale) ;

b) tout juge peut se porter candidat à la présidence du TC ;

c) le candidat à la présidence du TC doit recueillir 5 votes au moins.

La procédure analogue s'applique à la désignation des candidats à la vice-présidence du Tribunal Constitutionnel (art. 11 l. 15 de la uorgTK).

Le président du Tribunal Constitutionnel dirige ses travaux, représente la juridiction à l'extérieur et exerce d'autres fonctions que lui sont assignée par la uorgTK (art.12). Le vice-président du Tribunal remplace le Président durant l'absence de celui-ci et exerce toute fonction qui lui incombe de la répartition des compétences établie par le Président. En cas d'empêchement d'exercer des fonctions du Président et du vice-président, c'est un juge désigné par le président qui les supplée dans leurs fonctions et si le président ne désigne personne à cet effet, c'est le juge avec le plus d'ancienneté qui s'en charge. Conformément à l'art. 12 uorgTK, les compétences du président sont les suivantes :

a) dirige les travaux du Tribunal,

b) représente le Tribunal à l'extérieur,

c) exécute d'autres tâches qui lui sont imparties par les lois et les règlements. Le Règlement du Tribunal Constitutionnel dans son paragraphe 11 spécifie les compétences légales et réglementaires générales du président du Tribunal.[316] Ces compétences sont notamment les suivantes :

1) prépare et soumet à l'Assemblée Générale, pour approbation, un projet d'Information annuelle ; convoque ensuite l'Assemblée qui se réunit en séance publique pour débattre de l'Information ; la transmet enfin au Sejm et au Sénat ;

2) veille à l'exécution des tâches administratives et organisationnelles par le chef du Bureau Général du Tribunal dans le souci d'assurer aux juges les meilleures conditions du travail ;

3) ordonne la publication des décisions du Tribunal Constitutionnel dans des journaux officiels ainsi que de leurs rectificatifs et corrections si l'on y constate des erreurs matérielles patentes ;

4) ordonne la publication des décisions du Tribunal Constitutionnel dans un recueil «Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy» (*Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Recueil Officiel) ;*

5) à la demande d'un juge ou bien suivant son accord et après consultation du chef du

---

[316] Cette disposition provient d'un Règlement du 15 septembre 2015 adopté en conformité avec la loi relative au TC du 25 juin 2015. Celle-ci et le règlement consécutif ont perdu leur force obligatoire suivant l'entrée en vigueur de la loi relative au TC du 22 juillet 2016. La loi du 13 décembre 2016 portant les règles d'application des lois relative à l'organistion et aux règles de procédure devant le TC ainsi que relative au statut des juges du TC veut que l'Assemblée Générale des juges du TC adopte un nouveau règlement avant le 31 juillet 2017 (art. 15 al. 1 de la loi citée).

Secrétariat, il fait recruter directement ou détacher des membres du personnel à l'assistance de ce juge ;
6) facilite l'accès des juges à des dossiers pénaux lorsqu'un juge en exercice ou un juge à la retraite sont poursuivis ;
7) lui incombe d'autres tâches liées à :
a) la procédure disciplinaire mise en œuvre contre un juge en exercice ou juge à la retraite,
b) les déclarations d'intérêts financiers des juges et du chef du Bureau Général ;
c) la réalisation des droits et devoirs des juges ayant trait aux liens fonctionnels et hiérarchiques ;
8) informe l'Assemblée Générale de tout ce qui est de l'importance pour le Tribunal Constitutionnel et ses juges. Le Président du Tribunal Constitutionnel exerce aussi des compétences de l'employeur. En cette qualité, et à la demande du chef du Bureau Général, il règle par voie d'ordonnance les matières suivantes :
1) tableau des effectifs et une liste de postes affectés au service juridique du Bureau Général ainsi que des conditions requises pour y postuler, après l'avis de l'Assemblée Générale ;
2) démarches administratives et tenue des dossiers, des répertoires, des calendriers et des registres auxiliaires relatifs aux affaires en instance devant le Tribunal Constitutionnel ainsi que modalités techniques et organisationnelles d'ouverture de l'accès aux dossiers en instance ;
3) activités de mise à jour des registres, activités de recherche et d'analyse menées par les services du Bureau Général liées à l'application des décisions du Tribunal Constitutionnel et à leur impact sur le processus législatif ainsi qu'activités de documentation ;
4) modalités d'exécution ainsi que prescriptions techniques liées à la publication électronique du recueil des décisions du Tribunal Constitutionnel.

Additionnellement, le président du Tribunal Constitutionnel définit par voie d'ordonnance :
1) les lignes directrices concernant une structure et des standards de rédaction des décisions du Tribunal Constitutionnel,
2) les modalités de travail de Zespół Wstępnej Kontroli Skarg Konstytucyjnych i Wniosków (*le Groupe chargé de contrôle préalable des plaintes constitutionnelles et des requêtes)*.

Selon toute vraisemblance, un nouveau règlement du Tribunal maintiendra la plupart de compétences du Président du Tribunal Constitutionnel.

Conformément à l'art. 38 al. 1 uorgTK, le président du Tribunal Constitutionnel désigne une formation de jugement, dont les membres, le président et le juge rapporteur en recourant à la liste alphabétique des juges et en tenant compte d'une intensité du flux des saisines, de leur ordre chronologique et des catégories auxquelles appartiennent leurs auteurs. À l'heure actuelle cette façon de procéder a le caractère absolu. Cela signifie qu'il n'existe pas de possibilité formelle de contourner cette file d'attente pour ce qui est de l'affectation aux

affaires. Le président du Tribunal peut, à titre exceptionnel et ayant égard à l'objet de la saisine, désigner le juge rapporteur en dérogeant au principe de liste alphabétique des juges (art. 38 al. de la uorgtK).

Le principe est de désigner un seul juge rapporteur, mais là encore il peut être dérogé le cas échéant au motif d'une complexité de la matière examinée ou lorsque la formation de jugement n'arrive pas à prendre parti homogène sur une solution à donner. Le rôle du juge rapporteur est de préparer des appréciations provisoires et un projet de solution et d'en faire part à la formation de jugement en entier. Lors d'une audience publique, le juge rapporteur jouit d'une priorité de poser de questions aux parties à l'instance. C'est toujours lui qui présente oralement les motifs de la décision, une fois que celle-ci est rendue.

Conformément à l'art. 18 de la uorgTK, la Chancellerie du Tribunal est responsable de l'organisation et du bon fonctionnement du Tribunal. La Chancellerie du Tribunal est composée de : directeur de la Chancellerie du Tribunal, Département Administratif, Département de la Garde du Tribunal. À part la Chancellerie, il y a au sein du Tribunal un Bureau du Service Juridique du Tribunal qui assure l'assistance de fond à l'activité jurisprudentielle du Tribunal. Toutes ces unités sont soumises à l'autorité du président du Tribunal.

Le Bureau du Service Juridique se compose du directeur du Bureau, d'assistants des juges du Tribunal, du Département de Vérification des Saisines (département de vérification) et du Département de recherches sur la jurisprudence et d'analyses juridiques (département de recherches). Ce sont les statuts du Bureau du Service Juridique qui doivent donner une liste détaillée de leurs missions (art. 24 al. 3 de la uorgTK).

3. Les formations de jugement

La Constitution de la RP ne définit ni la formation de jugement ni la procédure suivant laquelle le Tribunal Constitutionnel doit statuer. La uorgTK du décembre 2016 prévoit par contre les formations de jugement suivantes :

1) formation plénière pour les affaires ayant trait à :

- - contrôle préventif,
- - empêchement du Président de la République d'exercer ses fonctions et l'autorisation du Président du Sejm à exercer provisoirement les fonctions du Président de la République de Pologne,
- - conformité à la Constitution des objectifs ou de l'activité des partis politiques,
- - conflits de compétence entre les autorités centrales constitutionnelles de l'État, - lorsqu'une formation de jugement a l'intention de déroger à l'opinion juridique exprimée dans une décision rendue en formation plénière,
- - sur les affaires d'une complexité ou d'une importance particulières.

2) formation de 5 juges pour les affaires ayant trait à :

- - conformité à la Constitution des lois et des traités internationaux ratifiés
- - conformité des lois aux traités internationaux ratifiés en vertu d'une loi d'autorisation.

3) formation de 3 juges pour les affaires ayant trait à :

- - conformité à la Constitution, aux traités internationaux ratifiés ou aux lois des autres actes normatifs,
- - accord ou refus de donner suite à une plainte constitutionnelle ou à une requête déposée par l'un des sujets individuellement autorisés,
- - récusation du juge.

La loi orgTK stipule que la formation en plénière exige la présence de 11 juges au moins.

Il est intéressant de noter que l'état du droit tel qu'il était du décembre 2015 au mars 2016, ouvrait la possibilité de statuer en formation de 7 juges lorsque le Tribunal est saisi d'une plainte constitutionnelle ou d'une question juridique ainsi que pour les affaires relatives à la conformité des lois aux traités internationaux ratifiés en vertu d'une loi d'autorisation. La loi du 22 décembre 2015 a été déclarée inconstitutionnelle par le Tribunal Constitutionnel dans la décision du 9 mars 2016 pour les raisons de forme et de fond présentées ci-dessous. Néanmoins, par cette même décision les formations de jugement de 7 juges sont appelées à statuer sur les questions juridiques et sur les plaintes constitutionnelles qui ont été déposées devant le Tribunal du 28 décembre 2015 au 9 mars 2016. C'est une mesure exceptionnelle et provisoire introduite pour la période de 9 mois à compter de la publication de la décision précitée.

La Constitution de la RP dans son art. 190 al. 5 précise que les décisions du Tribunal Constitutionnel sont rendues à la majorité des voix, soit à une majorité simple.

B. CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE

1. Les pouvoirs du Tribunal

Le Tribunal ne statue sur une affaire que s'il en est expressément saisi par une autorité ou une personne visée à la Constitution. Il n'agit jamais d'office. Il est lié par l'étendue de la saisine que celle-ci soit une requête, une question juridique ou une plainte constitutionnelle. La saisine doit indiquer – ou préciser - l'étendue de l'acte normatif attaqué (c'est donc l'indication de l'objet du contrôle) et la formulation d'un grief d'inconstitutionnalité en se référant à la Constitution, à un traité international ratifié ou à une loi (c'est une indication d'un fondement de la requête). Le grief d'inconstitutionnalité peut se rapporter à la compétence même pour prendre un acte normatif ou bien à la forme dans laquelle il a été pris ainsi qu'au contenu de l'acte normatif en cause, partiel ou total. Force est de constater que c'est le contenu des règles de droit qui est le plus souvent attaqué.

Au cours de l'instruction, le Tribunal examine toutes les circonstances qui peuvent être

pertinentes et contribuer à élucider l'affaire. Le Tribunal peut s'adresser à la Cour Suprême, à la Haute cour administrative aux tribunaux ordinaires, aux tribunaux administratifs et militaires pour se faire communiquer l'interprétation d'une disposition légale concrète telle que résulte de leur jurisprudence ou bien les modalités d'application de cette même disposition. Les tribunaux ainsi que les autres autorités du pouvoir public sont obligés d'aider le Tribunal et, à sa demande, de mettre à sa disposition des dossiers des affaires qui ont trait à l'affaire en instance devant lui. Une fois encore, on doit au Tribunal toute information contribuant à étudier l'affaire au fond. Tout acte devant le Tribunal se fait par écrit. La requête, la question juridique et la plainte constitutionnelle respectivement ainsi que d'autres pièces de procédure produites par les parties à l'instance sont déposées en autant d'exemplaires qu'il faut pour que l'on puisse les transmettre et à tous les intéressés et inclure deux copies de chaque pièce au dossier de l'affaire.

La procédure devant le Tribunal est transparente sauf dispositions légales contraires. Le président de la formation de jugement peut restreindre voire refuser la publicité ayant égard à la sécurité de l'État ou à la protection des données sensibles (non-publiques) et qui sont munies de clause de „secret" ou de „haut secret" (art. 94 de la uorgTK).

2. Les participants

Les parties à l'instance devant le Tribunal Constitutionnel sont les suivantes :

1.autorité qui a déposé une requête, soit le „requérant" ;

2.tribunal qui a adressé une question juridique, soit le „tribunal demandeur" ;

3. autorité ou personne qui a déposé une plainte constitutionnelle dénommée, soit le „plaignant" ;

4. autorité qui a rendu un acte normatif constituant l'objet de la requête, de la question juridique ou de la plainte constitutionnelle respectivement ;

5. Procureur Général ;

6. Conseil des Ministres ;

7. Sejm, Président de la République de Pologne et ministre compétent pour les affaires étrangères pour ce qui est de l'examen de la conformité à la Constitution des traités internationaux ratifiés sur le fondement de l'art. 89 al. 1 de la Constitution ;

8. Sejm, Sénat, Président de la République de Pologne et ministre compétent pour les affaires étrangères pour ce qui est de l'examen de la conformité à la Constitution des traités internationaux ratifiés sur le fondement de l'art. 90 al. 2 et 3 de la Constitution ;

9. Président de la République de Pologne et ministre compétent pour les affaires étrangères pour ce qui est de l'examen de la conformité à la Constitution des autres traités internationaux ratifiés ;

10. Défenseur des droits civiques s'il se déclare intéressé ;

11. Défenseur des droits de l'enfant s'il se déclare intéressé par une requête émanant du Défenseur des droits civiques ou par une plainte constitutionnelle relative aux droits de

l'enfant ;
12. autorité constitutionnelle centrale lorsqu'il y un conflit de compétence ;
13. autorité statutaire d'un parti politique lorsque l'affaire concerne la conformité à la Constitution des objectifs ou de l'activité des partis politiques.

Les parties à l'instance sont censées transmettre au Tribunal toutes les observations relatives à l'affaire. Les parties peuvent également déposer des demandes d'administration des preuves. Le Tribunal n'est pourtant pas lié par ces demandes ; il est libre de ne recevoir que celles qu'il considère pertinentes.

Les dossiers des affaires en instance devant le Tribunal sont ouverts. Les consulter, en faire des duplicatas, des copies ou des extraits est admissible. Les données personnelles qui y figurent doivent toutefois être anonymisées au préalable. Toute requête, question juridique et plainte constitutionnelle doit correspondre aux caractéristiques de pièce de procédure. En tant que telle, elle est renvoyée par le président du Tribunal à une formation de jugement compétente pour connaissance.

En vertu de l'art. 92 de la uorgTK, le Tribunal Constitutionnel connaît d'une requête, d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle respectivement en audience publique ou en délibéré. L'audience publique est la règle, le délibéré seulement est une procédure d'exception.

Le président d'une formation de jugement fixe la date de l'audience et la notifie aux parties concernées. L'audience ne peut avoir lieu avant 30 jours à compter de la notification de sa date aux parties (art. 93 de la uorgTK). Il est à noter que ce délai était de 3 mois et pour les affaires en formation plénière de 6 mois selon la réglementation précédente. Le président du Tribunal était cependant en mesure de réduire ces délais de moitié.

Le Tribunal peut également s'adresser à d'autres autorités ou sujets en leur demandant de présenter leurs observations sur l'affaire en instance dans un délai déterminé.

Ces autorités et sujets ne peuvent en aucun cas être considérés comme *amicus curiae*. Les *amici curiae* étant principalement les ONG dont la Fondation Helsinki pour les droits de l'homme ainsi que des watchdogs en matière des droits de l'homme qui peuvent présenter leurs observations devant le Tribunal Constitutionnel. Le Tribunal Constitutionnel s'adresse très souvent aux tribunaux, à la Cour Suprême, à la Haute Cour Administrative, les cours d'appel par exemple. C'est une pratique courante qui reflète le sens de responsabilité du Tribunal pour les décisions qu'il rend. Dans les cas de décisions entraînant des charges budgétaires non prévues par la loi budgétaire, le Tribunal demande toujours l'avis au ministre des finances. Ce sont parfois des demandes d'informations additionnelles, par exemple combien de personnes en Pologne purgent une peine de prison à perpétuité. Ces documents sont ensuite transmis aux parties qui peuvent y répondre par écrit soit lors de l'audience.

Le président de la formation de jugement émet des ordonnances en vue d'instruire l'affaire et de préparer l'audience ou le délibéré de manière effective et régulière. En particulier il ordonne la transmission aux parties des pièces de procédures adéquates, leur

demande le cas échéant de formuler par écrit des observations additionnelles et de lui transmettre des pièces produites au soutien de leurs moyens dans un délai requis. Enfin il somme de comparaître toute autre autorité ou sujet qu'il juge opportun. Ce sont par exemple le ministre des finances ou toute autre personne dont les connaissances et l'expérience en font des experts dans la matière débattue. Ils ne sont pas légalement tenus de comparaître, mais le Tribunal Constitutionnel tient à ce qu'ils soient présents. C'était le cas lors de l'audience concernant l'abattage rituel durant laquelle un représentant du ministre de l'agriculture a expliqué aux juges comment les animaux étaient rituellement abattus. La décision en cette matière a été rendue en décembre 2014. Là encore les parties peuvent présenter leurs réactions.

L'audience commence par un appel de la cause. Ensuite les parties présentent leurs observations et leurs pièces à conviction. Le président de la formation de jugement dirige l'audience et édicte des mesures d'ordre pour préserver l'autorité de la justice et un déroulement de l'audience dans les meilleures conditions (art. 98 de la uorgTK).

Le Tribunal ajourne l'audience lorsque la notification de sa date aux parties ne peut pas être prouvée, lorsque la notification était fautive ou pour tout autre motif important. Le Tribunal peut fixer une nouvelle date de l'audience et la notifie aux parties (art. 99 de la uorgTK).

Le Tribunal peut fixer une autre date d'audience et la notifier aux parties. La comparution à l'audience est obligatoire pour le requérant (le plaignant) ou son représentant (son mandataire). Si, dûment cités, ils ne comparaissent pourtant pas, le Tribunal déclare un non-lieu ou ajourne l'audience (art. 95 al. 1 de la uorgTK). La non-comparution des autres parties n'entrave pas la connaissance de l'affaire (art. 95 al. 2 de la uorgTK). Lorsque le Tribunal estime l'affaire suffisamment élucidée, le président de la formation de jugement lève l'audience. C'est le greffe qui en dresse le procès-verbal (art. 100 de la uorgTK).

3. Le délibéré

Conformément à l'art. 92 de la uorgTK, le Tribunal Constitutionnel peut connaître d'une requête, d'une question juridique ou d'une plainte constitutionnelle en délibéré uniquement (sans tenir d'audience publique), dans les cas où :

1) les observations présentées par écrit par les parties ainsi que tous les autres actes et pièces de procédure rassemblées constituent un fondement suffisant pour trancher,

2) l'affaire touche à un problème juridique bien présent dans la jurisprudence du Tribunal, qui a donc subi déjà un examen à fond. Si la formation de jugement décide de procéder en délibéré, son président se charge de le notifier aux parties intéressées,

3) il résulte indiscutablement d'observations présentées par toutes les parties à l'instance que l'acte normatif en vertu duquel a un tribunal ou une autorité de l'administration publique a rendu une décision définitive affectant les libertés et droits ou bien les devoirs

constitutionnels de la personne est inconstitutionnel.

C'est la formation de jugement qui décide d'examiner une requête, une question juridique ou une plainte constitutionnelle en délibéré. Le président du TC n'y intervient pas.
Le Tribunal tranche l'affaire en rendant une décision qui revêt la forme de jugement ou d'arrêt. La décision est adoptée après un délibéré des juges de la formation de jugement dirigé par son président. Tout juge qui n'est pas d'accord avec la décision adoptée peut déposer une opinion dissidente (*dissenting opinion*). L'opinion dissidente peut se rapporter au dispositif et/ou à seuls les motifs de la décision. Par contre on ne recourt pas en Pologne à ce que l'on appelle une opinion concordante (*concurrent opinion*).

Pour résumer, il faut dire qu'en dépit des changements légaux de 2015/2016 les modalités principales qui le régissent sont les suivantes : le Tribunal Constitutionnel ne procède pas d'office. La procédure devant le Tribunal se fait par écrit. La procédure est déclenchée par des saisines dont les auteurs sont les autorités et les personnes visées à la Constitution à cette fin. Ce sont des requérants, des tribunaux demandeurs et des plaignants. En règle générale, la procédure est publique. Il y a des affaires pourtant qui peuvent être tranchées en délibéré uniquement. Les jugements sont toujours publics. La LTC prévoit un certain nombre de garanties de ce que les parties présentent leurs observations et peuvent être entendues lors de l'audience publique, s'il y en a une. En même temps le Tribunal Constitutionnel jouit de liberté d'appréciation du corps de preuves qui lui est soumis.

4. Évolution et diversité des garanties de procédure

La procédure devant le Tribunal Constitutionnel, dès les débuts de cette juridiction, se déroule selon les modalités formelles qui ont souffert peu de changements. Avant l'entrée en vigueur de la loi de 1997 portant sur le Tribunal Constitutionnel, celui-ci pouvait se saisir d'office. Cette possibilité a été supprimée depuis et à présent le Tribunal n'agit que lorsqu'il est demandé expressément et en due forme de le faire.

Le déroulement de la procédure reste le même que ce soit une requête, une question juridique ou une plainte constitutionnelles qui en est l'objet. Il convient toutefois de retenir que les plaintes et les requêtes émanant de sujets individuellement habilités (tels par exemple les autorités des collectivités territoriales ou le Conseil National de Barreaux) sont soumises au contrôle de recevabilité préalable. Le contrôle ne s'applique pas aux autres requêtes ni aux questions juridiques. Ne sont pas soumises au contrôle de recevabilité préalable les requêtes déposées par un groupe de députés ou de sénateurs ou encore par le Président de la République.

Pour des raisons évidentes les saisines différentes appellent des parties intéressées différentes. Le sont à titre permanent seuls le Procureur Général ou son représentant ainsi qu'un représentant de l'autorité dont l'acte normatif attaqué émane.

Dès la création du Tribunal Constitutionnel en 1985 jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2015 portant sur le Tribunal Constitutionnel, connaître des affaires en audiences

publiques était une pratique courante voire exclusive du Tribunal. Il y en a eu une exception toutefois. Le Tribunal pouvait connaître de la plainte constitutionnelle en délibéré lorsque les observations présentées par toutes les parties intéressées convergeaient. À partir de l'entrée en vigueur de la LTC du 25 juin 2015, la possibilité de procéder en délibéré pour certaine catégorie d'affaires devient plus large et plus fréquente. Les lois successives de 2015 et 2016 maintiennent ce principe. Néanmoins toute l'affaire peut être portée à l'audience publique à condition de le demander expressément.

IV. Exercice du contrôle

Le contrôle de conformité des dispositions légales à la Constitution et aux actes législatifs de rang supérieur a le caractère abstrait ou concret. La nature du contrôle s'établit selon la catégorie à laquelle appartient le sujet (l'autorité ou l'individu) qui a saisi le Tribunal Constitutionnel.

A. Caractères du contrôle

Le contrôle est concret selon trois hypothèses :

1) S'il y a une plainte constitutionnelle, le Tribunal Constitutionnel procède à l'examen de la constitutionnalité du seul l'acte normatif sur la foi duquel un jugement ayant trait aux libertés, droits ou devoirs de l'individ**u** a été en définitif prononc**é.**

L'acte normatif en cause est contrôlé dans la mesure où il pouvait entraîner la violation des libertés et droits constitutionnels du plaignant et dans cette mesure seulement. Ce contrôle est parfaitement concret parce qu'il y a à son origine une affaire concrète examinée par un tribunal de droit commun. L'effet de la décision pourtant, si le Tribunal déclare l'inconstitutionnalité, est obligatoire *erga omnes* et tous les sujets se trouvant dans une situation juridique analogue à celle qui avait été attaquée peuvent en profiter.

2) S'il y a une question juridique, l'objet du contrôle n'est autre que cette disposition de la loi ou d'un acte normatif qu'une juridiction concernée doit appliquer et en foi de laquelle elle doit trancher. De surcroît, le contrôle exercé a le caractère incident et est possible seulement là où la solution de l'affaire en instance devant une juridiction dépend de la réponse à la question juridique. Par conséquence, l'objet de la question juridique peut porter sur une norme dont l'élimination de l'ordre juridique à force de décision du Tribunal, aura un impact direct sur la solution finale donnée à l'affair**e.**

3) Dans le cas de requêtes déposées par les autorités délibérantes des collectivités territoriales, les autorités nationales des syndicats et les autorités nationales des organisations des employeurs et des organisations professionnelles, les Églises et les autres unions confessionnelles, le Tribunal Constitutionnel ne se penche que sur les actes normatifs se rapportant à leurs domaines de compétences respectifs.

Les dispositions mises en cause se trouvent donc en lien direct avec les missions que

les requérants assument que celles-ci soient d'origine constitutionnelle, légale ou bien statutaire. Telle est la condition de recevabilité de ce type de recours devant le Tribunal Constitutionnel.

Dans les autres cas la nature du contrôle est abstraite. Toute norme de droit peut constituer l'objet du contrôle indépendamment de ce qu'elle est ou n'est pas en lien avec l'activité ou une situation juridique du requérant.

Le Tribunal Constitutionnel statue sur les dispositions des lois, des traités internationaux et des actes réglementaires émanant des autorités centrales de l'État. En, plus lorsqu'il y a une plainte constitutionnelle, le Tribunal peut soumettre au contrôle tout acte normatif, y compris ceux qui sont institués par l'Union Européenne (les règlements et les directives de l'UE).

Le pouvoir de contrôle du Tribunal Constitutionnel n'implique pourtant que le contrôle de conformité du droit européen à la Constitution et non pas la conformité du droit dérivé au droit primaire (les traités). L'étendue du contrôle est dans chaque cas strictement limitée au problème posé dans la requête, la question juridique ou la plainte constitutionnelle respectivement. Le Tribunal n'est pas en pouvoir de mettre en examen des normes autres que celles indiquées dans la saisine ni d'évoquer des normes de référence autres que celles qu'appelle le requérant, pour statuer.

Le contrôle s'applique à l'ordre juridique en entier. Toutes les dispositions constitutionnelles peuvent servir de normes de référence à cette réserve près que seules les dispositions constitutionnelles protégeant les libertés et droits du plaignant entrent en jeu lorsqu'il y a une plainte constitutionnelle. Le grief d'inconstitutionnalité à son tour peut se rapporter aussi bien à la compétence même de rendre un acte normatif par une autorité donnée, à un mode suivant lequel l'acte normatif a été rendu et enfin au contenu de l'acte, partiel ou total.

Au cours du contrôle de la norme en cause, le Tribunal Constitutionnel étudie toute circonstance susceptible de l'éclairer et procède à toutes les mesures d'instruction qui lui sont ouvertes.

B. ISSUE DU CONTRÔLE

Dans sa décision, le Tribunal Constitutionnel statue en premier lieu sur la conformité d'une disposition à la Constitution ou à une autre norme de référence. Le Tribunal peut également indiquer que la norme attaquée n'est pas contraire à la Constitution. Il précise à ce moment que la disposition constitutionnelle invoquée par le requérant (le plaignant) en tant que référence de contrôle de constitutionnalité n'est pas pertinente ; elle ne s'applique pas.

Le Tribunal Constitutionnel déclare un non-lieu de procédure si la prononciation d'une décision est inadmissible ou inutile. Il en est de même si l’étendue d'un acte normatif attaquée a perdu la force de loi préalablement à la décision du Tribunal. Il est à noter toutefois que le Tribunal peut statuer dans ce dernier cas de figure s'il l'estime indispensable pour la protection

des libertés et droits constitutionnels.

L'impact du contrôle du Tribunal Constitutionnel peut se traduire en abrogation (annulation) de la norme ou de l'acte déclaré inconstitutionnel. Celle-ci disparaît de l'ordre juridique. Le Tribunal n'est pas en pouvoir d'édicter de textes légaux conformes à la lettre et à l'esprit de la Constitution ni de donner de l'interprétation universellement obligatoire des dispositions en vigueur. Le Tribunal est cependant en mesure de signaler au Sejm et Sénat ainsi qu'aux autres autorités constituantes des insuffisances et des lacunes dont le raccommodage est nécessaire pour assurer la cohérence du régime juridique de la République de Pologne. Le Tribunal le fait en rendant un arrêt spécifique à cet effet.

Les décisions du Tribunal Constitutionnel sont obligatoires *erga omnes* et définitives. En plus, sa décision déclarant la non-conformité à la Constitution, au traité ou à la loi de l'acte normatif en vertu duquel a été rendue une décision en justice définitive, une décision administrative définitive ou une autre solution à l'affaire, donne lieu à l'annulation de la décision ou à toute autre mesure conforme aux modalités formelles s'appliquant à la procédure engagée.

Le Tribunal Constitutionnel est doté de certaines compétences sur la définition de l'impact juridique de ses décisions. Par principe la décision du Tribunal Constitutionnel prend effet le jour de sa publication dans le *Journal Officiel* tenu par le premier ministre ou un ministre compétent. Toutefois le Tribunal peut fixer une autre date de la perte de la force obligatoire de l'acte normatif. Ce délai ne peut pourtant pas dépasser 18 mois pour une loi et 12 mois pour les autres actes normatifs. Dans le cas de décision entraînant des charges financières non prévues par la loi budgétaire, le Tribunal fixe la date de la perte de la force obligatoire de l'acte normatif en question après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil des ministres.

En reportant la perte de la force obligatoire de l'acte normatif, le Tribunal peut appliquer ce que l'on appelle une règle de l'avantage individuel. Celui-ci consiste à accorder à la personne dont la plainte constitutionnelle a eu pour effet la déclaration d'inconstitutionnalité d'un acte normatif en cause, le droit de rouvrir la procédure en justice.

Le Tribunal Constitutionnel peut également rendre des jugements d'application. Ce sont les jugements dans lesquels, à part une déclaration d'inconstitutionnalité d'un acte normatif, le Tribunal statue encore sur certains effets que sa décision entraîne. En le faisant, le Tribunal peut par exemple définir une situation juridique du plaignant en tant que destinataire d'une disposition inconstitutionnelle ou bien exclure le remboursement des frais perçus sur le fondement d'une disposition inconstitutionnelle.

V. Prise de décision

A. Rôle des assistants dans l'instruction

Pour instruire l'affaire, le juge se fait aider par des assistants. En règle générale et

selon une pratique courante, tout juge dispose de deux postes de travail à temps plein qui peuvent être occupés par deux ou plusieurs collaborateurs du juge en fonction de sa volonté et ses besoins. Habituellement le juge travaille avec trois assistants. Il arrive souvent que ceux-ci se spécialisent en branches du droit différentes : droit civil, droit pénal, droit européen par exemple. Jusqu'à 2016, c'est au juge et uniquement à lui qu'appartenait le choix de ses collaborateurs. La loi orgTK de 2016 pose le principe de concours au poste d'assistant. Le concours est organisé par le président du TC (art. 26 de la uorgTK). La même loi précise que le président du TC fixe par la voie d'ordonnance, le nombre d'assistants des juges, des qualifications requises et des responsabilités liées au poste détaillées. Généralement les assistants sont des personnes bien préparées au travail juridique vu qu'ils possèdent des formations d'avocats, conseillers juridiques ou juges des tribunaux de droit commun solides ainsi que des titres universitaires de docteur ou professeur. Il est assez fréquent par ailleurs qu'ils partagent leur temps entre un travail pour le Tribunal Constitutionnel et le travail de recherche à l'université.

La tâche des assistants est de fournir au juge des informations relatives à l'affaire pour qu'il soit bien avisé et préparé à en débattre. Ils procèdent en premier lieu à l'analyse de la saisine (requête, question juridique, plainte constitutionnelle respectivement). Ensuite il en va de même pour des pièces de procédure présentées par les parties, dont le Procureur Général. Enfin les assistants rassemblent la littérature et la jurisprudence en la matière. Ils étudient tous ces documents et en rédigent des mémos à l'attention de « leur » juge.

B. ATTACHEMENT À LA RÈGLE DE L'ACQUIS JURISPRUDENTIEL

Le juge, accompagné de ses assistants, analyse avant tout la jurisprudence antérieure du Tribunal. C'est une démarche très importante qui consiste à revoir les décisions rendues en la même matière et elle s'apparente bien à la recherche d'une décision - « précédent ». Le Tribunal se veut fidèle à ses grandes orientations jurisprudentielles. Ce souci d'harmonie est très manifeste et considéré comme essentiel pour l'intégrité de la jurisprudence. Au sein du Bureau Général du Tribunal il y a tout un groupe d'analystes qui ne cessent pas de voir de près les décisions du Tribunal sous l'angle de leur fidélité à la ligne et la tradition jurisprudentielles. Si un abandon est constaté, le Bureau ne manque pas de le rapporter à la formation de jugement qui est à son origine.

Le Tribunal Constitutionnel tend donc à respecter en premier lieu son acquis jurisprudentiel. L'idée et l'éventualité d'y déroger n'apparaissent que plus tard. La dérogation étant envisageable, c'est une formation en plénière qui doit en décider (9 juges au moins). C'est pourquoi une formation de jugement de base (de 5 juges) appelée à trancher et constatant qu'il y a lieu de déroger, renvoie le dossier à la formation en plénière Pour être précis c'est le président de la formation de 5 juges qui adresse une demande par écrit à ce sujet au président du Tribunal Constitutionnel. Celui-ci opère formellement le renvoi à la formation en plénière.

Avant de débattre de l'affaire en audience publique, on recourt encore à l'analyse de la jurisprudence des juridictions polonaises et en particulier de la Cour Suprême et de la Haute Cour Administrative. Il arrive assez souvent qu'à la demande d'un juge rapporteur, le président d'une formation de jugement s'adresse par écrit à une juridiction donnée pour que celle-ci l'informe officiellement de son orientation jurisprudentielle en la matière. De telles informations ainsi que des conclusions tirées de la jurisprudence des autres juridictions figurent dans les motifs de la décision du Tribunal Constitutionnel.

L'analyse de la jurisprudence des instances européennes, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'UE a pour objectif de fournir des arguments de caractère additionnel et de soutenir de manière plus profonde la direction que prend la décision. Il serait présomptueux d'en conclure que les références aux décisions des juridictions ont un rôle purement décoratif. Au contraire le Tribunal Constitutionnel tient en haute estime la jurisprudence européenne et la considère incontournable dans le processus d'élaboration de ses décisions. À ce jour les formations de jugement du Tribunal Constitutionnel ont deux fois adressé des questions préjudicielles à la Cour de Justice de l'UE. Il est à noter que le Tribunal sursoit à statuer jusqu'à la réception de la réponse de la juridiction européenne.

Au cours de l'instruction de l'affaire, on revoit également, à titre obligatoire, le déroulement des travaux parlementaires ou bien au sein du gouvernement ayant trait à une norme en cause. Il est d'usage aussi de vérifier si une question analogue est apparue dans les jurisprudences des autres juridictions constitutionnelles. C'est le juge lui-même qui procède à la sélection et à l'appréciation de tout le matériel rassemblé. Le juge voit ses assistants à peu près tous les jours pour passer en revue des problèmes qui se posent à la phase préparatoire. Le juge est également assisté par le secrétariat technique pour ce qui concerne des tâches comme le tirage des copies ou la distribution des documents, etc. Le juge rapporteur rédige un projet de décision suivie de motifs. Évidemment il doit y faire refléter le délibéré et ses conclusions.

La procédure devant le Tribunal Constitutionnel ne prévoit pas d'avocat général comme c'est le cas de certaines cours constitutionnelles et de la Cour de Justice de l'UE.

C. INFLUENCE DU DÉLIBÉRÉ

Le juge se prépare à rendre une décision par la tenue des délibérés principalement. Le délibéré constitue un élément-clé de l'élaboration et de la formulation d'une décision. Habituellement il y a plusieurs délibérés, dans une salle de réunion mise à disposition à cet effet.

Seuls les juges d'une formation de jugement donnée y sont présents. Les assistants, les greffes et les autres membres du personnel en sont exclus. Les délibérés peuvent se succéder durant un an ou même deux ans dans les cas particulièrement difficiles ou controversés. Parfois il suffit de tenir un délibéré pour se mettre d'accord sur une direction que

la décision doit prendre. Cela dépend de la complexité de la matière débattue. Il n'y a ni procès-verbal ni enregistrement des délibérés. Les juges peuvent prendre des notes pour eux-mêmes.

Le président de la formation de jugement convoque par voie d'ordonnance un délibéré. C'est aussi lui qui le dirige. En cas d'absence d'un juge faisant partie d'une formation de 3 ou de 5 juges, le délibéré est reporté à une autre date. Lors d'un délibéré tous les juges se prononcent à tour de rôle sur une direction que doit prendre la solution ainsi que sur la façon dont les motifs doivent être formulés. Les juges prennent la parole en suivant leur ancienneté au Tribunal Constitutionnel à commencer par le plus jeune. Vient ensuite une discussion modérée par le juge – président de la formation. Il en expose les conclusions également. S'il y a un juge ou des juges qui soulèvent des doutes relativement à de grandes lignes de la décision ou à ses motifs, le juge – président ordonne de tenir un autre délibéré. Les délibérés se succèdent donc jusqu'à ce que l'accord général ne survienne.

À la fin du délibéré, le président de la formation ordonne de passer au vote. Si la majorité simple des juges se prononce en faveur du projet présenté par le juge rapporteur, le président de la formation fixe la date de l'audience publique. Si le Tribunal Constitutionnel se décide à rendre la décision sans tenir d'audience publique, les juges apposent leurs signatures sur le jugement. Tout juge minoritaire peut présenter une opinion dissidente. Celle-ci peut avoir trait aussi bien au jugement lui-même (le dispositif) qu'à ses motifs. Dans le cas où trois sur cinq juges de la formation de jugement estiment que les dispositions légales en cause sont inconstitutionnelles et deux juges maintiennent le contraire, la formation de jugement renvoie l'affaire devant la formation en plénière. On évite ainsi une situation où l'on est amené à déclarer l'inconstitutionnalité des dispositions légales avec une majorité d'à peine une voix.

Après un ou plusieurs délibéré(s) le juge rapporteur prépare un projet de décision et de ses motifs. Le projet est soumis à tous les juges de la formation de jugement compétente. Les travaux se poursuivent sur la base de ce document. S'il y a une audience publique, le projet est modifié ou amendé en fonction des débats. Une fois l'audience levée (s'il y a audience soulignons-le), un délibéré suivant de la même formation de jugement a lieu. Le juge rapporteur fait un compte-rendu du déroulement de l'audience. Tous les juges de la formation se prononcent à tour de rôle. Le délibéré se termine par le vote et la signature du jugement. Ensuite on fixe la date à laquelle la décision est publiquement annoncée. En règle générale, la décision est annoncée immédiatement après le délibéré. Il arrive pourtant que le Tribunal se réserve un délai de quelques jours pour revoir tous les éléments constitutifs de la décision afin d'éviter des erreurs. Cela est surtout valable lorsque l'affaire tranchée était sensible ou d'une grande complexité.

Une fois la décision rendue (que ce soit à l'issue d'une audience publique ou d'un délibéré), le Président du Tribunal Constitutionnel la transmet au Président du Conseil des Ministres pour la faire publier dans « *Dziennik Ustaw* » (*Journal des lois*)[317]. La publication sans délai de la décision du Tribunal Constitutionnel fait partie des devoirs constitutionnels du Premier Ministre. Dans le cas de refus de sa part, inimaginable dans l'État de droit, le Premier Ministre peut encourir la responsabilité pénale et constitutionnelle. La publication de la décision dans le Journal des lois porte l'effet tel que le jour de la publication, les dispositions que le Tribunal Constitutionnel avait déclarées inconstitutionnelles par cette même décision, perdent leur force obligatoire.

Le service de presse du Tribunal Constitutionnel envoie une information succincte sur la décision rendue à tous les mass-médias. La même information se trouve affichée sur la page internet du Tribunal Constitutionnel. Il peut y avoir également une conférence de presse si la décision rendue se rapporte à une affaire publiquement discutée. C'est le président de la formation de jugement qui donne son accord pour l'organiser. Y sont présents le juge rapporteur et le juge président de la formation de jugement seulement. Ceci dit le Tribunal est enclin à éviter dans la mesure du possible des rencontres avec les journalistes. Le Tribunal est d'avis que les juges ne parlent que par leurs décisions.

Les décisions du Tribunal Constitutionnel les plus marquantes et ayant du poids auprès du public, concernant par exemple les traités européens ou l'autorisation de l'abattage rituel, sont traduites en anglais et publiées sur la page internet du Tribunal Constitutionnel.

---

[317] Il vaut la peine de noter que la loi relative au TC du 22 juillet 2016 a prévu une solution selon laquelle le premier ministre déciderait de la légalité des jugements du Tribunal (art. 80 al. 4). Or conformément à cette disposition, le président du Tribunal Constitutionnel devait adresser au Président du Conseil des Ministres une demande de publier ses jugements. Ce serait donc au premier ministre de trancher. La loi ci-citée a été abrogée par la loi du 30 novembre 2016 relative à l'organisation et aux règles de procédure devant le Tribunal Constitutionnel.

COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI

-

Aurélien ANTOINE

Professeur de droit public à l'Université Jean Monnet

Le présent rapport a été élaboré à partir des sources suivantes :

* Sources empiriques :

- Réponses au questionnaire écrit par Lord Mance et Lord Carnwath, juges à la Cour suprême ; et par Sir Michael Tugendhat, Senior judge à la High Court.
- Entretiens avec Lord Mance et Sir Michael Tugendhat.
- Échanges écrits avec Rachel Jones, assistante du Juge Carnwath.

* Sources bibliographiques :

- Practice Directions de la Cour suprême.
- Règlement de la Cour suprême.
- *UK Supremer Court Year Books*.
- *UK Supreme Court Report* 2015.
- Site Web de la Cour suprême (www.supremecourt.uk)
- A. Paterson, *Final Judgement. The Last Law lords and the Supreme Court, Hart Publishing*, 2013, 366 p. ; *Decision-making in the UK's top court, Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2014, p. 77.
- A. Antoine, Les enjeux de la création d'une Cour suprême au Royaume-Uni, *Revue internationale de droit comparé*, 2008, nº 2.
- A. Antoine, D. Fairgrieve, Écrire les décisions de justice… Une comparaison franco-britannique, *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 2014, n° 3, p. 759.
- J. Auburn, J. Moffett, A. Sharland, *Judicial Review. Principles and Procedure*, OUP, 2013, 1056 p.
- A. Duffy, La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : Une juridiction hors-normes, *Revue internationale de droit comparé* 2012, n°3, p. 681 ; La régulation du contentieux devant la Cour suprême du Royaume-Uni, in Le Club des Juristes, La régulation des contentieux devant les cours suprêmes, 2014, p. 136 ; Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour suprême du Royaume-Uni, Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », page web du CDCP, 1er mars 2015 .

- D. Jenkins, *Common law declarations of unconstitutionality, International Journal of Constitutional Law*, vol. 7/ 2, 2009, p. 183.
- J. Jowell, D. Oliver, C. O'Cinneide, *The Changing Constitution*, OUP, 8th ed., 2015, 420 p.
- R. Masterman, J. E. Khushal Murkens, *Skirting supremacy and subordination : the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court, Public Law* 2013, p. 800.

Précisions liminaires

La Cour suprême du Royaume-Uni a été créée en 2005 par le *Constitutional Reform Act*. Elle succède à l'*Appellate Committee of the House of Lords*. Cette réforme fait suite à la volonté du Gouvernement de satisfaire aux exigences d'impartialité objective en retranchant à la Chambre des Lords ses fonctions juridictionnelles au profit d'une nouvelle institution.

La Cour suprême a été installée le 1er octobre 2009. Elle siège dans un bâtiment de *Parliament Square* en face du Palais de Westminster. Elle connaît d'appels civils et pénaux pour l'ensemble du Royaume-Uni en principe. Il n'existe pas d'appels explicitement désignés comme constitutionnels.

La procédure, l'organisation et les modalités de fonctionnement sont compilées dans les Practice directions (au nombre de 14) et le règlement de la Cour (*Supreme Court Rule* de 2009).

1/ Une cour constitutionnelle ?

Produire une recherche comparative sur l'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes laisse entendre que les systèmes juridiques qu'il conviendrait de retenir a priori pour la comparaison doivent disposer d'une cour constitutionnelle identifiée comme telle dans le cadre d'un ordre constitutionnel bien établi, fixé par une Constitution écrite et formelle.

Le Royaume-Uni devrait subséquemment être écarté dans la mesure où il n'y a pas de Constitution formalisée dans un seul document dont la protection serait assumée par une ou plusieurs juridictions sous l'autorité d'une cour constitutionnelle suprême. Le système britannique ne saurait appartenir aux modèles américain ou européen de contrôle de constitutionnalité qui, malgré leurs différences, se rejoignent par l'institutionnalisation d'une juridiction suprême chargée de garantir l'intégrité de la Constitution.

Le cadre juridique du Royaume-Uni recèle une deuxième difficulté. Il n'y a pas de textes considérés comme étant plus fondamentaux ou plus protégés que d'autres en raison de leur nature constitutionnelle. En vertu du principe de souveraineté du Parlement, la norme suprême est la loi, qu'importe son contenu. Un texte de Westminster régulant les relations entre le salarié et l'employeur a la même valeur et la même portée juridiques que celui qui régit les rapports entre les pouvoirs ou qui reconnaît des droits et libertés fondamentaux aux

individus. Quand bien même existerait-il des normes matériellement constitutionnelles, celles-ci ne sont pas supérieures aux autres, car une telle hiérarchie reviendrait à lier le Parlement qui, dès lors, ne serait plus pleinement souverain. Aucun tribunal ne peut donc écarter la loi pour non-respect de la Constitution. La Cour suprême du Royaume-Uni n'est pas une cour constitutionnelle stricto sensu, c'est-à-dire apte à écarter ou censurer une loi.

Elle n'en demeure pas moins une cour constitutionnelle *lato sensu*. Le *Brexit* a été l'occasion de l'apprécier puisqu'était directement mise en cause la relation entre les pouvoirs législatif et exécutif, en particulier pour savoir lequel des deux était compétent pour actionner l'article 50 du TFUE. Cette question constitutionnelle très épineuse a été tranchée par la Cour suprême du Royaume-Uni qui s'est réunie pour la première fois en banc (c'est-à-dire la totalité des onze juges en poste au moment du contentieux). Cette affaire révèle que les problématiques constitutionnelles sont les plus importantes et impliquent un formalisme et des procédures plus solennelles.

2/ Une cour suprême ?

Last but not least, la suprématie de la Cour est contestable : la division du Royaume-Uni en plusieurs nations emporte une relativisation de sa compétence territoriale par rapport à l'Écosse et aux territoires d'outre-mer. Elle ne connaît pas de la plupart des contentieux pénaux écossais qui incombent en dernier ressort de la *High Court of Justiciary* qui siège à Édimbourg. Par ailleurs, le *Judicial Committee of the Privy Council* est compétent pour les territoires d'outre-mer britanniques, les dépendances de la Couronne, des zones militaires, des contentieux ecclésiastiques ou encore corporatifs résiduels. Si cette juridiction siège dans les murs de la Cour suprême et est composée des mêmes juges, elle n'en est pas moins distincte. La Cour suprême n'est pas pleinement une cour suprême.

3/ Justifications de l'étude de la Cour suprême du Royaume-Uni

Pourtant, le rejet fréquent du Royaume-Uni des études sur le contrôle de constitutionnalité pour les raisons qui viennent d'être évoquées n'est plus pertinent. En premier lieu, il est tout à fait possible d'envisager des systèmes de droit sans Constitution formelle disposant d'une matière constitutionnelle objet d'un contrôle juridictionnel qui ne reflète aucune originalité d'un point de vue institutionnel et procédural. En second lieu, nonobstant le principe de souveraineté du Parlement, la législation et la jurisprudence reconnaissent progressivement des textes de nature constitutionnelle qui contraignent le pouvoir législatif plus fortement que des *statutes* que nous pourrions qualifier de « droit commun ». Ce phénomène doit beaucoup à l'intégration communautaire et à la transposition

du droit de la Convention européenne des droits de l'homme en droit britannique par le *Human Rights Act* de 1998. Si le processus en cours d'élaboration d'un *corpus juris* constitutionnel bénéficiant d'une protection particulière n'est pas achevé et fait même l'objet de vives discussions, les juridictions nationales sont plus enclines qu'auparavant à limiter la souveraineté du Parlement notamment d'un point de vue procédural[318]. L'identification d'un ensemble de normes constitutionnelles au statut plus protecteur, s'il n'emporte pas celle d'une cour constitutionnelle suprême classique[319], est de nature à admettre l'émergence d'un contrôle nouveau par les juridictions britanniques liée à la reconnaissance d'une certaine fondamentalité de lois comme la *Magna Carta*, le *Bill of Rights*, l'*Habeas Corpus*, le *Human Rights Act* ou encore le *European Communities Act* de 1972[320].

Il découle de ce qui précède que tout tribunal au Royaume-Uni peut produire un contrôle à l'aune de la matière constitutionnelle[321]. Par conséquent, l'analyse des modalités d'élaboration des décisions de la Cour suprême quand est en cause le droit constitutionnel n'a pas d'originalité. Nous aurions donc très bien pu envisager le sujet de recherche dans une perspective globale sans avoir à nous concentrer uniquement sur la Cour suprême comme juge de la matière constitutionnelle. Il serait tout à fait pertinent de discuter de l'œuvre constitutionnelle de la *High Court*, de la *Court of Appeal*, de la *Court of Session* d'Écosse, ou du *Judicial Committee of the Privy Council*[322].

Néanmoins, deux motifs justifient que l'étude se limite à la juridiction suprême du Royaume-Uni. De façon tout à fait pragmatique, le thème de la recherche ne concerne que les cours suprêmes. Plus substantiellement, la *UK Supreme Court* dénote une originalité à plusieurs titres. Dans le contexte évolutif d'une affirmation d'un bloc de normes fondamentales, elle joue naturellement un rôle essentiel par l'autorité de ses jugements. En outre, les modalités d'élaboration et de rédaction de ses décisions sont distinctes des autres juridictions nationales, ce qui justifie une analyse dédiée. Nous voyons enfin une troisième justification qui dépasse le seul contexte de la présente recherche. La Cour suprême du Royaume-Uni est une institution mal connue qui mérite plus d'égards de la doctrine française. Malgré l'absence de réelle spécificité de l'élaboration de ses jugements dans le domaine constitutionnel par rapport à d'autres contentieux, il nous semble essentiel d'insister sur les modalités de leur rédaction dans un contexte de progrès du constitutionnalisme outre-Manche. Elles laissent entrevoir de plus en plus de spécificités rédactionnelles et peut-être des

---

[318] Manner and form.
[319] Suivant les modèles européens et américains.
[320] Voy. Annexe 2.
[321] Voy. Annexe 1.
[322] Voy. en Annexe 4 les réponses au questionnaire par Sir Michael Tugendhat.

évolutions plus profondes du contentieux constitutionnel.

I. Traitement des saisines

A. Le filtrage

1. La procédure : la permission to appeal

En principe, la saisine de la Cour doit se faire dans les 28 jours suivant la publication de la décision de la juridiction inférieure. Pour les *leapfrof appeals* (voy. *infra*), le délai est d'un mois à compter de l'émission du certificat par la High Court.

Héritant d'une tradition juridique séculaire, l'appel devant la Cour suprême découle d'un privilège, non d'un droit. Le requérant doit obtenir une autorisation du tribunal inférieur (la *Court of Appeal* en principe) ou de la Cour suprême elle-même en cas de refus. Il existe aussi certains cas où l'appel n'est pas possible ou limité (il s'agit souvent de litiges civils ou pénaux écossais : le contentieux de la *High Court of Justiciary* d'Écosse compétente en matière pénale et en dehors des cas liés à la dévolution et aux droits de l'homme n'est pas porté devant la Cour suprême ; pour le détail des exceptions, voy. *UKSC Practice* direction 1, section 2).

Pour le *judicial review*, la permission de faire appel émane de l'*Administrative Court* de la Division du Banc de la Reine de la *High Court*. Un certificat est émis pour indiquer les motifs pertinents. La Cour suprême examinera elle-même ensuite ces éléments pour accorder l'appel (voy. conditions de fond *infra* 2.).

Si un refus est opposé au requérant à la suite d'une procédure simplement écrite, il est possible de solliciter une audience. En cas de nouveau refus, un appel peut être formulé devant la *Court of Appeal* dans un délai de sept jours dès lors qu'une autorisation de faire appel a été accordée. Si la permission de faire appel est accordée, la *Court of Appeal* doit également se prononcer à nouveau sur la permission de former un *judicial review*. Le rejet de la *Court of Appeal* concernant l'autorisation de faire appel n'est pas susceptible de recours. En revanche, si l'appel est accordé, mais que la permission de former un *judicial review* est refusée, cette dernière décision peut être en principe contestée devant la Cour suprême (*R v Hammersmith and Fulham LBC, ex parte Burkett* [2002] 1WLR 1593 ; R v *Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Eastaway* [2000] 1 WLR 2222).

Notons pour conclure sur ce point que la *permission to appeal* n'est pas exigée dans le cadre du contentieux de la dévolution *a priori* (voy. *infra* B.).

Le requérant doit remettre un document standardisé comprenant les faits, les arguments et un résumé (le tout en un maximum de 10 pages). Il est intéressant d'indiquer qu'une demande de revirement, de question préjudicielle, ou d'incompatibilité avec les droits européens doit être clairement explicitée dans le formulaire. Le formalisme est contrôlé par le greffe (registrar) qui pourra déclarer la requête irrecevable. Sa décision est contestée devant

un juge unique de la Cour. La difficulté du cas qui peut mettre en cause le respect du règlement de la Cour peut justifier des auditions orales et un jugement par trois juges.

Lorsque la Cour elle-même se prononce sur la permission, elle le fait par trois juges. Le panel juge sur pièces et sans audience en principe pour se prononcer sur le fond. La permission peut faire l'objet d'une contradiction par la partie adverse, toujours par écrit. Au cas où il est nécessaire d'approfondir l'instruction de la permission, des audiences peuvent avoir lieu. La permission est accordée dans un délai de huit semaines. L'urgence peut justifier un traitement en 14 jours.

Une fois la permission acquise, l'appelant doit confirmer qu'il poursuit la procédure en remplissant un nouveau document (notice), en versant de nouveaux droits et en effectuant de nouvelles démarches administratives précisées par le règlement. L'audience est fixée à l'issue de l'établissement définitif des pièces et de leur communication aux différentes parties à l'instance.

2. Les conditions de fond : arguable point of law of general public importance

Le juge de la Cour d'Appel ou de la Cour suprême motive la décision d'autorisation ou de non-autorisation en invoquant des motifs de fond. Pour que l'appel soit accueilli, il doit révéler un argument juridique discutable et d'une importance publique générale (« *arguable point of law of general public importance which ought to be considered by the Supreme Court at that time, bearing in mind that the matter will already have been the subject of judicial decision and may have already been reviewed on appeal* »). Ce n'est pas le cas lorsque le point de droit soulevé ne peut faire l'objet d'une discussion ; que le point de droit soulevé est mineur ; que la Cour estime qu'il n'est pas pertinent au moment de la saisine de traiter du point de droit soulevé ; que le point de droit a déjà été tranché, etc.

Ces justifications sont récurrentes et standardisées. Il est difficile d'identifier les critères de chacune d'elles. Elles relèvent par conséquent du pouvoir discrétionnaire de la Cour pour des raisons de célérité de la procédure. Il s'agit d'un outil permettant à la Cour de disposer d'une marge de manœuvre quant aux contentieux qu'elle juge utile de traiter. Nous verrons en citant quelques statistiques que la matière constitutionnelle intéresse de plus en plus la Cour. Si l'un des arguments porte sur les droits de l'homme, la dévolution ou les prérogatives des autorités administratives, elle a actuellement tendance à identifier un argument d'importance publique générale (voy. *infra* C.).

B. LES REQUÉRANTS ET L'OBJET DU RECOURS

1) Principe

Les requérants sont des particuliers, des personnes morales privées ou des autorités publiques. Les modalités d'élaboration des décisions ne changent pas selon le type de requérant.

L'intervention de la Cour suprême se fait à l'occasion d'un litige concret en dernier ressort. La matière constitutionnelle est le plus souvent abordée à la suite d'un recours en *judicial review* devant la formation administrative de la High Court, puis de l'intervention de la *Court of Appeal*. Ce recours est dirigé contre des actes de l'administration adoptés en vertu d'une loi. La contestation directe de la loi de Westminster n'est possible que par l'intermédiaire des droits européens. Toutefois, en cas d'incompatibilité, les juges n'ont pas la possibilité de censurer le texte. Ils ne peuvent que l'écarter ou en constater l'inapplicabilité. Les questions de nature constitutionnelle figurent parmi les arguments accessoires par rapport à la demande principale.

La saisine de la Cour suprême par un requérant doit être autorisée par une cour inférieure. Dans la plupart des cas, il s'agit de la *Court of Appeal*. La Cour suprême elle-même peut se prononcer sur la saisine si la cour inférieure a refusé l'appel (*permission to appeal*). C'est cette solution qui prévaut le plus souvent. Il n'y a pas d'auto-saisine ou de saisine directe.

2) Exceptions liées à la dévolution

La Cour suprême ne peut connaître des jugements rendus en matière de litiges criminels en Écosse par la High Court of Justiciary, sauf lorsque des questions de compétences en matière de dévolution et de droits européens se posent. Elles portent donc principalement sur la matière constitutionnelle : étendue de la compétence du Parlement et des membres du Gouvernement écossais, non-conformité d'une action ou d'une abstention gouvernementale avec les droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme (HRA 1998).

La possibilité de soulever de telles questions devant la Cour suprême intervient principalement *a posteriori* sous l'action d'un officier de la Couronne partie à l'instance ou d'une juridiction supérieure de l'Écosse, du Pays de Galles ou de l'Irlande du Nord saisie au préalable par certains tribunaux inférieurs. Bien que la Cour suprême intervienne à l'occasion d'un litige concret, les opinions des juges sont rendues de façon plus abstraite que dans le cadre des contentieux « classiques » (voy. *Martin v Her Majesty's Advocate (Scotland) ; Miller v Her Majesty's Advocate (Scotland)* [2010] UKSC 10).

La Cour suprême peut être saisie par des officiers judiciaires nationaux[323] afin d'obtenir son appréciation quant au respect de la répartition des compétences par une entité dévolue à l'occasion de l'adoption d'une loi par les Parlements nationaux. Il s'agit d'un

[323] Advocate General et Lord Advocate écossais ; Attorney General en Irlande du Nord ; Conseiller général gallois ; Attorney General d'Angleterre et du Pays de Galles.

contrôle *a priori* et abstrait qui peut conduire la Cour à empêcher la promulgation du texte.

Finalement, alors que l'ordre judiciaire britannique n'est pas unifié en raison des spécificités des systèmes juridiques écossais et nord-irlandais, il est possible d'affirmer que la matière constitutionnelle tend à l'unification par la compétence de la Cour suprême sur les matières dévolues et les saisines visant à ce qu'elle prononce des déclarations de compatibilité avec les droits européens.

Le contentieux constitutionnel devant la Cour suprême est donc principalement technique (et non politique), *a posteriori*, concret, par voie d'exception et n'emporte pas de censure de la loi. Il n'y a pas de requérants privilégiés dans un tel cadre et les demandes sont toutes traitées de manière similaire. Le droit de la dévolution forme un contentieux constitutionnel spécial quant aux acteurs, au moment, au contenu et à la portée des jugements. Cette matière demeure toutefois résiduelle. Quant à la question constitutionnelle en elle-même, elle peut être soulevée par les requérants, mais peut aussi bien faire l'objet d'un *obiter dictum* de la part du juge qui s'exprime par une opinion.

C. FLUX DES SAISINES ET ÉVOLUTION

Les règles de la Cour sont déterminées après de multiples consultations par le Président de la Cour suprême (*Supreme Court Rule* dont découlent les 14 *Practice Directions*). En dépend l'ensemble des modalités de fonctionnement de la juridiction. L'attribution des dossiers passe d'abord par le registre du greffe où sont répertoriés les dossiers déposés (*Registry of the Supreme Court*). Pouvant traiter des aspects formels pour déclarer irrecevable un appel, le greffe a un rôle essentiel. Il transmet le dossier à un juge en cas de contestation, ou si l'autorité de la décision doit être renforcée sur une question épineuse, de délai par exemple. L'attribution des dossiers ne fait ensuite pas l'objet de règles précises. En théorie, c'est au Président de répartir les dossiers et désigner celui qui va présider les débats, puis de donner éventuellement le jugement de tête (*leading judgement*). Il est épaulé ou suppléé dans ses tâches administratives par le vice-président de la Cour et le *Registar*.

Le délai moyen de traitement d'un dossier oscille entre 9 et 12 semaines. Il n'existe aucun délai strict**.** Certains dossiers peuvent être traités en urgence ou en priorité (environ deux semaines). Il existe aussi une possibilité de réouverture du dossier devant le même panel dans un délai de quatorze jours à partir du jugement si le conseil du requérant estime qu'un élément juridique nouveau doit être discuté.

Les saisines sont globalement limitées par le système très encadré de la permission de faire appel qui a été précédemment évoqué. Il n'en demeure pas moins qu'une question de nature constitutionnelle justifie souvent l'accueil de la demande si elle est nouvelle (voy. *R v Horncastle and others [2009] UKSC 14 ; R (on the application of E) v The Governing Body of JFS & Others [2009] UKSC 15*).

Les statistiques pour l'année 2014-2015 sont les suivantes (source : Rapport de la

Cour suprême, 2015) :

TABLE 3 – Total UKSC statistics, including all jurisdictions: 1 April 2014 – 31 March 2015	
	Total
PTA applications received	231
PTA applications referred to Justices	230
PTA applications not yet referred to Justices	28
PTA applications granted	88
PTA applications refused	179
PTA applications other result	2
PTA fee remissions	27
PTA fee deferred	2
Appeals filed as of right	54
Number of Appeals heard	89
Number of Appeals allowed	37
Number of Appeals dismissed	40
Number of Appeals other result	6
Number of Appeals referred to ECJ	0
Number of sitting days	136
Number of possible sitting days	144
Number of Judgments given	81

Sur les 81 jugements rendus, plus d'une cinquantaine ont traité de questions de nature constitutionnelle ou de droit public : dévolution, droit de l'Union européenne, droits de l'Homme, *judicial review*.

Évolution de la proportion de dossiers par matière de 1970 à 2013 (source : Site de la Cour suprême) :

	1970–72	1980–82	1990–92	2000–02	2003–05	2006–08	2009–13
Criminal	28 (23%)	36 (23%)	32 (22%)	39 (24%)	36 (18%)	26 (14%)	14 (6%)
Human Rights	2 (2%)	8 (5%)	10 (7%)	15 (9%)	32 (16%)	34 (19%)	35 (14%)
Public	14 (11%)	18 (11%)	31 (21%)	25 (15%)	31 (16%)	38 (20%)	63 (26%)
Private/ Commercial	53 (43%)	71 (44%)	58 (40%)	70 (43%)	75 (38%)	71 (38%)	105 (43%)
Family	8 (6%)	4 (3%)	3 (2%)	6 (4%)	6 (3%)	8 (4%)	15 (6%)
Tax	18 (15%)	23 (14%)	11 (8%)	9 (5%)	18 (9%)	11 (6%)	7 (3%)
Total Cases	123	160	145	164	198	188	246

Table 2.1: Caseload by case type in the House of Lords and UK Supreme Court in selected years.

En ce qui concerne l'accès au juge, il n'y a pas de « politique » de restriction. En matière de *judicial review* toutefois, les contentieux se sont accrus, tandis que les questions constitutionnelles sont plus nombreuses qu'auparavant. Il convient d'y voir un effet de l'élargissement des normes de références (droit de l'Union européenne, *Human Rights Act*). Néanmoins, le Gouvernement favorise une restriction de l'accès au *judicial review* et d'une manière générale l'augmentation des coûts d'accès à la justice.

Le coût de la justice est un véritable frein à son accès outre-Manche et fait l'objet de vifs débats. Les règles et les directives procédurales relatives à la Cour consacrent de longs développements aux frais procéduraux. La demande d'une permission pour faire appel coûte 1000 £ (800 £ avant 2011). Il faut ensuite y ajouter les frais de conseil - ce sont les avocats

portant le titre de *Queen's Counsel* qui peuvent plaider à la suite d'une sélection par le *Queen's Counsel Selection Panel*, de la *Law Society* et du Gouvernement - et les frais liés aux demandes de pièces. Une fois l'appel admis, le procès se poursuit et justifie de nouveaux frais procéduraux pour le requérant (source : Site de la Cour suprême) :

(1) Number and description of fee	(2) Amount of fee	(3) Amount of fee
1 Application for permission to appeal		
1.1 On filing an application for permission to appeal. [9]	£1000	£400
1.2 On filing notice of objection to an application for permission to appeal.	£160	£160
2 Appeals etc		
2.1 On filing notice under rule 18(1)(c) of the 2009 Rules of an intention to proceed with an appeal.	£800	£400
2.2 On filing a notice of appeal.	£1600	£400
2.3 On filing a reference under the Supreme Court's devolution jurisdiction. No fee is payable where the reference is made by a court.	n/a	£200
2.4 On filing notice under rule 21(1) of the 2009 Rules (acknowledgement by respondent).	£320	£160
2.5 On filing a statement of relevant facts and issues and an appendix of essential documents.	£4820	£800
3 Procedural applications		
3.1 On filing an application for a decision of the Registrar to be reviewed.	£1500	£200
3.2 On filing an application for permission to intervene in an appeal.	£800	£200
3.3 On filing any other procedural application.	£350	£200
3.4 On filing notice of objection to a procedural application.	£150	£150
4 Costs		
4.1 On submitting a claim for costs.	2.5% of the sum claimed	2.5% of the sum claimed
4.2 On certification by the Registrar under rule 52 of the 2009 Rules of the amount of assessed costs, or on receipt of an order showing the amount.	2.5% of the sum allowed	2.5% of the sum allowed
5 Copying		
5.1 On a request for a copy of a document (other than where fee 5.2 or 5.3 applies)—		
(a) for ten pages or less;	£5	£5
(b) for each subsequent page.	50p	50p
5.2 On a request for a copy of a document to be provided on a computer disk or in other electronic form, for each such copy.	£5	£5
5.3 On a request for a certified copy of a document.	£20	£20

II. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A. Composition

1. Nombre de juges et statut sommaire

La Cour suprême est composée de douze juges dont un Président (Lord Neuberger) et un vice-président (Lady Hale). Onze d'entre eux sont des hommes.

Il n'y a pas de durée précise d'exercice des fonctions**.** La vacance peut résulter le plus souvent du départ en retraite, d'une démission, ou du non-respect des règles de compatibilité. Ils ne peuvent être démis de leur fonction que par une adresse des deux Chambres du Parlement, ce qui n'est jamais arrivé. L'inamovibilité est donc de fait. Ils bénéficient aussi d'un traitement.

Leur indépendance est garantie par le mode de recrutement évoqué ci-dessous et par des garanties légales qui résultent tant des *statutes law* que du *common law*. La tradition d'indépendance des juges est une composante essentielle du *rule of law* qui puise notamment ses sources dans la *Magna Carta* de 1215. Le statut protecteur est rappelé dans le *Constitutional Reform Act* de 2005.

Le Président de la Cour exerce une autorité administrative :

- il participe à la nomination des juges ;
- il nomme les *acting judges* (voy. § suivant) ;
- il fixe le règlement intérieur ;
- il **détermine les panels de juges avec le vice-président en tenant compte des spécialités et de la représentation des nations britanniques. Dans la pratique, c'est le *Registar* (greffe) qui répartit les dossiers à quatre panels de juges** présidés par l'un des *senior judges* (le Président, Lord Neuberger ; la vice-présidente, Lady Hale ; Lord Mance et Lord Kerr).

Pour une affaire précise, le Président peut désigner, en vertu de la section 38 de la loi de 2005, des *acting judges*. Ce sont des juges additionnels ayant servi comme *senior judges* de l'une des nations britanniques ou qui figurent sur le *supplementary panel* comprenant des juges des plus hautes juridictions à la retraite depuis moins de 5 ans, ayant moins de 75 ans, et ayant appartenu à la Chambre des Lords et au *Judicial Committe of the Privy Council*. Les anciens membres de la Cour suprême y figurent également sur approbation du Président (sauf pour les précédents présidents). Les juges membres de ce panel peuvent remettre leur démission ou être démis de leurs fonctions.

Le statut est lacunaire en ce qui concerne les conflits d'intérêts. Contrairement à d'autres fonctions publiques au Royaume-Uni, les juges de la Cour suprême ne sont soumis à aucune obligation à cet égard (ce qui est critiqué par la presse et une partie de la doctrine : voy. A. Paterson, *Decision-making in the UK's top court, Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2014, p. 77).

2. Procédures de nomination

Les règles de composition de la Cour suprême découlent du *Constitutional Reform Act* de 2005. Les juges sont nommés par le monarque par lettres patentes sur le conseil du Premier ministre après l'avis émis par la Commission de Sélection nommée par le *Lord Chancellor* (présidée par le Président de la Cour, le vice-président, un membre de la Commission des Nominations judiciaires d'Angleterre et du Pays de Galles, un membre de l'Autorité écossaise des Nominations judiciaires d'Écosse, un membre de la Commission irlandaise des Nominations judiciaires, et un membre nommé par le Président en considération de la composition territoriale de la commission). La Commission a l'obligation de consulter les plus hautes autorités judiciaires avant toute nomination. Elle se prononce sur dossier et à la suite d'auditions. Par convention, le Premier ministre, après l'intervention du Lord Chancellor, recommande obligatoirement le nom retenu par la Commission.

Jusqu'à aujourd'hui, le président de la Cour suprême a été désigné une seule fois, en 2012. Le précédent était encore *Law Lord et Senior Lord of Appeal in Ordinary* de la Chambre des Lords. L'actuel président, Lord Neuberger, exerçait l'une des principales fonctions juridictionnelles du Royaume-Uni (*Master of the Rolls* qui est le troisième personnage de la hiérarchie juridictionnelle après le Président de la Cour suprême et le *Lord Chief Justice* qui dirige le système judiciaire anglais et gallois en étant à la tête de la division criminelle de la Cour d'Appel et de la division du Banc de la Reine de la *High Court*). Par rapport aux autres membres de la Cour, le président n'a pas de qualités supplémentaires requises par la loi de 2005, mais la pratique montrera sans doute qu'il aura dû exercer l'une des plus hautes fonctions juridictionnelles du Royaume.

3. Critères de sélection

La loi de 2005 établit les critères de sélection. Elle prescrit sur le fond que les candidats aient assumé une fonction judiciaire pendant au moins deux ans dans l'une des juridictions suprêmes du Royaume (*High Courts, Courts of Appeal, Court of Session*). Alternativement, il est possible de devenir juge suprême en ayant exercé la fonction de juge depuis 15 ans ou avoir été un praticien du Droit au moins 15 ans. Un avocat (solicitor des principaux tribunaux anglais ou gallois, un *barrister* anglais ou gallois, un *advocate* en Écosse ou un solicitor plaidant devant la *Court of Session* ou *la High Court of Justiciary,* ou un membre du barreau nord-irlandais ou un solicitor devant la *Court of Judicature irlandaise*), ou un juge des autres cours du Royaume sont donc éligibles. Sur le fond, la loi impose une sélection sur le mérite, et la nécessité de faire en sorte que les juges dans leur ensemble disposent des connaissances et de l'expérience des trois systèmes de Droit du Royaume-Uni. Ceci explique qu'il y ait deux juges écossais et nord-irlandais. Des incompatibilités sont prévues. La Commission se réunit pour désigner un seul membre à la fois. La procédure est récente, car les premiers juges sont d'anciens Law Lords entrés en fonction le 1er octobre 2009 avec la mise en place de la Cour suprême remplaçant le *Judicial Committee of the House of Lords.*

La compétence juridique ne préjuge pas toujours d'études suivies dans les facultés de Droit. Il convient de rappeler que le juriste anglais est « éduqué » par l'analyse de cas concrets à partir de compilations (*cases and materials*). Par conséquent, il peut très bien avoir suivi des études en dehors du champ juridique et embrasser une carrière d'avocat, puis de juge dans un second temps apprenant ainsi le droit « sur le tas ». Le profil de l'actuel président de la Cour suprême, Lord Neuberger, est à cet égard révélateur. Né en 1948, il a suivi des études de chimie au *College* de Christ Church de l'Université d'Oxford. Après avoir obtenu ses diplômes, il a travaillé dans la banque d'affaires N. M. Rothschild & Sons pendant trois ans. Il est ensuite entré dans l'un des organismes de formation et d'encadrement de la profession de *barrister* de Londres (*Lincoln's Inn*). Il a embrassé la carrière d'avocat en 1974. Il a gravi rapidement les échelons de la profession pour devenir juge.

L'autre exemple qui peut être donné est celui de Lord Sumption. Il est originellement

un enseignant d'histoire au *Magdalen College* d'Oxford. Il est considéré comme l'un des *barristers* les plus célèbres du Royaume. Il exercera des fonctions de juge, mais seulement partiellement aux *Courts of Appeal* de Jersey et Guernsey.

La majorité des membres ont toutefois suivi un cursus en Droit à l'Université et ont tous mené une carrière professionnelle en tant qu'avocat, puis de juge. Bien que les profils sociaux, culturels, et universitaires soient peu variés, la présence de juges ayant connu d'autres horizons scientifiques contribue à favoriser le pluralisme des opinions et des raisonnements.

Il peut donc en résulter certains clivages, mais ils n'apparaissent qu'en termes techniques par les opinions dissidentes. Il n'y a aucun critère politique qui entre en ligne de compte, même de façon informelle, dans la sélection des juges. De même, la prise en considération de minorités est pour l'heure exclue. Il convient juste de faire en sorte que tous les systèmes juridiques du Royaume-Uni soient représentés (notamment écossais et nord-irlandais). Récemment, les débats se multiplient sur la place des minorités à la Cour, tant à l'égard des femmes qui assument rarement les plus hautes fonctions juridictionnelles (donnant d'ailleurs lieu à une passe d'armes entre Lady Hale et Lord Sumption), qu'à l'égard des minorités ethniques et religieuses. La volonté de mieux préciser le déroulement de la procédure devant la Commission, de cadrer les critères, et la possibilité de faire intervenir le Parlement pour confirmer les nominations ont été avancées pour rendre le processus plus transparent (voy. A. Duffy, Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour suprême du Royaume-Uni, Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Cycle « Les valeurs du droit public », 21 novembre 2013, http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche___article/&RH=CDCP-ACTIV, consulté le 1er mars 2015).

Tableau récapitulatif des juges depuis le 1er octobre 2009 (ordre de préséance) :

Nom	**Date naissance**	**Entrée en fonction**	**Terme théorique du service (retraite)**	**Université**	**Précédente fonction**
Lord Neuberger (Président)	10 janvier 1948	1er octobre 2012	10 janvier 2018	Christ Church, Oxford	Master of the Rolls
Baroness Hale (vice-présidente)	31 janvier 1945	1er octobre 2009	31 janvier 2020	Girton College, Cambridge	Lord of Appeal in Ordinary, juge à la High Court
Lord Mance	6 juin 1943	1er octobre 2009	6 juin 2018	University College, Oxford	Lord of Appeal in Ordinary, juge à la Court of Appeal

Lord Kerr	22 février 1948	1er octobre 2009	22 février 2023	Queen's University, Belfast	Lord of Appeal in Ordinary, Lord Chief Justice pour l'Irlande du Nord
Lord Clarke	13 mai 1943	1er octobre 2009	13 mai 2018	King's College, Cambridge	Master of the Rolls, Juge à la Court of Appeal
Lord Wilson	9 mai 1945	26 mai 2011	9 mai 2020	Worcester College, Oxford	Juge à la Court of Appeal
Lord Sumption	9 décembre 1948	1er janvier 2012	9 décembre 2018	Magadalen College, Oxford	Barrister
Lord Reed	7 septembre 1956	6 février 2012	7 septembre 2026	Univesiry of Edinburgh, School of Law et Balliol College, Oxford	Juge de la Court of Session (Écosse) ; ancien juge à la CEDH
Lord Carnwath	15 mars 1945	17 avril 2012	15 mars 2020	Trinity College, Cambridge	Juge de la Court of Appeal
Lord Hughes	11 août 1948	4 avril 2013	11 août 2018	Van Mildert College, Durham	Juge à la Court of Appeal
Lord Toulson	23 septembre 1946	4 avril 2013	23 septembre 2016	Jesus College, Cambridge	Juge à la Court of Appeal
Lord Hodge	19 mai 1953	1er octobre 2013	19 mai 2023	Corpus Christi, Cambridge et Univesiry of Edinburgh, School of Law	Juge de la Court of Session (Écosse)

B. AIDE À LA DÉCISION

Les juges de la Cour suprême disposent d'assistants. Le choix se fait selon l'*intuitu personae* en fonction de candidatures issues des Écoles de droit. Les assistants doivent néanmoins avoir eu une expérience professionnelle en étant titulaires d'un *training contract* ou en étant déjà *solicitor*. Il peut aussi s'agir de *barristers* en stage. Il s'agit donc de juristes certes jeunes, mais de haut niveau.

Il y a en principe un assistant par juge. Leurs tâches sont variées : préparation de la décision, établissement de sources bibliographiques, secrétariat, relations avec l'extérieur (ils

rédigent les communiqués). Le juge est cependant seul à écrire son opinion. En aucun cas il ne revient à l'assistant de prendre en charge cette mission.

Le juge britannique est un juge assez solitaire. Il convient toutefois de constater un mouvement en faveur de la collégialité et du travail en équipe (voy. *infra*). Les assistants sont ainsi sollicités pour donner leur avis ou discuter de la future opinion du juge. La collaboration est forte dans la préparation des dossiers et dans le cadre de la *permission to appeal*. Durant les audiences, les assistants siègent derrière les juges et leur viennent en aide pour toute question. Ils ont aussi pour fonction de prendre en note les débats.

La procédure étant contradictoire, les parties jouent un rôle notable dans la prise en compte des arguments. Un véritable dialogue s'instaure, et ce dès avant l'audience. Les conseils et les juges se sont souvent croisés et se connaissent, d'autant que tout avocat ne peut pas plaider à la Cour suprême (il faut appartenir au *Queen's Counsel*). Quant à l'audience, elle permet principalement de déterminer et de discuter les points de droit que les juges aborderont dans leur opinion. Il n'en demeure pas moins que le juge est libre dans la façon d'appréhender les moyens invoqués par les parties dans son opinion.

C. FORMATIONS DE JUGEMENT ET COLLÉGIALITÉ

La Cour suprême fonctionne de façon collégiale, sauf dans la rédaction des opinions finales des juges. Il n'existe aucune structuration en chambre ou de panels de juges élaborés *a priori* en fonction des matières. Si la composition de la formation de jugement est *ad hoc*, le *Registar*, le Président et le vice-président tiennent toutefois compte de la compétence technique des juges et de la représentation de l'ensemble des systèmes juridiques nationaux. Du point de vue procédural, le *Registar* propose le panel qui est ensuite validé par le Président et le vice-président (il y a rarement de modification de la proposition).

Les jugements sont rendus le plus souvent à cinq juges. La juridiction peut se réunir à sept, voire neuf juges pour les cas les plus difficiles qui recoupent selon la Cour les revirements de jurisprudence, les questions constitutionnelles et relatives aux droits de l'homme particulièrement importantes, et les conflits de jurisprudence entre les décisions de l'ancien *Appellate Committee of the House of Lords*, de la Cour suprême et du *Judicial Committe of the Privy Council*. La réunion de toute la Cour (« en banc ») s'est imposée qu'une seule fois, à l'occasion d'un contentieux relatif au *Brexit* (affaire *Miller*). Trois juges sont retenus pour les litiges les plus simples. Le juge unique n'intervient que pour la *permission to appeal*. Il est intéressant de noter qu'à la *High Court*, le principe est le jugement par un juge unique. Le jugement rendu par un seul juge ne doit pas être confondu avec le *single majority judgement* qui désigne la décision rendue par un seul juge au nom de tous les autres qui ne rédigent pas d'autres opinions (voy. *infra*).

Le travail en équipe est donc plus fréquent qu'à l'époque de la Chambre des Lords. Il existe formellement une réunion initiale de tous les juges concernés par l'affaire après les audiences. Chaque juge (du plus jeune au plus ancien) exprime son point de vue préliminaire

sur l'issue de l'appel. La confrontation des opinions justifie parfois que certains juges changent d'avis. Il est ensuite décidé lequel des juges va rédiger l'opinion de tête selon la position majoritaire exprimée. Les discussions informelles suivent et peuvent intégrer les assistants judiciaires des juges. C'est la pratique des *coaching sessions*. Comme le souligne Alan Paterson[324], l'esprit d'équipe s'identifie par la sélection du panel de juges, le traitement collectif des dossiers, et l'identification de leaders.

La composition des panels de juge (selon l'origine et éventuellement les spécialités) peut ainsi avoir une influence sur les décisions rendues qui sont composées de plusieurs opinions pour leur plus grande partie. L'autorité de certains juges sur leurs collègues est souvent décelable. Si cela est vrai pour le Président et le vice-président, ce peut être aussi le cas d'un autre juge chevronné. Cette autorité est évaluée en fonction du nombre d'opinions dissidentes ou partiellement conformes émises à jugement et bien évidemment du nombre de *leading* ou *single judgements* rendus par le juge en question. Lord Collins, ancien membre de la Cour, n'était à l'origine que d'une seule opinion dissidente en 51 participations à un jugement. Ses collègues s'opposaient en outre rarement à son opinion. Le taux d'agrément à son opinion par les autres juges atteignait 90 % (pour une moyenne de 86 % pour l'ensemble des membres de la Cours). Quant au juge Dyson, il affichait un nombre de *leading* ou *single judgements* le plus important après ceux du Président et du vice-président de l'époque (14), ce qui fait de lui l'un des juges les plus prolifiques des premières années de la Cour. À ce jour, celui qui a rendu le plus d'opinions en proportion des années d'exercice est Lord Hope avec 46 *single* ou *leading judgements* de 2009 à 2013. Dans l'actuelle cour, Lady Hale jouit d'une grande autorité.

L'étude doctrinale évoquée souligne également qu'il est fort rare que les juges issus du système écossais soient en désaccord. La même analyse souligne la forte connivence entre deux juges aujourd'hui à la retraite : Lord Rodger et Lord Brown. Amis de longue date, ils partageaient le même assistant. Ce sont eux qui ont développé les *coaching sessions* qui consistent à se réunir entre juges traitant d'un même cas en présence d'un ou plusieurs assistants. Le résultat est un taux d'accord très élevé de 97 % pour 28 dossiers (dont cinq fois en opinion dissidente) pour l'année 2010-2011.

III. Caractéristiques de la procédure

A. Publicité des échanges et des débats

L'audience joue un rôle central. Elle se déroule sur plusieurs jours. La discussion est

[324] *Op. cit.*

libre sur chaque point de droit : lorsqu'une partie présente ses arguments, tous les juges présents peuvent intervenir et poser des questions. L'audience publique est longue. Elle fait l'objet d'un échange très approfondi entre les parties et les juges (voy. *infra* B.). L'audience est autant un lieu d'échanges entre la Cour et les conseils qu'entre les juges eux-mêmes qui vont profiter des débats oraux pour partager leurs interrogations sur le cas avec leurs collègues en sus des parties naturellement.

Les rencontres entre juges avant et après l'audience sont peu formalisées. En amont, l'instance se déroule par la communication des pièces et des dossiers entre les parties sous l'autorité de la Cour. Une réunion relativement brève entre juges est désormais prévue (environ 15 minutes). Il s'agit d'une nouveauté procédurale depuis l'installation de la Cour suprême. Chaque juge souhaite en effet rester neutre et ne pas être trop influencé par ses collègues (même si cela peut arriver). Cette étape supplémentaire satisfait plutôt les juges, notamment pour s'accorder sur l'intérêt du cas ou les points de droit les plus importants.

En aval de l'audience, s'est instituée la *first conference* qui est la seule réunion formelle imposée systématiquement. Y siègent les juges du panel. Les *junior judges* s'expriment en premier. Le plus ancien dans la hiérarchie de la Cour intervient en dernier. Chacun exprime son analyse. Il peut arriver que cette conférence donne lieu à des changements de position, le but étant de construire une majorité sur la solution. À son issue, il est possible de savoir s'il y a unanimité sur la solution ou un partage des voix. C'est aussi parfois à cette occasion qu'est identifié le juge qui rédigera le *leading judgement*.

Une autre conférence peut être prévue, mais dans la très grande majorité des cas, les juges se retirent individuellement pour écrire leur opinion. Si l'exercice est individualisé, il n'est pas complètement solitaire. Les échanges oraux et surtout par mail se multiplient dans un esprit d'équipe de plus en plus prégnant. Le premier juge à avoir achevé son opinion la fait circuler pour recueillir les observations de ses collègues. En principe, c'est toujours le *leading judgement* qui est soumis en premier. Suivent les autres projets d'opinion (*draft opinions*). Depuis quelques années, ces projets communiqués entre les juges sont accompagnés de notes explicatives (*memoranda*) comprenant des questions, des propositions d'amendement du *leading judgement*, ou de réflexions sur tel ou tel point de droit considéré comme étant particulièrement important.

Il est indéniable que le passage de la Chambre des Lords à la Cour suprême a favorisé le travail d'équipe sous l'influence des présidents Phillips et Neuberger. Le cadre reste toutefois très flexible et les parties en sont complètement exclues une fois l'audience achevée.

B. IMPARTIALITÉ, CONTRADICTOIRE ET DÉLAIS

La Cour suprême est née de la volonté d'aligner le système juridictionnel britannique sur les exigences d'impartialité de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire McGonnell c/ Royaume-Uni (8 février 2000, req. n° 28488/95), les juges européens avaient considéré que la participation du Bailiff à la Royal Court de l'île de Guernesey était de nature

à vicier un jugement. En effet, le magistrat était investi de fonctions législatives et exécutives. Ce cumul de pouvoirs, ajouté à la qualité de juge, portait atteinte à l'indépendance et l'impartialité de la *Royal Court*. La condamnation de la Cour ne pouvait qu'interroger le pouvoir en place sur la validité du fonctionnement de la Chambre des Lords dans la mesure où le Lord Chancellor cumulait les fonctions de Speaker, de membre des plus hautes juridictions du royaume et de ministre chargé, notamment, des affaires constitutionnelles et du fonctionnement des tribunaux. Les Law lords étaient également concernés, puisqu'ils étaient à la fois membres du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire. Même si la pratique était respectueuse de l'impartialité, la réforme de 2005, en instituant une Cour suprême, rétablit l'impartialité objective de la plus haute juridiction britannique.

En droit positif, les juridictions sont soumises à l'article 6, § 1 de la Convention transposée par le *Human Rights Act*. Le *common law* consacre également les principes du contradictoire et d'impartialité.

Le contradictoire est inhérent à la procédure britannique. Il n'y a pas d'actes préparatoires à proprement parler (il n'y a que des projets d'opinions échangés entre les juges ; voy. *supra*) émis avant les opinions des juges qui constituent les seuls écrits officiels communiqués aux parties, à l'exception de demandes ponctuelles par le greffe.

Quant à la célérité de la procédure, elle est certaine même s'il n'y a pas de règles précises concernant les délais. Il faut compter 9 à 12 semaines par dossier à partir de l'audience, rarement plus. Depuis la création de la Cour suprême, des limites temporelles sont imposées pour les audiences qui ne peuvent plus se dérouler sur 4-6 jours comme au temps de *l'Appellate Committee* de la Chambre des Lords. La Cour suprême n'a pas été, pour l'heure, condamnée pour la longueur de la procédure (le système juridictionnel britannique est rarement mis en cause par la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point).

Les délibérés sont secrets, mais les modalités de rédaction de la décision permettent de connaître les opinions de chaque juge (voy. *infra* V.).

La procédure devant la Cour suprême demeure assez spécifique, mais il convient de constater un progrès du travail d'équipe. Du fait de la sélection relativement drastique des dossiers en fonction de l'intérêt purement juridique de l'affaire, il y a peu de procédures accessoires (expertises, notamment). Les audiences longues et contradictoires, une fois qu'elles arrivent à leur terme, ne sont pas suivies d'actions procédurales spécifiques. La doctrine remarque que depuis plusieurs années les échanges d'écrits contradictoires en amont des audiences sont plus fréquents. Il en résulte un certain recul de l'oralité (A. Paterson, *Decision-making in the UK's top court, Cambridge Journal of International and Comparative Law* 2014, p. 77).

Enfin, l'institution de la Cour suprême a grandement contribué à renforcer la transparence du juge suprême. En premier lieu, la Cour est aisément accessible. Souvent ouverte, tout citoyen peut s'y rendre et assister à une audience dans les limites des places disponibles. En deuxième lieu, le site internet est très intuitif et comprend toutes les

informations utiles à la compréhension des règles de procédure. Cette ouverture numérique découle du règlement intérieur de la Cour qui prévoit les moyens de rendre « accessible, juste et efficace » la juridiction qui doit par ailleurs permettre aux citoyens de comprendre des règles de procédures « à la fois simples et exprimées simplement » (*Constitutional Reform Act* de 2005, section 45(3). En troisième lieu, les audiences sont enregistrées et sont diffusées sur le site également. Tous les arrêts de la cour sont accessibles et un communiqué le résume sans dépasser les deux pages dans la très grande majorité des cas. Un rapport annuel est produit, particulièrement détaillé. Le budget de la Cour y est exposé jusqu'aux salaires perçus par les directeurs du personnel administratif.

IV. Exercice du contrôle

A. Nature et portée

Le contrôle de la Cour est concret, sauf exception (dévolution). Quant à l'intensité du contrôle, nous nous contenterons d'évoquer ici ses modalités dans le cadre du *judicial review* qui soulève le plus souvent les questions de nature constitutionnelle.

La décision a un effet *inter partes*. Du fait de l'expression d'opinions différentes et individualisées, l'idée d'une portée *erga omnes* est peu envisageable. En revanche, la position majoritaire de la Cour sur un point de droit s'impose aux juridictions qui réutiliseront le cas dans le cadre du raisonnement du *common law* (rapprochement des cas pour apporter une solution similaire). La Cour suprême rend ainsi des décisions qui ont autorité de la chose jugée et interprétée (ces termes ne sont toutefois pas utilisés dans le cadre du *common law*).

Par rapport à la norme législative : en vertu du principe de souveraineté du Parlement, le juge n'a aucun pouvoir d'annulation, et *a fortiori* ne peut l'envisager rétroactivement ou pour l'avenir, ou en en modulant les effets dans le temps et dans l'espace. Les seules limites, importantes, découlent des droits européens.

1/ Dans le cadre du *Human Rights Act* de 1998 : parmi les dispositions prévues par la loi de 1998, la possibilité offerte aux particuliers de remettre en cause une *statute law* à l'occasion d'un procès est emblématique. La section 3 dispose d'abord que la loi doit être interprétée de façon à assurer autant que possible (« *as far as possible* ») sa compatibilité avec la Convention. Cette méthode d'interprétation conforme est ensuite doublée d'un mécanisme de déclaration d'incompatibilité. Sous son empire, une juridiction peut constater l'inconventionnalité d'un texte. La section 2 impose enfin aux tribunaux de prendre en compte les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui a donné lieu à une jurisprudence abondante concernant l'étendue de cette « obligation » (voy. par exemple Moohan v Lord Advocate [2014] UKSC 67). En cas de violation, le juge peut prononcer une solution (*remedy*) de compensation. Si la loi ne peut être écartée ou annulée par les juridictions pour inconventionnalité - contrairement au droit de l'Union européenne - le principe de souveraineté du Parlement est atténué en partie par l'incompatibilité décelée par

les juridictions qui va alors susciter une évolution législative. À cela s'ajoute la capacité du Gouvernement en vertu de décision des juges de recourir à des ordonnances (les *remedial orders*) pour garantir la compatibilité du droit interne avec le HRA.

2/ En application du *European Communities Act* de 1972 : la loi reconnaît l'applicabilité directe des traités en droit interne et dispose que les tribunaux ont l'obligation de donner plein effet au droit communautaire. Il impose aussi le respect des décisions de la Cour de Justice. La loi peut donc être écartée au cas en cause, mais le juge ne dispose pas d'un pouvoir d'annulation de la loi. En revanche, des mesures d'urgence ou temporaires peuvent être adoptées pour que les droits des requérants soient respectés (*injunctions and interim relief*, jugement Factortame n° 2 préc. et M. v *Home Office* de 1994).

Un dernier cas tout à fait particulier doit être mentionné avec la dévolution. La Cour suprême a le pouvoir de remettre en cause les législations des Parlements nationaux pour non-conformité aux règles de répartition de compétences, d'atteinte au HRA ou au droit de l'Union européenne.

B. INTENSITÉ DU CONTRÔLE

Traditionnellement, le contrôle opéré par le juge est celui du caractère raisonnable de la décision, dans une logique proche du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, quoique plus exigeante encore (*unreasonableness Wednesbury test* ; pour un rapprochement, voy. F. Fabbrini, "Reasonableness as a test for judicial review of legislation in the jurisprudence of the French Constitutional Council", *Journal of Comparative Law*, 2009, vol. 4/1, p. 39). Le constat de l'irrationalité de l'acte dépasse les seules questions de la légalité et du respect des procédures pour mettre en cause, même de façon très limitée, l'opportunité de la décision. Les tribunaux usent, pour désigner l'irrationalité, d'expressions comme « recours à l'arbitraire », de décision « capricieuse, frivole, vexatoire » (Wade and Forsyth, 2004), ou encore d'action « perverse » (Lord Brightman in R v Hillingdon London Borough Council Ex p. Pulhofer, 1986). L'irrationalité recèle deux degrés (Lord Greene in Clayton and Tomlinson, Judicial Review : A Practical Guide, 1993, § 2.5). Le premier désigne ce qui est appelé par la doctrine l'« *umbrella sense* ». Ce concept cumule en fait plusieurs motifs d'illégalité dont la portée est appréciée par le juge : l'usage du pouvoir de mauvaise foi, selon de mauvaises considérations, et selon un but inapproprié ou encore avec une volonté de dissimulation des véritables intentions de l'auteur de l'acte (Rooke's case de 1598, Lord Coke). L'autre degré dégagé par Lord Greene est le « *substantive sense* ». L'acte de l'administration peut être contesté dès lors que l'on démontre qu'il est « si exorbitant que nulle autorité publique raisonnable n'aurait agi de cette façon » (Associated Provincial House ltd v Wednesbury Corporation case, 1948 ; trad. in Stirn, Fairgrieve, Guyomar, Droits et libertés en France et au Royaume-Uni, p. 68). Ainsi conçue, l'irrationalité est un contrôle qui peut s'imposer même si la décision semble avoir été adoptée dans le respect des buts assignés par la loi ou semble utile. Dans un cas comme dans l'autre, la décision apparaît totalement absurde, erreur manifeste qui permet d'apprécier le contrôle limité du juge dans ce contexte : le juge se contente de s'en tenir à ce

qui découle raisonnablement de la volonté du législateur. Il n'y a donc aucune appréciation de l'opportunité et donc de possibilité de substitution de décision (R. v Cambridge Health Authority case, 1995).

Entre le contrôle minimum du *Wednesbury test* et le contrôle de l'opportunité qui autoriserait une substitution d'une décision judiciaire à une décision administrative, un contrôle médian s'est imposé, celui de la proportionnalité. Plus ou moins explicite dans les décisions antérieures au HRA, le contrôle de proportionnalité a inspiré les juges (Hook case, 1976) qui ont su s'abstraire de l'approche restrictive du contrôle juridictionnel des actes administratifs auquel conduit le *Wednesbury test* (voy. Saville case, 1999 ; Balchin case, 1997 : référence à la seule erreur de raisonnement). Progressivement, la conception de Lord Greene fut donc abandonnée au profit d'une approche moins restrictive et plus pragmatique, tout particulièrement en matière de droits fondamentaux. Les droits issus HRA et le droit de l'Union ont consacré cette évolution et l'ont approfondie en suscitant un contrôle de principe de la proportionnalité lorsqu'ils s'appliquent au litige. À cet égard, le HRA a d'abord vocation à s'appliquer aux situations juridiques individuelles. Précisons enfin que le contrôle de Wednesbury n'a pas vocation à s'appliquer lorsqu'est en cause une atteinte à l'attente légitime de l'administré (Coughlan, 2001 ; contrôle de l'abus de pouvoir remettant en cause une attente légitime ; voy. aussi Nadarajah case, 2005 ; Bibi case préc.). La seule question de l'intensité du contrôle est très discutée en doctrine et constitue l'un des objets d'étude majeurs en droit administratif britannique (notamment sur le standard du contrôle).

Indiquons enfin que certaines décisions ne sont pas contrôlées par le juge pour des motifs de *Public policy*. Les cas en cause se rapprochent de la catégorie des actes de Gouvernement.

C. TRAITEMENT DES ARGUMENTS DES PARTIES

Le juge dispose de pouvoirs étendus. Outre les moyens soulevés par les parties, il peut faire des digressions ou tenir des propos généraux sans lien direct avec le moyen pour dire l'état du droit (*obiter dictum*). La formule retenue dans le *Constitutional Reform Act* de 2005 est d'ailleurs très claire : *« The Court has power to determine any question necessary to be determined for the purposes of doing justice in an appeal to it under any enactment ».* Inversement, il peut ne pas traiter de façon approfondie certains moyens des parties ou motifs de la juridiction inférieure. Ce dernier aspect suscite quelques débats.

Une récente jurisprudence a permis d'en apprécier la teneur. Rappelons rapidement que la procédure contradictoire débute avec les échanges des écrits. Une audience est ensuite fixée. Elle est souvent longue de plusieurs heures à plusieurs jours. L'audience, ainsi qu'il a été souligné à plusieurs reprises, est déterminante. Elle contribue à des échanges nourris entre les parties et les juges sans formalisme pesant. Le public peut y assister. Les parties apparaissent comme de véritables aides à la décision, y compris par la façon dont chaque juge va traiter par son opinion tel ou tel point de droit. Dans une telle procédure, tous les

arguments doivent être évoqués entre la juridiction et les parties. Une fois le débat oral contradictoire clôt, le juge dispose néanmoins des arguments des parties et à même la possibilité de retenir une interprétation qu'il n'aurait que rapidement mentionnée. Il peut en résulter des incompréhensions ainsi que le souligne A. Paterson dans son ouvrage *Final Judgment : The Last Law Lords and the Supreme Court* à propos de l'affaire Assange (Assange v Swedish *Prosecution Authority* [2012] UKSC 2). En l'espèce, le jugement de la Cour suprême avait été critiqué par les parties, car les juges s'étaient déterminés à partir d'une source juridique qui, selon le conseil du requérant, n'avait pas pu être discutée lors de l'audience. La retranscription des débats par A. Paterson révèle que les juges l'avaient simplement évoquée et que l'avocat n'avait pas réellement relevé l'argument à peine développé par Lord Brown. Cet épisode démontre que les conseils doivent être particulièrement vigilants quant aux propos juridiques tenus par les juges afin qu'ils puissent répondre à tous les motifs qui seront repris dans leurs opinions. Il n'en demeure pas moins que les juges n'avaient pas explicitement invité le conseil à discuter l'argument qui allait constituer la base de leur raisonnement, ce qui peut être perçu comme étant déloyal. Le Conseil souleva donc cette difficulté. La Cour a dès lors accepté que le cas soit rouvert en accordant une « *submission to re-open appeal* » (voy. *supra*). Pourtant, l'argument a été rapidement écarté comme étant sans fondement (le point de droit en question avait été évoqué lors de l'audience). La discussion sur le fond élaborée par le conseil n'a pas été traitée et la position de la juridiction n'a pas évolué. On peut se demander si l'importance du moyen n'aurait pas justifié la désignation d'une nouvelle formation de jugement (ce qui avait pu être fait à propos de l'affaire Pinochet devant la Court of Appeal, R v *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte* (No 3) [2000] 1 AC 6). S'il semble exister une convention selon laquelle le juge ne peut traiter que des arguments échangés en amont avec les parties (par écrit ou oral), un éclaircissement de la réalité de cette convention et les conditions de son respect ne seraient pas inutiles.

V. Prise de décision

A. Instruction

Les juges recourent à tous les documents qu'ils souhaitent. **Le procédé de l'*amicus curiae* est reconnu, de même que l'expertise**. Les principales sources de travail sont : la jurisprudence (*case law*), les débats parlementaires, décisions des cours étrangères (en particulier de systèmes de *common law*). En revanche, le système étant accusatoire, il n'y a pas de mesures d'instruction au sens civiliste du terme. Notons que les assistants judiciaires ont pour principale fonction la recherche documentaire. La Cour suprême dispose à ce titre d'un centre de documentation.

Les renvois préjudiciels sont aussi prévus. La Cour suprême a l'obligation de recourir à la question préjudicielle devant la Cour de Justice si la théorie de l'acte clair n'est pas applicable. La question est le plus souvent sollicitée par les parties. Ensuite, la Cour suprême

détermine précisément sa formulation. Quant à la fréquence, elle est rare. Il n'y en a eu aucune en 2014-2015 par exemple. Les cas se comptent au mieux sur les doigts d'une main en une année (pour l'ensemble des juridictions britanniques, les questions préjudicielles oscillent entre 20 et 30 depuis quelques années). Les objets sont divers, mais le plus souvent il s'agit d'interpréter des directives. La tendance au renforcement de la subsidiarité et la critique à l'égard de l'Union européenne à laquelle quelques juges peuvent adhérer favorisent le recours à la théorie de l'acte clair.

B. MISE EN FORME DE LA DÉCISION

Chaque juge rédige seul son opinion en principe, mais des réunions plus ou moins formelles jouent un rôle déterminant dans son élaboration (voy. *supra*). Certains jugements sont rédigés à deux juges auxquels d'autres juges du panel peuvent adhérer. Les assistants judiciaires épaulent également les membres de la juridiction dans la rédaction même s'ils ne sauraient se substituer à eux.

Par conséquent, s'il n'existe pas à proprement parler de « délibéré » formel, les juges travaillent de plus en plus en équipe que ce soit avec les autres juges ou avec les assistants.

Le jugement est particulièrement long et comprend une moyenne de 80 à 90 paragraphes. Certains jugements dépassent la centaine de pages. Cette longueur s'explique par la nature du *common law* ainsi que de la formation et le prestige des juges. Ces derniers peuvent évoquer les moindres détails de fait et la moindre opinion juridique qu'ils jugent utiles à la résolution du cas. Le raisonnement est inductif et non structuré. Toutefois, les faits sont présentés, puis la procédure. Chaque argument des parties est discuté pour aboutir à une opinion pouvant donner lieu à un *obiter dictum*. Les références au droit comparé (récemment la Cour de Karlsruhe) et à la doctrine sont fréquemment utilisées. Dicey est sans doute le plus cité. L'opinion s'achève par la décision d'accueillir ou non l'appel, avec les mesures juridictionnelles correspondant.

Il est possible d'identifier plusieurs types de jugements :

- le *single majority judgement* est rendu par un seul juge auxquels les autres membres du panel adhèrent sans exprimer une autre opinion, qu'elle soit dissidente ou non. Contrairement aux apparences, l'expression d'un seul jugement ne signifie pas forcément qu'il est plus court que les autres comprenant plusieurs opinions. Les *single majority judgement* ont considérablement augmentés, témoignant d'une réelle progression du travail d'équipe et de la volonté de simplifier la lecture des décisions de la Cour (en 2015, ils représentaient près de 45 % des jugements. En 2013, ce chiffre avait atteint 55 %).
- le jugement à la majorité : plusieurs opinions sont exprimées, mais un juge de la majorité se voit attribuer le jugement de tête (*leading judgement*) qui correspond à la position de la juridiction. S'en suivent des opinions concordantes de juges souhaitant développer un point de droit particulier ; des opinions

partiellement dissidentes sur le raisonnement, mais concluant à la même solution que le *leading judgement* ; et enfin les opinions dissidentes qui conclut à une solution contraire à celle qui a été adoptée à la majorité. Il est mentionné à côté de chaque opinion le nom des autres juges qui y adhèrent et qui ne souhaitent pas en rédiger une. La grande majorité des jugements ne comporte pas d'opinions dissidentes. La Cour recherche le consensus, notamment par un travail d'équipe en amont.

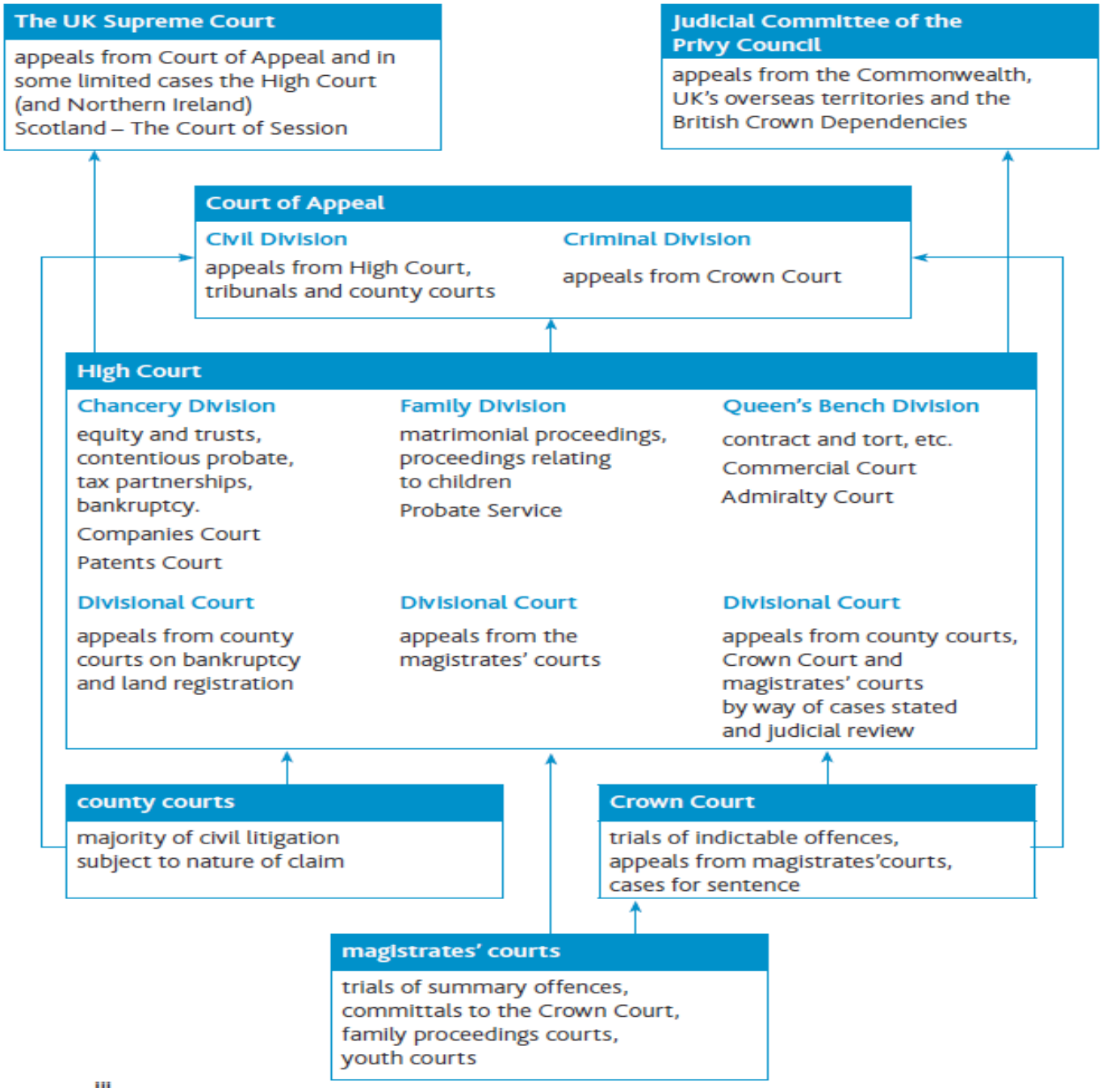
C. COMMUNICATION DE LA DÉCISION

La publication intervient de 9 à 12 semaines après l'audience. Le jugement est publié, envoyé aux avocats qui auront eu au préalable la possibilité d'apporter des corrections typographiques.

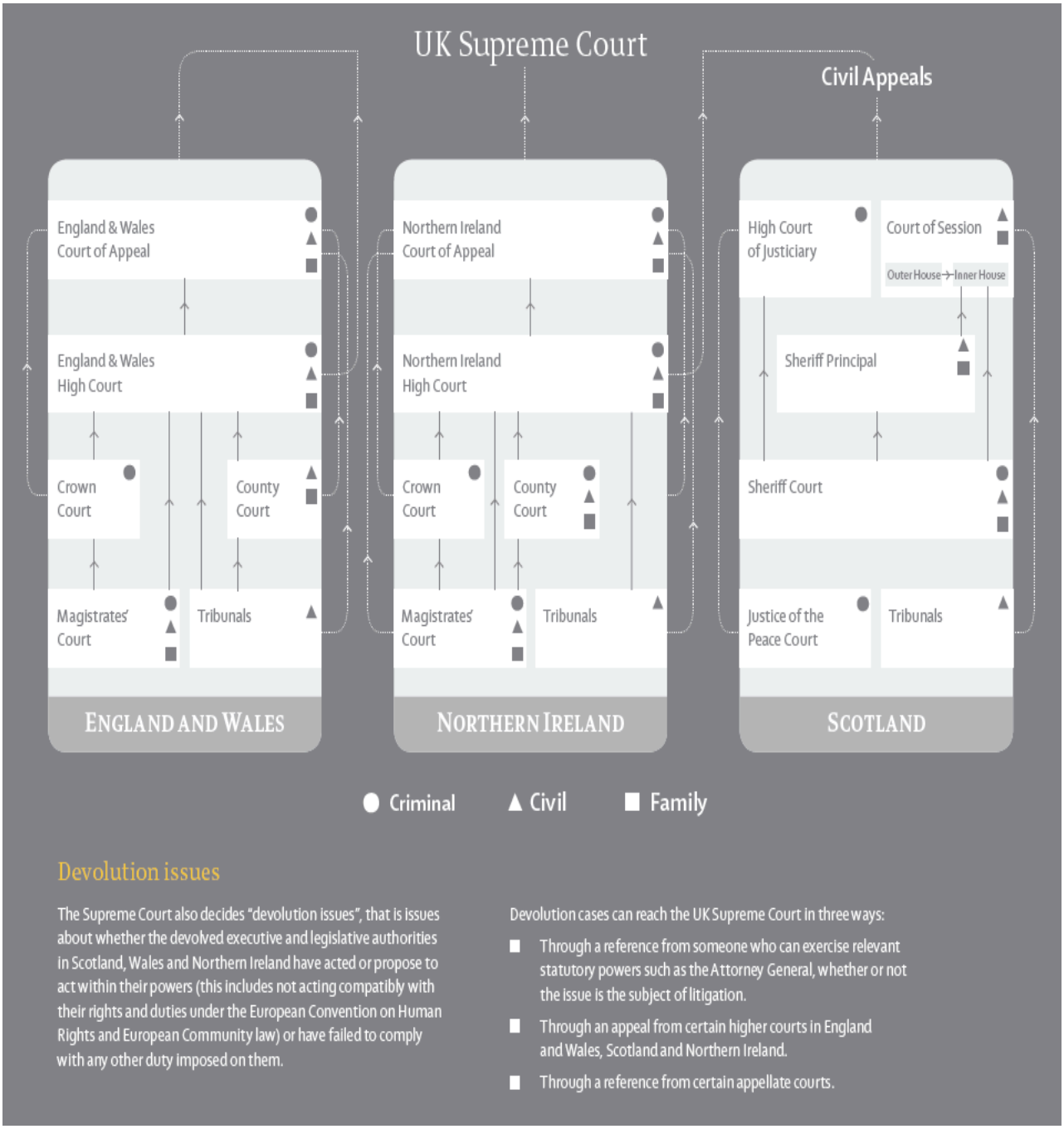
La Cour produit le jugement en ligne, avec un résumé. L'audience peut être suivie en direct via la télévision internet de la Cour. Aucune traduction dans une autre langue n'est accessible. La domination de la langue anglaise rend quelque peu superfétatoire et coûteuse pour la Cour une telle possibilité.

Annexes

Annexe 1 : Le système juridictionnel britannique



Annexe 2 : La compétence de la Cour suprême



Devolution issues

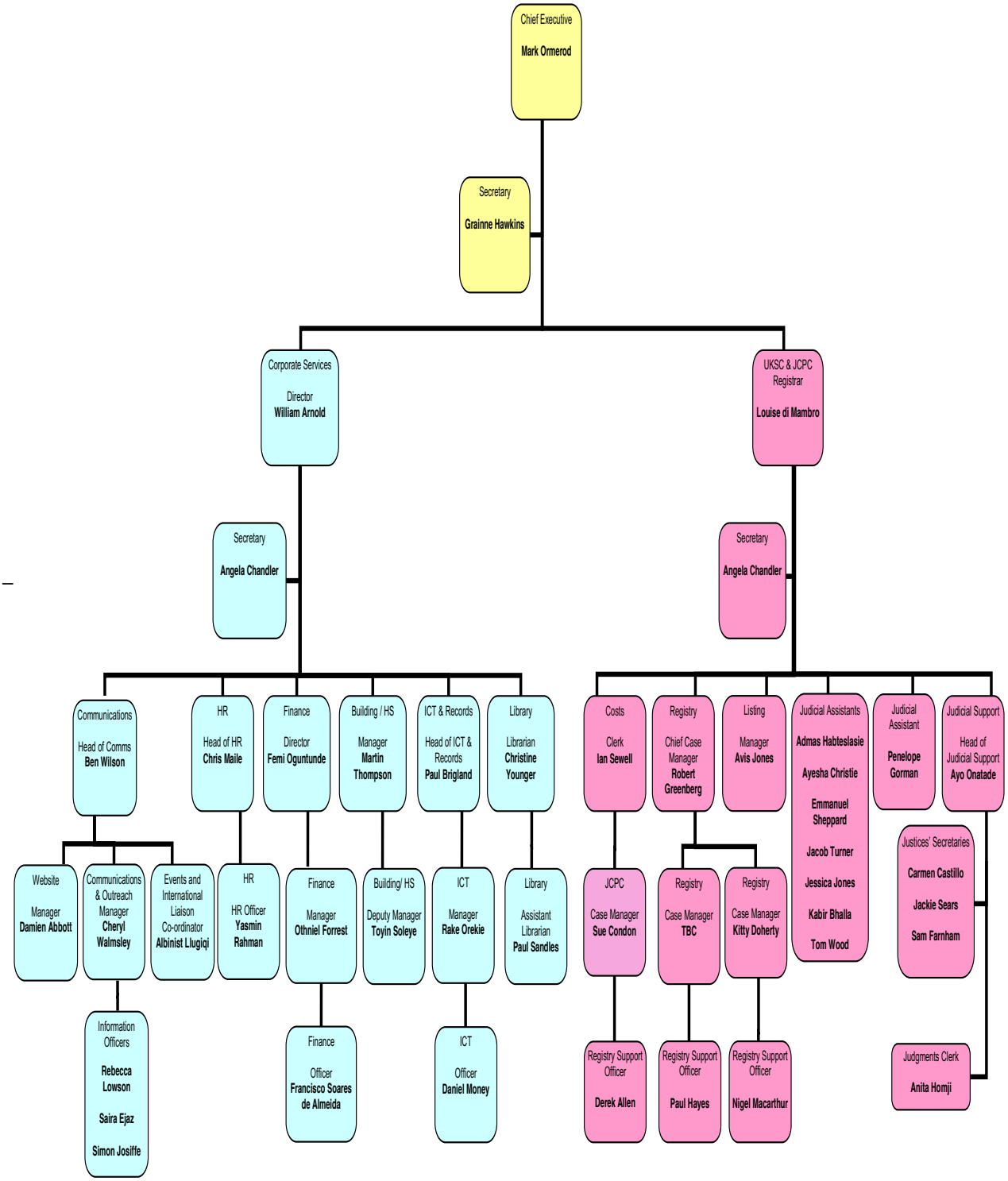
The Supreme Court also decides "devolution issues", that is issues about whether the devolved executive and legislative authorities in Scotland, Wales and Northern Ireland have acted or propose to act within their powers (this includes not acting compatibly with their rights and duties under the European Convention on Human Rights and European Community law) or have failed to comply with any other duty imposed on them.

Devolution cases can reach the UK Supreme Court in three ways:

- Through a reference from someone who can exercise relevant statutory powers such as the Attorney General, whether or not the issue is the subject of litigation.
- Through an appeal from certain higher courts in England and Wales, Scotland and Northern Ireland.
- Through a reference from certain appellate courts.

Annexe 3 : Organigramme de la Cour suprême

The UK Supreme Court Organisation Chart



The UK Supreme Court | Judicial Committee of the Privy Council
1 October 2015

Annexe 4 : Communiqué produit à l'occasion du Brexit Case sur la procédure d'élaboration du jugement

WHAT HAPPENS NEXT IN THE ARTICLE 50 CASE?

The Justices will meet privately over the next week to discuss their initial views on the legal arguments put to them during the appeal. By convention, the most junior Justice speaks first and they work their way round the table up to the presiding Justice. No firm conclusions will be drawn at this stage: **the Justices will then take time to review further the written and oral submissions they have received from the parties**. They will continue to study the 'authorities' (past decided cases) that have been referred to during proceedings, and will also discuss the case with each other.

The Justices will then begin drafting their judgment(s). Each Justice is entitled to write their own judgment, though in many cases all or a number of Justices agree on one judgment representing a particular set of reasons for allowing or rejecting the appeal. If they do not all agree on the outcome, 'majority' and 'minority' judgments will be written. A simple majority is needed for an appeal to be allowed or dismissed.

Once all the Justices are content with the draft(s), they will announce that the decision is ready to be published. **We will aim to give at least three working days' notice before publishing the decision.** The 'handing down' of the judgment will happen in court, with a Justice delivering a brief oral explanation of the reasons for the decision.

The full judgment (which gives the detailed reasoning for the decisions reached), press summary and video of the explanation will all then be available on the Supreme Court website.

In the meantime, you can watch the entire proceedings via the case summary pages on our Article 50 'hub page' at **www.supremecourt.uk/news/article-50-brexit-appeal.html**

COUR CONSTITUTIONNELLE TURQUE
-
Ibrahim Ö. KABOGLU

Professeur de droit constitutionnel à l'Université de Marmara

PROPOS INTRODUCTIF

En Turquie, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a été instauré par la Constitution de 1961, c'est-à-dire, près d'un siècle plus tard après l'adoption d'une constitution écrite et la proclamation de sa suprématie (1876)[325]. C'est la cinquième cour constitutionnelle instituée en Europe après la Seconde Guerre mondiale : Autriche en 1945 à nouveau, Italie en 1947, en Allemagne 1949 et en France 1958.

La juridiction constitutionnelle en Turquie établie à l'exemple du modèle européen peut être abordée en trois temps : la création et la modération de son statut ainsi que sa réorganisation.

-La Cour constitutionnelle a été créée pour la première fois en Turquie par la Constitution du 9 juillet 1961 et a été mise en fonctionnement par une loi spéciale le 25 avril 1962[326].

-La Constitution du 7 novembre 1982 a visé à modérer les compétences et les fonctions de la Cour dans l'ordre constitutionnel.

- La réorganisation de la Cour constitutionnelle a été effectuée lors de la modification de la Constitution adoptée par le référendum du 12 septembre 2010[327] .

Du point de vue des compétences de la Cour constitutionnelle, il est frappant de constater d'emblée l'ampleur impressionnante de ses tâches : contrôle de constitutionnalité des normes, protection des droits et libertés constitutionnellement garantis, contrôle de

---

[325] Sur les développements constitutionnels en Turquie, v.: İbrahim Ö. Kaboğlu et Eric Sales, *Le Droit constitutionnel turc*/Entre coup d'Etat et démocratie, L'Harmattan, 2015

[326] La loi du 22.4.1962 et no 44: "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"(J.O.: 25.4.1962).

[327] La loi constitutionnelle no 5982 adoptée par le référendum du 12 septembre 2010.

constitutionnalité des programmes et activités des partis politiques, fonction de Haute Cour, contrôle de constitutionnalité de certaines résolutions parlementaires.

À propos de la saisine de la Cour constitutionnelle, l'action en annulation et l'exception d'inconstitutionnalité ont été prévues lors de sa création, le recours individuel a été introduit en 2010 :

1.-L'action en annulation (le contrôle abstrait) : le contrôle par voie d'action s'exerce, à la demande des autorités politiques, après la promulgation au *Journal officiel* des normes contestées.

2.- L'exception d'inconstitutionnalité (le contrôle concret) : le contrôle par voie d'exception est déclenché par un juge quelle que soit sa place dans la hiérarchie de juridiction à l'occasion d'un procès en cours.

3.- Le recours individuel (la plainte constitutionnelle)[328] : cette voie de saisine directe par les individus a été introduite afin d'assurer la protection des droits et libertés mentionnés dans la Constitution aussi bien que dans la Convention européenne des droits de l'homme[329].

4.- Le contrôle sur les partis politiques : lorsqu' il s'agit d'un procès à intenter contre un parti politique, la Cour est saisie par le procureur général auprès de la Cour de cassation. La Cour constitutionnelle contrôle la conformité des statuts, des programmes et des activités des partis politiques à la Constitution.

5.- Le jugement en qualité de la haute cour : lorsque le premier ministre et les ministres (...) font l'objet de motions d'enquête, la Cour constitutionnelle est saisie par l'Assemblée nationale, si le rapport d'enquête a été adoptée à la majorité absolue du nombre total des sièges.

6.- L'auto-saisine : la Cour peut examiner la constitutionnalité d'une loi appliquée lors du procès intenté contre un parti politique ou bien d'un procès intenté dans le cadre du recours individuel.

La répartition en pourcentages des recours en annulation/ exception d'inconstitutionnalité et recours individuel :

Le nombre des arrêts de la Cour est de 3355 au total du 23 septembre 2012 (date de la mise en pratique de la plainte constitutionnelle) ; au 28 janvier 2017 :

---

[328] Les termes tels que le contrôle abstrait et le contrôle concret ainsi que la plainte constitutionnelle sont utilisés dans la doctrine alors qu'ils ne figurent pas dans les textes.

[329] La mise en pratique de la voie du recours individuel date du 23 septembre 2012. La nouvelle loi sur l'organisation et les procédures du jugement de la Cour constitutionnelle date du 30 Mars 2011 (no: 6216, J.O.:03.04.2016-27894).

-2409 arrêts sont relatifs à la plainte constitutionnelle,

-569 arrêts sont relatifs au contrôle des normes : 80 arrêts recours en annulation ; 472 arrêts, exception d'inconstitutionnalité ; 17 arrêts, rendus à la suite des recours conjoints à la fois des recours en annulation et d'exception d'inconstitutionnalité.

I. Traitement des saisines

A) QUELLES SONT LES MODALITÉS DE FILTRAGE ET DE RÉPARTITION DES SAISINES ?

Il n'existe pas de filtrage particulier dans les contentieux du contrôle abstrait et du contrôle concret. La Cour constitutionnelle vérifie juste si les conditions de sa saisine exigées par la Constitution et par la loi spéciale sont remplies. L'examen préalable est une exigence commune de chaque recours introduit devant la Cour constitutionnelle.

Pour les recours en annulation : la Cour ne peut être saisie que par les autorités politiques déterminées par la Constitution. Les auteurs de la saisine sont le Président de la République, les groupes parlementaires du parti au pouvoir[330] et du principal parti de l'opposition et, un cinquième au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie. Les délais du recours sont limités à 60 jours ou 10 jours : le recours devant la Cour constitutionnelle doit être fait dans les 60 jours qui suivent la publication de la norme à contrôler dans le *Journal Officiel*. Le contrôle formel des lois ordinaires ou constitutionnelles doit être formulé dans les dix jours qui suivent leur publication au *Journal officiel.*

Les formalités à respecter varient selon les requérants à savoir les groupes parlementaires des partis politiques ou un cinquième des députés. Le délai de l'examen préalable des recours en annulation est de dix jours à partir de l'inscription du recours devant la Cour pour constater si le dossier est complet. Si la requête manque de documents nécessaires un délai minimum de 15 jours est accordé aux requérants pour compléter leur dossier.

Pour ce qui concerne l'exception d'inconstitutionnalité : le juge du fond ne fait que renvoyer la question d'inconstitutionnalité au juge constitutionnel. Le monopole de vérification de la constitutionnalité des normes est donc attribué à la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle est saisie par un juge d'office ou à la demande d'une des parties au procès. Dans ce dernier cas de figure, le tribunal estimera lui-même si les arguments en faveur de l'inconstitutionnalité paraissent suffisamment sérieux. C'est donc le tribunal de première

[330] Dans le cas où plusieurs partis politiques sont au pouvoir, le droit de recours dont disposent les partis au pouvoir est exercé par celui d'entre eux qui a le plus grand nombre de députés.

instance qui est l'organe principal de filtrage du fait que l'évaluation de l'allégation d'inconstitutionnalité appartient au juge du procès. Dans le cas où l'allégation d'inconstitutionnalité est estimée sérieuse, la question préjudicielle est posée. La détermination du critère de sévérité accorde en effet au juge une marge d'appréciation non-négligeable.

Dans le cas où le tribunal retient l'exception d'inconstitutionnalité, il saisit la Cour constitutionnelle et sursoit à statuer sur le procès en cours jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée à ce sujet. Dans ce cas, la décision du juge doit être bien motivée. Au contraire, si l'allégation d'inconstitutionnalité n'est pas considérée comme sérieuse, le rejet doit être également motivé[331]. Aucun filtrage n'est appliqué devant la Cour constitutionnelle sauf l'examen préalable relatif aux formalités précisées dans la loi. Le délai de l'examen préalable du point de vue de la procédure est aussi de dix jours. L'allégation d'inconstitutionnalité qui est infondée d'une façon manifeste ou qui n'est pas conforme à la procédure à suivre est rejetée par une décision motivée par la Cour constitutionnelle sans entrer à l'examen sur le fond[332].

Il convient de signaler aussi deux cas exceptionnels *: le délai de dix ans et les dossiers similaires.*

- *le délai de dix ans :* lorsque la Cour constitutionnelle rend un arrêt de rejet sur le fond de l'exception d'inconstitutionnalité, il est interdit d'évoquer à nouveau cette exception à l'égard de la même disposition avant l'écoulement d'un délai de dix ans.
- *les affaires similaires* : lorsque le tribunal saisit la Cour constitutionnelle et sursoit à statuer le procès en cours, dans le cas où il existe de dossiers similaires devant le tribunal, l'exception d'inconstitutionnalité est valable aussi pour ces dossiers.

Quant au recours individuel, cela est soumis à un filtrage effectif. La Cour constitutionnelle revérifie systématiquement si les conditions du recours sont remplies du point de vue de l'objet du recours et l'auteur du recours, le délai du recours et l'épuisement des voies légales.

Le recours individuel est en principe un recours subsidiaire : la requête ne peut être introduite qu'après l'épuisement de toutes les autres voies de recours.

---

[331] Toutefois, dans le cas où le tribunal ne trouve pas sérieuse l'allégation d'inconstitutionnalité, la juridiction de cassation est saisie et statue sur l'exception en même temps que sur le fond.

[332]Il faut signaler aussi les dispositions communes relatives au recours d'annulation et à l'exception d'inconstitutionnalité (Articles 42-44 de la loi du no:6216).

B) COMMENT ? CONDITIONS DE RECEVABILITÉ, PROCÉDURE SUIVIE, DÉCISION RENDUE (FORME)

La recevabilité pour le recours en annulation et l'exception d'inconstitutionnalité est vérifiée au titre de l'examen préalable. L'examen préalable est exigé à la fois pour le recours en annulation et l'exception d'inconstitutionnalité dont les conditions de recevabilité sont plutôt des formalités à remplir.

La recevabilité d'un recours individuel est soumise à des conditions assez strictes et, de ce fait, le nombre des décisions d'irrecevabilité est très élevé. D'après la Constitution, *« chaque personne qui réclame que l'un de ses droits et libertés garanties (...) par la puissance publique peut saisir la Cour constitutionnelle. Pour pouvoir faire (ce) recours, toutes les voies légales ordinaires doivent être épuisées* ». Les conditions exigées pour la recevabilité sont concrétisées par la loi spéciale sur les cinq critères suivants : le droit, l'auteur, l'acte, l'épuisement de voies de recours, le délai. Les articles 45 (le droit au recours individuel), 46 (les bénéficiaires du droit au recours individuel) et 47 (la procédure du recours individuel) exigent des conditions spécifiques assez strictes et dissuasives également :

- le droit qui peut faire l'objet du recours : la violation d'un droit à la fois constitutionnel et conventionnel par la puissance publique, autrement dit, les droits qui constituent les dénominateurs communs de la Constitution et de la Convention.
- la nature de l'acte : l'acte, l'action ou l'omission de la puissance publique,
- l'auteur du recours : la victime directe d'un droit subjectif et actuel,
- l'épuisement des voies de recours : le recours ne peut être fait qu'après avoir épuisé toutes les voies administratives et juridictionnelles prévues par la loi,
- le délai de 30 jours : le délai du recours est 30 jours à partir de l'épuisement des voies de recours. Si la voie du recours n'est pas prévue, le délai est aussi 30 jours à partir de la connaissance de l'acte en cause.

La voie du recours individuel est dissuasive du fait que son utilisation est soumise à des formalités relativement strictes :

- une taxe assez élevée,
- un dossier très complet
- la motivation.

C) RÉPARTITION DES AFFAIRES ENTRE LES DIFFÉRENTES FORMATIONS DE JUGEMENT :

Par qui ? La répartition des affaires entre les différentes formations de jugement est en principe déterminée par la Constitution. À ce propos, la marge de manœuvre du président de la Cour reste secondaire.

« L'Assemblée plénière connaît des litiges et des appels concernant les partis politiques, des actions en annulation et les renvois par la voie de l'exception de constitutionnalité ainsi que des procès lorsqu'elle intervient en tant que Haute Cour. Les

sections statuent sur les demandes individuelles » (Constit., Art.149/2).

Comment ? Selon les critères pré-déterminés par la Constitution et par la loi spéciale, une distinction peut être opérée entre les affaires relatives au recours individuels (la plainte constitutionnelle) et les autres : la première catégorie relève des sections (chambres) alors que le contrôle de constitutionnalité des normes et les affaires des partis politiques ainsi que le jugement en qualité de Haute cour relèvent de la compétence de l'Assemblée plénière.

Toutefois, le président de la Cour peut envoyer le dossier d'un recours individuel directement à l'Assemblée plénière en envisageant la complexité du dossier ou bien quand il s'agit d'une divergence entre les deux sections sur une affaire, le jugement d'une telle affaire relève de la compétence de l'Assemblée plénière.

En bref, la Cour constitutionnelle ne dispose pas de techniques lui permettant de limiter des saisines dans l'action en annulation et dans l'exception de constitutionnalité. Par contre, quant il s'agit du recours individuel, la Cour peut limiter l'examen des moyens en choisissant la norme de contrôle pertinente, soit la CEDH soit la Constitution[333].

D) QUELLES SONT LES ÉVOLUTIONS CONSTATÉES DANS LE TRAITEMENT DU FLUX DE SAISINES ?

Le traitement du flux de saisines varie selon la voie du recours :

-*L'action en annulation* pour l'allégation d'inconstitutionnalité fondée sur la forme de la norme ne peut être introduite que dans un délai de 10 jours à partir de sa publication au *Journal Officiel*. Concernant le contrôle des modifications constitutionnelles, limité au seul respect des formes, le délai pour saisir la Cour est également limité à 10 jours. Dans ce cas, le recours en annulation ne peut être fait que par le Président de la République ou un cinquième au moins du nombre total des membres de l'Assemblée nationale (110 députés).

-*Pour ce qui concerne l'exception d'inconstitutionnalité*, si la loi soumise à son contrôle est rejetée par la Cour constitutionnelle du point de vue du fond, il s'agit d'une interdiction de la saisine pendant 10 ans. Pour la question prioritaire, c'est le juge du procès qui décide de la saisine de la Cour constitutionnelle. Le renvoi du dossier à la Cour constitutionnelle est décidé par le juge d'office ou sur la demande l'une de deux parties du procès : « *Si un tribunal estime dans le cadre d'un procès que les dispositions de la loi ou du décret-loi à appliquer sont contraires à la Constitution ou que l'exception d'inconstitutionnalité invoquée par l'une des parties est sérieuse, il sursoit à statuer jusqu'à*

---

[333] Pour le détail, v.: İbrahim Kaboğlu, « Le contrôle de la constitutionnalité en Turquie et son articulation avec le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme », Mélanges en l'honneur du Doyen Jean-Pierre Machelon , LexisNexis, 2015 Paris, pp.491-508.

ce que la Cour constitutionnelle se prononce à ce sujet.

Si le tribunal ne juge pas l'exception d'inconstitutionnalité sérieuse, l'instance d'appel statue sur sa recevabilité en même temps que sur le fond » (Constit., Art.152/1,2).

-*Quant au recours individuel*, le délai est relativement limité (30 jours à partir de l'épuisement des voies du recours). Le requérant doit être victime d'un droit constitutionnel reconnu aussi par la CEDH. L'acte qui fait l'objet d'une plainte constitutionnelle doit être celui de la puissance publique : *« Chaque personne qui réclame que l'un de ses droits et libertés garanties par la Constitution et reconnus par la Convention européenne a été violé par la puissance publique peut saisir la Cour constitutionnelle. Pour pouvoir faire (ce) recours, toutes les voies légales ordinaires doivent être épuisées* ». Quelle est l'étendue de « l'acte de la puissance publique » ? Les actes des autorités publiques font l'objet du recours individuel avec quelques exceptions non négligeables :

- Les normes législatives et règlementaires des organes administratifs,
- Les arrêts de la Cour constitutionnelle : la Cour ne peut donc pas contrôler ses propres arrêts. Autrement dit, les arrêts de la Cour constitutionnelle ne font pas l'objet du recours individuel devant la Cour constitutionnelle.
- Les actes sur lesquels un contrôle juridictionnel est exclu par la Constitution. Citons comme exemple : « Les actes que le Président de la République peut accomplir seul ainsi que les décisions du Conseil militaire suprême sont soustraits au contrôle judiciaire » (Art.125/2). Ces actes ne font pas donc l'objet du recours individuel devant la Cour constitutionnelle.

Il existe une volonté d'étendre le cadre du contrôle exercé.

La Cour constitutionnelle ne reconnaît pas les tiers intéressés dans le cadre du contrôle abstrait et concret. Toutefois, le recours individuel peut être différencié des deux recours du point de vue de l'admission des tiers intéressés. Pour l'instant, la Cour utilise la notion d'intérêt personnel et actuel pour trier la recevabilité des interventions.

Du point de vue de l'extension des pouvoirs du juge et d'élargissement des normes contrôlées, on assiste à une auto-limitation (self-restreint) de la Cour constitutionnelle alors que la formulation du droit au recours individuel aurait accordé une telle possibilité, au moins par la lecture du texte constitutionnel. On pourrait en effet se demander si le contenu de la CEDH était limité par ses protocoles ou bien si la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme ne fait pas partie aussi de la contenance de la CEDH. Toutefois, la loi spéciale ne précise que la Convention et ses protocoles ratifiés par la Turquie. Il convient de signaler que le nombre des recours individuels devant la Cour constitutionnelle est déjà très

élevé (plus de 50 000 recours au cours de 3 premières années)[334].

De plus, comme l'on a déjà signalé, la Cour constitutionnelle peut limiter l'examen des moyens en choisissant la norme de contrôle pertinente, soit la CEDH soit la Constitution. Le droit à un procès équitable peut être cité en exemple : alors que l'article 38 de la Constitution offre une garantie supérieure par rapport à l'article 6 de la CEDH, la Cour a préféré appliquer ce dernier.

E) CONSTATE-T-ON DES VARIATIONS DANS L'ÉLABORATION DES DÉCISIONS ?

On peut constater certaines variations selon les catégories de requérants en ce qui concerne le contenu des arrêts :

Le recours en annulation dont la loi votée par l'Assemblée nationale fait l'objet est susceptible de créer des tensions entre la Cour constitutionnelle et le parti au pouvoir. La Cour, « examine les recours en annulation pour vice et statue sur ces recours en priorité ».

Les arrêts rendus sur les recours individuels peuvent également créer des tensions entre les autorités gouvernementales et la justice constitutionnelle dans la mesure où l'objet du recours touche un débat politique.

Pour ce qui concerne le contrôle exercé sur les lois en application, c'est-à-dire à la suite de l'exception d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle se prononce ses arrêts sans les contraintes externes.

Pour ce qui concerne le contrôle abstrait et le contrôle concret, il semble donc qu'il y ait une différence entre le recours d'annulation et l'exception d'inconstitutionnalité du fait que le recours d'annulation est parfois critiqué par les membres du Gouvernement. Dans le contentieux abstrait, la Cour a plus l'impression de rentrer dans un débat politique qui est encore chaud, que dans le contentieux concret. De ce fait, la Cour constitutionnelle pour éviter un tel conflit éventuel se contente en général d'un contrôle minimum (self -restreint). Au final, la Cour se sent certainement plus à l'aise dans le contentieux du contrôle concret et celui du recours individuel que dans le contentieux du contrôle abstrait.

Quant au recours individuel, du point de vue de l'auteur et de l'objet du recours, il est possible de parler d'une différenciation : la qualité de l'auteur du recours qui se fait entendre dans l'opinion publique exerce un impact sur l'ordre du jour de la Cour. La violation des droits qui aboutissent à la privation de la liberté personnelle ou ceux qui intéressent le grand

---

[334] De plus, à la suite du coup d'Etat avorté du 15 juillet 2016, le flux de dizaines de milliers de recours individuels introduits devant la Cour constitutionnelle a obligé le Gouvernement -en concours des instances de Strasbourg- à mettre en place d'une Commission mixte (Janvier 2017) pour étudier les recours visant la pratique de l'état d'urgence proclamé le 20 juillet 2016.

public telle que la censure sur le média social exerce l'effet accélérateur sur la décision de la Cour. Néanmoins, les autorités politiques ont pris l'habitude d'intervenir et de politiser les procès qui intéressent le grand public.

II- L'objet du recours

A. LES NORMES CONTRÔLÉES

Les normes contrôlées sont les lois, les décrets-lois et le Règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie ainsi que les modifications constitutionnelles. En dehors de ces normes, deux types de résolution parlementaire font l'objet du contrôle de la Cour : les résolutions concernant la levée de l'immunité parlementaire et la déchéance de la qualité de membre de l'Assemblée nationale. Toutefois, trois catégories de normes sont exclues du contrôle de constitutionnalité : les décrets-lois édictés dans les périodes exceptionnelles et les traités internationaux ainsi que les « lois de révolution » qui sont signalées dans l'article 174 de la Constitution.

Les conflits de compétence parmi les organes étatiques ne relèvent pas de la compétence de la Cour constitutionnelle ni du point de vue politique ni du point de vue juridictionnel. Les conflits de compétence parmi les cours suprêmes sont résolus par le Tribunal des Conflits, constitué à partir d'élection opérée par la Cour constitutionnelle parmi ses membres. Quant aux conflits de compétence parmi les instances constitutionnelles sur le plan de séparation horizontale des pouvoirs et sur le plan de séparation verticale des pouvoirs, la Constitution n'accorde aucune compétence à la Cour constitutionnelle. Toutefois, la Cour constitutionnelle, à l'occasion du contrôle exercé sur les partis politiques a développé une jurisprudence en ce qui concerne la forme de l'État en tant que l'État unitaire centralisé[335].

Le contrôle sur les partis politiques : quand il s'agit d'un procès à intenter contre un parti politique, la Cour est saisie par le procureur général auprès de la Cour de cassation.

Le jugement en qualité de haute Cour : lorsque le premier ministre et les ministres (...) font l'objet de motions d'enquête, la Cour constitutionnelle est saisie par l'Assemblée nationale, si la motion a été adoptée à la majorité absolue du nombre total des sièges.

B. LE MOMENT DE LA SAISINE

En Turquie, il n'existe que le contentieux *a posteriori*. Pourtant, deux cas

[335] En fait, il n'existe pas de séparation verticale des pouvoirs du fait que la Turquie est un Etat unitaire centralisé.

exceptionnels peuvent introduire le contentieux *a priori* : le référendum constitutionnel et le contrôle sur les lois publiées au *Journal Officiel* (J.O.), mais qui ne sont pas encore entrées en vigueur :

- *-le référendum constitutionnel* : si la Cour constitutionnelle est saisie pour exercer son contrôle sur la loi constitutionnelle relative à la révision constitutionnelle soumise au référendum d'après l'article 175 de la Constitution, elle se prononce avant que le référendum ait lieu. Autrement dit, le contrôle est exercé sur la loi constitutionnelle qui est publiée au J.O., mais qui n'est pas encore entrée en vigueur.
- *-la loi dont l'entrée en vigueur est reportée* : la loi publiée au J.O. n'est pas encore en vigueur lorsque le pouvoir législatif utilise sa compétence de la reporter. Dans ce cas, le contrôle par la Cour constitutionnelle peut être exercé avant sa mise en vigueur.

Pour ces deux cas, le délai de saisine est soit de 10 jours, soit de 60 jours à partir de la publication au J.O. pour saisir la Cour.

C. LES DÉLAIS DE JUGEMENT

Un délai de jugement n'a été prévu ni par la Constitution ni par la loi spéciale relative à la Cour constitutionnelle pour ce qui concerne le contrôle abstrait. En général, la Cour rend ses arrêts assez tardivement variables selon les affaires (de 6 mois à 2 ans) par rapport au moment de la saisine.

Néanmoins, la procédure concrétisée par le règlement intérieur exige de la Cour de décider dans un délai raisonnable.

Au niveau constitutionnel, la première réserve concerne les recours en annulation : la Cour examine « les recours en annulation pour vice de forme et statue sur ces recours en priorité »

En deuxième lieu, un délai non impératif est prévu en ce qui concerne le contrôle concret : « *La Cour constitutionnelle se prononce et rend public son arrêt dans les cinq mois de la date à laquelle elle a été saisie de l'affaire. Si l'arrêt n'a pas été rendu dans ledit délai, le tribunal statue sur l'affaire conformément aux dispositions de la loi en vigueur...* ». Toutefois, il convient de signaler qu'il arrive assez souvent que la Cour ne respecte pas le délai de 5 mois pour le contrôle concret.

-La mesure provisoire : la décision relative à la mesure provisoire ne peut être prise que dans le cadre du recours individuel en vertu de la loi spéciale. Celle-ci prévoit un délai maximum dans les affaires relatives au recours individuels : *« Les sections, lors de leur étude concernant le fond, peuvent se prononcer d'office ou sur la demande du requérant sur les mesures nécessaires à prendre afin de protéger les droits du requérant. Dans ce cas, l'arrêt relatif au fond doit être prononcé dans six mois au plus tard. Autrement, la décision concernant la mesure à prendre est abrogé d'une façon spontanée* ». Le Règlement intérieur

de la Cour constitutionnelle concrétise davantage les conditions de la mesure à prendre (art.73) :

Par exemple, la violation de l'article 19 de la Constitution relatif à la liberté et à la sécurité individuelles fait l'objet de telles décisions : *« Nul ne peut être privé de sa liberté sauf dans les cas suivants et selon les formes et dans les conditions déterminées par la loi* : (…) ». Il faut signaler que la Cour constate souvent la violation de l'article 19 pour les détenus.

Alors que le jugement d'urgence n'a pas été prévu par la Constitution d'une façon générale, il convient de signaler la pratique introduite par la Cour : elle s'est reconnu la compétence sur le sursis à exécution en 1993[336]. Sans aucun doute, la pratique de sursis à exécution introduite par voie prétorienne oblige la Cour à se prononcer le plus tôt possible sur le fond à partir du moment où elle décide le sursis à exécution.

III. Organisation et fonctionnement de la juridiction

A) QUELLE COMPOSITION DE LA JURIDICTION ET QUELLE INFLUENCE DE SES MEMBRES ?

1) Juges

Du point de vue de l'organisation et du fonctionnement de la Cour, trois périodes peuvent être distinguées : la Constitution de 1961, la Constitution de 1982 et la révision constitutionnelle de 2010.

L'organisation : la Cour a fonctionné comme chambre unique depuis sa création. À partir de la révision de 2010, la Cour constitutionnelle comporte deux sections (chambres) et une assemblée plénière. Les sections se composent de sept membres et les séances de chaque section sont tenues par la participation de 4 membres sous la direction d'un vice-président. Au sein de chaque section, il y a trois commissions dont chacune est composée de 2 membres. L'assemblée plénière de la Cour peut décider sur le changement des commissions et du nombre des membres des commissions.

L'assemblée plénière se réunit avec douze membres sous la présidence de la Cour.

---

[336] "Dans la terminologie juridique turque, on utilise en générale le terme 'sursis à exécution' pour exprimer 'ordonnance provisoire'. Il est bien évident que le sursis à exécution, est en fait une institution du droit administratif. En droit positif turc, la Constitution de 1982 définit clairement les conditions du sursis à exécution (Dominique Turpin et Akif Menevşe, "Turquie", Annuaire international de justice constitutionnelle, VIII-1992, pp. 729-759): "Si l'exécution d'un acte administratif risque de produire des dommages difficiles ou impossibles à réparer et si, en même temps, cet acte est manifestement contraire au droit, motifs à l'appui, de surseoir à son exécution" (Art.125/5).

Les sections ne sont pas spécialisées. La division du travail entre les deux chambres relève de la compétence de l'Assemblée plénière.

Les sections et l'assemblée plénière prennent leurs décisions à la majorité absolue.

L'assemblée plénière connaît des litiges et des appels concernant les partis politiques, des actions en annulation et des recours et des procès où elle intervient en tant que Haute Cour. Quant aux sections, celles-ci statuent sur les demandes individuelles.

L'annulation des amendements constitutionnels, la dissolution des partis politiques ou leur privation de la subvention étatique sont décidées à la majorité des deux tiers des membres présents à la séance.

Du point de vue de la désignation des membres, à la suite de la Constitution de 1961 (le système mixte, partagé entre le parlement et les cours suprêmes) et de la Constitution de 1982 (un système d'élection – les cours suprêmes en principe - et désignation – par le président de la République - qui exclut l'Assemblée nationale), la révision effectuée en 2010 peut être conçue comme une troisième période.

Les nouveautés principales introduites sont les suivantes : la Cour est composée de 17 juges qui s'appellent « membres de la Cour constitutionnelle » : la Constitution de 1961, 20 membres (dont les 5 suppléants) et la Constitution de 1982, 15 membres (dont les 4 suppléants). La révision constitutionnelle de 2010 a augmenté passant de 11 à 17 en supprimant le statut des membres suppléants dont l'utilité était mise en cause depuis longtemps.

Comment sont-ils désignés ?

- -trois membres sont élus par l'Assemblée nationale.
- -les quatorze membres qui restent sont nommés par le Président de la République (PR) directement ou sur la proposition des instances constitutionnelles :
    - quatre membres sont nommés directement par le Président de la République parmi les avocats, les juges et les procureurs de la première classe et les rapporteurs de la Cour constitutionnelle.
    - dix membres sont nommés par le Président de la République à partir d'une liste de trois noms proposés par la Cour de cassation (3 membres), par le Conseil d'État (2 membres), par la Cour de Cassation militaire (1 membre), par le Tribunal administratif militaire supérieur (1 membre), par le Conseil de l'enseignement supérieur (3 membres).

Du point de vue de la parité des sexes, la totalité des membres de la Cour sont des

hommes depuis le 5 décembre 2014[337].

Le délai du mandat est de 12 ans depuis 2010 alors qu'aucune limite n'était prévue auparavant, l'âge de la retraite étant fixé à 65 ans. Ils ne sont pas rééligibles. Le seuil de l'âge minimum qui était prévu auparavant à 40 ans a été fixé à 45 ans en 2010. Les membres de la Cour ne peuvent exercer aucune autre fonction publique ou privé.

2) Président

Le président est élu parmi les membres de la Cour « au scrutin secret à la majorité absolue du nombre total de ses membres » pour une durée de quatre ans. « Ceux dont le mandat vient à l'expiration sont rééligibles ». Les deux vices présidents sont élus aussi par le même scrutin.

Le président exerce un rôle déterminant dans la répartition des affaires :

D'abord il prend des mesures nécessaires pour une répartition équilibrée des charges entre les sections.

Ensuite, il désigne le rapporteur à qui on confie le dossier pour une étude préliminaire. C'est le président qui organise les débats dans l'Assemblée plénière.

Enfin, en cas d'égalité des votes, celui du président est conçu comme prépondérant.

3) Juge rapporteur

Le personnel scientifique de la Cour qualifié de rapporteurs par la loi spéciale dépend directement du Président, seule autorité compétente pour leur recrutement et l'exercice de leurs fonctions.

Le nombre de rapporteurs : il y a 69 rapporteurs[338] dont les quatre sont en fonction en tant que secrétaire général et secrétaire général adjoints. Il y a aussi quatre rapporteurs principaux : pour l'Assemblée plénière, pour les chambres, pour les commissions et pour l'unité de recherches et de jurisprudence.

La fonction principale des rapporteurs est de contribuer aux travaux juridiques des membres de la Cour constitutionnelle.

Les rapporteurs procurent l'assistance juridique compétente à la Cour. Ils sont chargés, par le président, d'instruire le dossier jusqu'au point où celui-ci pourra être mis en

---

[337] La dernière nomination d'une juge à la Cour date du 7 juin 2007. Les Présidents de la République issus de l'AKP (Parti de justice et du développement) n'ont jamais désigné une femme pour la Cour constitutionnelle. Le parti est au pouvoir depuis novembre 2002.

[338] Mai 2017.

délibération afin de statuer. En principe, les dossiers sont confiés par le président aux rapporteurs dans l'ordre d'inscription des affaires.

Les rapporteurs ont la qualité de juge en général comme statut ; mais ils ne sont pas juges constitutionnels (membres de la Cour constitutionnelle), c'est-à-dire qu'ils n'ont pas voix délibérative. Autrement dit, les rapporteurs, attachés au Président du point de vue administratif bénéficient des mêmes garanties que les magistrats[339].

Les rapporteurs de la Cour interviennent à deux moments du procès constitutionnel. En premier lieu, dès lors que la requête est enregistrée, le président charge un des rapporteurs de faire l'examen préliminaire du dossier qui consiste à vérifier si la requête est recevable et si les éléments du dossier permettent de passer à l'examen au fond.

Si, au terme de son examen, la Cour se déclare convaincue de la recevabilité de la requête, le président confie l'examen au fond du dossier au même rapporteur.

4) Assistants

Les rapporteurs adjoints - dont le nombre actuel est 20[340] - sont recrutés par un concours. Leur nomination en tant que candidat au rapporteur adjoint est effectuée par le Président de la Cour.

5) Greffe

Le greffe figure parmi les unités du service comme direction du greffe. Toutefois, il faut faire une distinction entre l'Assemblée plénière et les chambres : le greffe est chargé des affaires qui relèvent de l'Assemblée plénière, c'est-à-dire le contrôle des normes, alors que la direction des recours individuel s'occupe de la plainte constitutionnelle.

6) Autres acteurs

Il est institué un service du secrétariat général dépendant de la présidence de la Cour constitutionnelle. Les conditions relatives à l'organisation et aux fonctions du secrétariat général sont régies par le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ». Le secrétariat général comprend le secrétaire général et ses trois adjoints ainsi que des fonctionnaires chargés de différentes missions au sein de l'institution. Le secrétaire général et ses trois adjoints sont désignés d'une manière discrétionnaire parmi les rapporteurs par le Président.

---

[339] De ce fait, ils sont juges rapporteurs.
[340] Mai 2017.

B) QUELLE FORMATION DE JUGEMENT ET QUELLE INFLUENCE ?

L'Assemblée plénière est réunie au moins par 12 membres sous la présidence du président ou l'un des vice-présidents déterminés par le président pour exercer le contrôle de la constitutionnalité des normes et le contrôle sur les partis politiques ainsi qu'en qualité de haute Cour. L'Assemblée plénière se prononce également sur les recours individuels, mais d'une façon incidente.

-Les deux sections sont chargées de se prononcer sur les recours individuels.

-Les commissions auprès de chaque section sont composées de deux membres. Il y a donc trois commissions dans chaque section composées de juges (membres) constitutionnels. L'examen de recevabilité est fait par les commissions. Les décisions d'irrecevabilité sont rendues à l'unanimité. Les dossiers sur lesquels l'unanimité n'est pas assurée sont transmis aux sections.

L'Assemblée plénière assume principalement les charges suivantes :

- le contentieux des partis politiques,
- les recours en annulation et par l'exception d'inconstitutionnalité,
- le jugement en tant que Haute Cour

Les sections sont chargées de décider sur les recours individuels. Elles sont réunies sous la présidence d'un vice-président par la participation de 4 membres.

Les commissions sont chargées de décider sur la recevabilité des recours individuels.

Il existe d'une façon explicite ou implicite des clivages entre les juges du point de vue de la conception de la laïcité et de la démocratie ainsi que des droits de l'homme. La période de nomination et l'autorité de la nomination ont joué et joue un certain rôle sur les clivages signalés. Les opinions dissidentes reflètent parfois d'une façon explicite les clivages entre les juges du fait qu'ils n'ont pas le droit de s'exprimer devant le public.

IV. Caractéristiques de la procédure

A) QUELLE EST L'ÉTENDUE DES GARANTIES PROCÉDURALES ?

1) Collégialité

D'après l'article 149 de la Constitution, les règles de procédures applicables devant l'assemblée plénière et les sections sont régies par la loi. Les principes de fonctionnement, l'organisation des sections et des commissions, et la répartition des tâches sont fixés par le règlement intérieur établi par la Cour.

Les garanties procédurales peuvent varier selon le partage des compétences entre l'Assemblée plénière et les sections.

Avant le délibéré, il y a une collégialité informelle ; le projet de décision est envoyé aux membres avant le délibéré, et des discussions s'engagent entre les membres de manière

informelle, à deux ou à plusieurs.

Les règles de procédures varient selon la compétence de la Cour en question. Surtout, la procédure à suivre pour examiner le recours individuel ressemble à la procédure suivie devant la Cour EDH

2) Contradictoire

a) Pour quelles affaires ?

« *La Cour constitutionnelle examine les litiges sur dossier, sauf dans les cas où elle intervient en tant que Haute Cour. Néanmoins, il peut être décidé de tenir une audience pour des requêtes individuelles. Si elle le juge nécessaire, la Cour peut également convoquer les personnes intéressées et celles qui connaissent la question, pour présenter des explications orales ; et, en ce qui concerne les demandes de dissolution d'un parti politique, la Cour constitutionnelle, après avoir entendu le Procureur général de la République près la Cour de cassation, doit entendre la défense du parti dont la dissolution est demandée, ou un représentant désigné par lui* » (Constitution, Art.149/ Dernier Alinéa).

Comme on peut le voir, le contrôle abstrait et le contrôle concret sont exercés sur les dossiers. Toutefois, les affaires introduites à partir des recours individuels peuvent se dérouler d'une façon contradictoire.

Les procès de la dissolution des partis politiques sont soumis à la loi de la procédure pénale. De ce fait, le caractère contradictoire des procès relatifs aux partis politiques est évident.

Quant aux procès dans lesquels la Cour constitutionnelle juge les hommes d'État en qualité de la Haute Cour, ces affaires sont naturellement contradictoires.

b) Entre qui ?

Certainement entre les parties et le juge et, éventuellement entre le juge et tiers intéressés.

c) Sous quelle forme ?

En principe, il s'agit d'explications orales ; mais à la suite d'une explication orale pour présenter un texte il n'y a pas d'obstacle ; l'oral précède alors l'écrit[341].

---

[341] Lorsque la Cour décide d'étudier le fond dans les recours d'annulation, la requête et ses annexes sont envoyés au Président de l'Assemblée nationale, au Premier Ministre et aux groupes des partis politiques qui sont compétents de faire le recours en annulation. Les instances en cause peuvent communiquer leur avis relatif à l'action en annulation à la Cour constitutionnelle.

3) Publicité/secret

a) Actes préparatoires

D'après la Constitution, « Les principes de fonctionnement, l'organisation des sections et des commissions, et la répartition des tâches sont fixés par le règlement intérieur établi par la Cour » (art.149/5).

D'après le Règlement intérieur, la préparation des rapports est réalisée en deux temps :

- la préparation des rapports d'études préliminaires : le rapporteur désigné par le président de la Cour élabore le rapport préalable dans un délai 5 jours. Il examine si les conditions préliminaires sont réunies et précise la catégorie de la décision à prendre avec ses motifs.
- la préparation des rapports d'études relatives au fond : les recours dont l'étude préliminaire sont complétés et sur lesquels l'Assemblée plénière ont décidé l'examen sur le fond sont confiés à leur rapporteur afin de préparer le rapport sur le fond. Les rapporteurs communiquent les résultats de leur étude au président de la Cour par un rapport qui contient aussi leur opinion.

Le délai du rapport relatif au fond est déterminé par le Président après avoir consulté le rapporteur.

Le contenu du rapport est énuméré d'une façon détaillée :

- le processus concernant l'examen préliminaire,
- le sens et le contenu de la norme,
- l'évaluation des allégations de l'anti-constitutionnalité,

Le rapporteur doit respecter dans son rapport aux principes concernant les références scientifiques.

Le rapporteur rédige aussi le projet d'arrêt dans la mesure où la nature de l'affaire lui permet de le faire.

Ces rapports ne sont pas secrets. Ils sont transmis aux parties. Quant à leur publication, ils ne sont pas publiés en principe.

L'avis des *amicus curiae* : il est possible de présenter à la Cour constitutionnelle les rapports en qualité d'*amicus curiae* soit à titre individuel soit en tant que l'ONG. Néanmoins, une telle pratique est assez rare. Comment ils vont être appréciés par les juges ? Il est trop tôt pour répondre à cette question.

b) Débats

Les débats ne sont pas publics surtout quand il s'agit du contrôle de la constitutionnalité des normes. Toutefois, en cas d'un recours individuel lorsque l'audience est prévue, les débats deviennent publics.

c) Délibéré

Le rapport et le projet d'arrêt préparés par le rapporteur sont communiqués aux membres de la Cour par le Président au moins une semaine avant le jour de la réunion.

L'ordre du jour est communiqué aux membres à l'avance et publié sur le site d'internet de la Cour.

Le rapporteur est tenu d'être présent lors des séances consacrées à l'étude de l'affaire et de donner des explications exigées.

Le rang des membres au cours des délibérations, des audiences et des séances dans lesquelles les explications orales ont été faites est déterminé par leur ancienneté.

La délibération est lancée et dirigée par le Président. Les délibérations de la Cour, secrètes, sont enregistrées par les instruments techniques d'après la convenance du Président. Le motif de l'enregistrement n'est pas indiqué. Il peut être expliqué par la mémoire ou les archives de la Cour.

Le vote est fait à partir du juge le plus récent du point de vue de la date du recrutement. Le *quorum* est la majorité absolue si la Constitution et la loi ne prévoit pas d'un *quorum* spécifique. En cas d'égalité, le vote du président est conçu comme vote prépondérant.

Le compte-rendu de l'arrêt contient la partie majoritaire et la partie minoritaire ainsi que le résumé de l'arrêt.

Les juges qui ont participé à l'Assemblée plénière communiquent, d'une façon conjointe ou séparée leur opinion dissidente au Président de la Cour dans 10 jours à partir de la finalisation de l'arrêt.

B) SUR CES DIFFÉRENTS ÉLÉMENTS, QUELLES ÉVOLUTIONS CONSTATE-T-ON ?

1) Diversification ou uniformisation des procédures ?

La reconnaissance du recours individuel a affecté aussi la procédure de la Cour constitutionnelle. Cela signifie à la fois la diversification et l'uniformisation des procédures. Auparavant, il s'agissait d'une diversification entre le contrôle de constitutionnalité des normes et la procédure appliquée aux partis politiques ainsi que d'une façon aléatoire la procédure appliquée aux procès dont la Cour fonctionnait en qualité de Haute Cour.

La Cour constitutionnelle a bien modifié le style de la rédaction de ses arrêts relatifs aux recours individuels pour le souci de la conformité avec les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il est donc probable qu'on pourrait assister à l'évolution de la rédaction des arrêts relatifs au contrôle de la constitutionnalité des normes dans le sens de leur lisibilité.

2) Renforcement ou allègement du contradictoire ?

Il s'agit certes du renforcement de contradictoire avec la pratique du recours individuel

devant la Cour constitutionnelle.

3) Renforcement ou recul de la transparence ?

La possibilité de s'exprimer dans l'opinion dissidente est prévue depuis le début. Elle est utilisée dans tous les types de recours et fréquemment. On retrouve les clivages concernant les droits de l'homme, la laïcité et la démocratie. Il est possible d'avancer que l'opinion dissidente présente deux avantages principaux : la transparence des arrêts de la Cour constitutionnelle et leur caractère démocratique. La conclusion suivante a été faite à partir des motifs exposés dans les opinions dissidentes : « *L'appréciation de l'arrêt ne peut être limitée au cadre du droit positif constitutionnel du fait qu'il s'appuie sur des éléments politico-juridiques comme la démocratie et la laïcité. Dans la mesure où il n'existe pas de conciliation entre ces deux notions qui se complètent, il paraît difficile de surmonter l'approche conflictuelle, même dans le contexte constitutionnel. Par conséquent, au-delà de l'analyse juridique, on pourrait avancer que l'arrêt demande aussi à être situé dans le contexte d'une tension qui perdure entre la démocratie (déficitaire) et la laïcité (combative). En effet, l'exposé des motifs reflète bien le souci de protéger l'ordre constitutionnel dont des caractéristiques de la République tracent les limites* »[342].

V. Exercice du contrôle

A) Quels sont les caractères du contrôle exercé ?

1) Étendue du contrôle : normes contrôlées / normes de référence, évolutions en cours ?

Conformément à l'article 148 de la Constitution de 1982, la Cour constitutionnelle exerce les fonctions suivantes :

- juger de la conformité à la Constitution, quant à la forme et quant au fond, du règlement intérieur de la Grande Assemblée nationale de Turquie et des lois et des décrets-lois, (exception faite des lois et décrets-lois adoptés en période de guerre, d'état de siège ou d'état d'urgence) ;
- juger de la conformité à la Constitution, quant à la forme, des amendements constitutionnels ;

Quant à l'étendue du contrôle, la Cour est compétente de contrôler toutes normes soumises à son examen –du point de vue de la forme et du fond. Le contrôle change

[342] İ. Kaboğlu, "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27, 2009, p.40.

effectivement en fonction des normes contrôlées suivant le contrôle sur la forme et sur le fond.

Les limites de la forme sont précisées par la Constitution : le contrôle de constitutionnalité des lois se limite à la vérification de l'existence de la majorité requise lors de leur vote final ; en ce qui concerne les amendements constitutionnels, le contrôle porte uniquement sur le respect des majorités nécessaires à leur proposition et à leur adoption et de la condition d'après laquelle ils ne peuvent pas être délibérés selon la procédure d'urgence.
Quant à l'étendue du contrôle du fond, d'après la Constitution, « *La Cour constitutionnelle, lorsqu'elle annule une loi ou un décret-loi ou une de leurs dispositions, ne peut pas se substituer au législateur en établissant une disposition susceptible d'entraîner une application nouvelle* ».

Une telle interdiction qui n'est certes pas compatible avec la nature de la justice constitutionnelle porte a priori l'atteinte à l'intensité du contrôle.

Malgré les restrictions constitutionnelles signalées, l'élargissement par la Cour constitutionnelle de l'étendue du contrôle sur les amendements constitutionnels doit être souligné. Pour cela, elle s'appuie sur la disposition inaltérable : la Cour, en utilisant l'article protecteur (art.4) de trois premiers articles de la Constitution, a étendu le bloc des dispositions inaltérables. D'après la Cour, toutes les modifications qui touchent les principes protégés par le bloc des dispositions inaltérables seraient anti-constitutionnelles[343].

S'agissant des normes de référence, il y a trois catégories principales : Constitution, instruments internationaux et les principes généraux du droit (PDG). En effet, la première norme de référence, c'est la Constitution. Les traités internationaux tiennent une place secondaire. La Cour utilise aussi les PGD en faisant référence au Statut de la Cour de Justice internationale.

2) Nature du contrôle

L'action en annulation ou le contrôle abstrait : le Président de la République, les groupes parlementaires du parti au pouvoir et du principal parti de l'opposition et, un cinquième au moins du nombre total des membres de la Grande Assemblée nationale de Turquie.

---

[343] D'après la Cour constitutionnelle qui ne s'est pas contenté de vérifier aux conditions énumérées dans l'article 148, "Un tel amendement, du fait qu'il affecte d'une façon indirecte les caractéristiques de la République énoncées dans l'article 2 de la Constitution, est contraire à l'interdiction de modification. Il ne remplit donc pas la condition relative aux propositions prévues dans l'article 148/2. Pour ces raisons, la loi constitutionnelle est contraire aux articles 2, 4 et 148 de la Constitution" (Kaboglu, art. Précité, p.41).

L'exception d'inconstitutionnalité ou le contrôle concret : dans ce cas, la Cour constitutionnelle est saisie par le juge. « *Si un tribunal estime dans le cadre d'un procès que les dispositions de la loi ou du décret-loi à appliquer sont contraires à la Constitution ou que l'exception d'inconstitutionnalité invoquée par l'une des parties est sérieuse*, (...) », il renvoie le dossier à la Cour constitutionnelle.

3) Intensité du contrôle

Les droits de l'homme constituent un domaine privilégié de l'intensité du contrôle. Il s'agit de la précision et de la concrétisation ainsi que du développement des normes sur deux plans : sur le plan des articles en cause relatifs aux droits et libertés constitutionnels et, sur le plan d'une disposition générale qui trace le régime général du droit constitutionnel des libertés (article 13) : « *Les limitations dont les droits et libertés fondamentaux font l'objet ne peuvent être en contradiction ni avec la lettre et l'esprit de la Constitution, ni avec les exigences d'un ordre social démocratique et laïque, et elles doivent respecter le principe de proportionnalité.* »

B) QUELS SONT LES POUVOIRS UTILISÉS PAR LE JUGE ?

1) Pour définir le cadre de son contrôle

Comme pouvoir d'office, on peut d'abord signaler le sursis à exécution : la Cour constitutionnelle par voie jurisprudentielle a introduit la pratique du sursis à exécution par son arrêt prétorien développé en 1993. Si les deux conditions suivantes sont réunies, la Cour se prononce sur le sursis à exécution : l'inconstitutionnalité manifeste et le préjudice irréparable dans le retard.

2) Pour déterminer l'impact de son contrôle :

Il convient de signaler tout d'abord que toutes les décisions sont motivées. La motivation est exigée aussi pour les décisions de recevabilité.

« *Les arrêts de la Cour constitutionnelle sont sans appel. Les arrêts d'annulation ne peuvent être rendus publics avant que leurs motifs aient été rédigés* » (Art.153).

Les décisions de la Cour constitutionnelle ont un effet *erga omnes*.

La norme invalidée disparait de l'ordonnancement juridique.

Les décisions de la Cour constitutionnelle ont une autorité de chose jugée.

Les arrêts d'annulation ne sont pas rétroactifs. Ils exercent donc leurs effets

abrogatifs[344].

Dans le cadre du contentieux *a priori*, la loi n'entre pas en vigueur ; mais le juge peut aussi reporter les effets dans le temps de sa déclaration d'inconstitutionnalité.

Dans le cadre du contentieux *a posteriori*, la loi est abrogée, soit à compter de la décision de la Cour constitutionnelle, soit à compter d'une date ultérieure qu'elle détermine. Cette date ne peut dépasser d'un an de la date de la publication de l'arrêt au *Journal Officiel*. Dans le cas où l'entrée en vigueur de la décision d'annulation est différée, la Grande Assemblée Nationale de Turquie délibère et se prononce en priorité sur les projets ou propositions de lois visant à combler le vide juridique entrainé par l'arrêt d'annulation" (art.153/ al.2, dernière ph., al.3).

Les arrêts de la Cour sont immédiatement publiés au *Journal officiel* et lient les organes législatif, exécutif et judiciaire ainsi que les autorités administratives et les personnes physiques et morales.

C) QUELLES SONT LES ÉVOLUTIONS DE L'OFFICE DU JUGE ?

Le jugement d'urgence n'a pas été prévu par la Constitution. Toutefois, la pratique de sursis à exécution depuis 1993 peut être expliquée par le souci d'efficacité de son contrôle et signifie une sorte d'approfondissement de son contrôle.

La décision relative à la mesure provisoire ne peut être prise que dans le cadre du recours individuel en vertu de la loi spéciale (...).

La pratique du sursis à exécution introduite par voie prétorienne oblige la Cour de se prononcer le plus tôt possible sur le fond.

Quant à la mesure provisoire, son utilisation paraît assez rare.

Il faut rappeler encore une fois que le recours individuel est en principe subsidiaire du fait que la requête ne peut être introduite qu'après l'épuisement de toutes les autres voies de recours. Si la violation découle d'une décision juridictionnelle, la Cour constitutionnelle pourra casser le jugement et renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente. À cette occasion, la Cour réunie en assemblée plénière pourra déclarer la nullité de la loi contraire à la Constitution sur laquelle repose le jugement qu'elle casse.

---

[344] Toutefois, il faut signaler le débat doctrinal concernant les effets rétroactifs des arrêts de la Cour constitutionnelle.

VI. Prise de décision

A) INSTRUCTION : QUELS SONT LES SOURCES PRISES EN COMPTE POUR JUGER ?

1) Étendue et nature des sources

Certainement le dossier du procès constitue une source principale de l'arrêt de la Cour. Les motifs allégués par le parti principal de l'opposition en recours d'annulation et, les motifs développés par les parties ou par les juges dans la voie de l'exception d'inconstitutionnalité qui ne sont pas obligatoires à observer par la Cour, ne doivent pas non plus être négligés. Les rapports élaborés par les rapporteurs et leurs projets de décision tracent en principe le cadre général de l'arrêt de la Cour.

Les travaux parlementaires sont consultés de temps en temps comme éléments de l'interprétation historique. Cependant, les sources jurisprudentielles internes ou externes tiennent une place visible dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. On peut même avancer que la majorité des arrêts rendus à la suite de recours individuels sont calquées sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins, la Cour constitutionnelle n'a pas développé la tradition de citer les sources doctrinales alors que la doctrine affecte les choix des juges constitutionnels. Par contre, dans les motivations des opinions dissidentes les sources doctrinales sont citées d'une façon courante.

L'*amicus curiae* n'est pas encore une pratique utilisée. À ce propos, un rapport élaboré et présenté spontanément (le 25 mai 2015) à la Cour constitutionnelle par l'Association des Recherches en droit constitutionnel et l'Association de droit pénal sur la loi relative à la sûreté interne (no.6638) parait exceptionnel pour l'instant.

2) Apport et sélection des sources

Les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme tiennent une place privilégiée dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

La disposition constitutionnelle suivante oblige aussi la Cour à référer aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme : *En cas de conflit du fait que les accords internationaux et les lois relatives aux droits et liberté fondamentaux mis en vigueur conformément à la procédure comportent des dispositions différentes sur le même sujet, les clauses des accords internationaux prévalent* (Art.90/dernière phrase)

B) DÉLIBÉRÉ : QUELLES SONT LES CONTRAINTES POUR DÉCIDER ?

Comme l'on vient de l'expliquer la procédure à respecter peut être conçue comme la contrainte principale sur les arrêts.

C) DÉCISION : COMMENT LA JURIDICTION REND-ELLE COMPTE DE SES DÉCISIONS ?

* *Forme de la décision* : du point de vue de la taille des arrêts de la Cour, il est

possible d'avancer qu'ils sont souvent assez longs.

* *Contenu de la décision* : ils reflètent en principe les éléments pris en compte pour décider ; mais pas les débats. Toutefois, la publication d'opinions dissidentes peut clarifier les divergences entre les juges.

* *Supports de communication* :

C'est le président de la Cour qui est compétent pour rendre des communiqués de presse qui ne sont pas fréquents.

Les jugements rendus par la Cour constitutionnelle sont sans appel sauf les arrêts rendus dans le cadre du recours individuel qui sont soumis au contrôle de conventionnalité exercé par la Cour européenne des droits de l'homme.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

-

Colombine Madelaine et Aurélia Schahmaneche

Maître de conférences en droit public à l'Université François Rabelais de Tours (GERCIE, EA 2110)

et

Maître de conférences en droit public à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137 – IDEDH EA 3976)

INTRODUCTION

Présentation de la juridiction – Créée par le traité de Rome, signé le 4 novembre 1950, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est un organe du Conseil de l'Europe. Elle vise à « *assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* » (Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, ci-après CESDH). Le système de la Convention a beaucoup évolué. Initialement dual, composé d'une Commission EDH permanente et d'une Cour non permanente à la compétence facultative, il est, depuis l'entrée en vigueur du Protocole 11 à la CESDH le 1er novembre 1998, unique, avec la suppression de la Commission EDH et la mise en place d'une Cour permanente à la compétence obligatoire. Ainsi, désormais, la Convention, permet à tout individu sans condition de nationalité ou à un des 47 États Parties à la CESDH de saisir la CEDH pour se plaindre de la violation d'un de ses droits garantis, principalement des droits civils et politiques, par un des États Parties. Par ailleurs, la Cour a un rôle subsidiaire par rapport aux États. En effet, une requête n'est recevable devant elle que si le requérant a épuisé les voies de recours internes et si celui-ci n'a pas obtenu la reconnaissance et la réparation de la violation alléguée.

Présentation des sources employées – Outre le recours à la doctrine, à la jurisprudence et à la documentation du Conseil de l'Europe, le présent rapport s'appuie sur des entretiens menés par les auteures. Cinq juristes du greffe, cinq juges actuellement en fonction et un ancien juge ont été interrogés en mai et juin 2015. Les personnes entendues ont refusé d'être nommément citées. Certaines ont toutefois accepté que leurs propos soient retranscrits anonymement dans le présent rapport.

C.M.

I. Traitement des saisines

Seront successivement étudiés, les différents types de saisine (A), le filtrage des requêtes (B) et les délais de jugements (C). On dira enfin quelques mots des évolutions constatées (D).

A) LES DIFFÉRENTS TYPES DE SAISINE

Le recours interétatique – L'article 33 CESDH, qui prévoit ce recours, a été pensé comme un instrument de garantie collective des droits de l'homme. En principe, ce recours devait permettre, non de voire reconnaître un droit de l'État requérant, mais de protéger l'ordre public européen. Ainsi, d'un point de vue procédural, l'État n'a pas besoin d'être victime d'une violation de la CESDH pour que sa requête soit déclarée recevable, condition qui est exigée d'un requérant individuel. En pratique, la Cour a été très peu saisie au titre de l'article 33 CESDH et cette disposition a été largement détournée de son but premier. En effet, à l'exception de « *l'affaire Grecque* »[345], qui répond aux intentions des rédacteurs de la Convention, tous les recours de ce type s'inscrivent dans le contexte de conflits interétatiques et visent en réalité à voir trancher un différend entre États[346].

Le recours individuel – Selon l'article 34 CESDH, « la Cour peut être saisie par toute personne physique, toute organisation gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractante des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles ». Offrant pour la première fois à un individu la possibilité de saisir une instance internationale contre un État, cette disposition était particulièrement novatrice. Toutefois, le recours individuel était initialement optionnel dans la Convention, le requérant ne pouvant saisir directement que la Commission européenne des droits de l'homme[347], et la compétence de la Cour facultative. Ce recours est devenu obligatoire et direct devant la nouvelle Cour instaurée par le Protocole 11 à la CESDH, entré en vigueur le 1er novembre 1998.

Cette catégorie de recours a eu un succès inattendu et le nombre de requêtes

---

[345] Cette affaire visait à dénoncer les exactions commises durant la dictature des colonels (Com. EDH, Rapp., 5 novembre 1969, « *L'affaire grecque », Danemark, Suède, Norvège, Pays-Bas c/ Grèce*, n° 3321/67, 3322/67, 3323/67 et 3344/67).

[346] Com. EDH, Rapp., 26 septembre 1958, *Grèce c/ Royaume-Uni*, n° 176/56 ; Com. EDH, Rapp., 30 mars 1963, *Autriche c. Italie*, n° 788/60 ; CEDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71 ; CEDH, GC, 10 mai 2001, *Chypre c/ Turquie*, n° 25781/94 ; CEDH, GC, 3 juillet 2014, *Géorgie c/ Russie (I)*, n° 13255/07. A noter toutefois l'affaire *Danemark c. Turquie* qui se distingue des affaires précédentes en ce qu'elle répond à un cas de protection diplomatique, le Danemark ayant saisi la Cour pour dénoncer les conditions de détention subies par l'un de ses ressortissants en Turquie (CEDH, Déc., 5 avril 2000, n° 34382/97).

[347] Cet organe a été supprimé par le Protocole 11.

introduites au titre de l'article 34 CESDH n'a cessé de croître, phénomène aggravé par l'adhésion massive de nouveaux États après l'effondrement de l'URSS. La courbe s'est toutefois infléchie à partir de 2015. Par ailleurs, le nombre de requêtes attribuées à une formation judiciaire diminue depuis 2014, ce qui « *résulte en partie de la nouvelle approche adoptée à l'égard de l'article 47 du règlement de la Cour* [ci-après RI] »[348].

Évolution des requêtes de 2010 à 2015 :

	2010	2012	2014	2015
Requêtes attribuées à une formation judiciaire	61 300	65 150	56 250	40 629
Requêtes jugées par une décision ou un arrêt	41 183	86 201	86 063	45 576
Requêtes pendantes devant une formation judiciaire au 31 décembre	139 650	128 100	69 900	64 850

Les 10 États Parties les plus gros pourvoyeurs de requêtes depuis leur adhésion à la CESDH :

	Nombre total de requêtes traitées par une formation judiciaire au 31/12/2015	Requêtes pendantes au 31/12/2015
Allemagne	28 303	212
France	29 825	388
Italie	33 046	7 567
Pologne	61 233	1 681
Roumanie	57 852	3 536
Royaume-Uni	23 034	256
Serbie	23 502	1 142
Turquie	53 865	8 446

[348] *Analyse statistique 2015*, Cour européenne des droits de l'homme, p. 4. Sur l'article 47 voir *supra* dans cette partie, sous partir sur la présentation des modalités de filtrage.

Russie	119 365	9 207
Ukraine	62 797	13 832

Les demandes de mesures provisoires – En application de l'article 39 du règlement de la Cour, cette dernière s'est reconnu le pouvoir d'ordonner aux États Parties des mesures provisoires. Refusant dans un premier temps de reconnaître leur caractère obligatoire[349], la Cour condamne désormais l'État qui ne respecterait pas ces mesures pour violation de l'article 34 CESDH (droit de recours individuel)[350]. Ces mesures sont indiquées dès lors que le requérant démontre qu'il serait exposé à un risque réel et imminent de dommages graves et irréversibles en l'absence de la mesure en question. Elles sont donc essentiellement appliquées en cas d'allégations de violation des articles 2 (droit à la vie) et 3 CESDH (droit à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants) et dans une très grande majorité des cas dans un contexte d'expulsion d'étrangers.

Les demandes d'avis consultatifs – En vertu de l'article 47 CESDH, la Cour peut également être saisie d'une demande d'avis consultatif par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur des « *questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses Protocole* ». Déjà très limitée par l'article 47§2[351], cette compétence a été interprétée restrictivement par la Cour[352] qui n'a rendu que deux avis[353].

Cette compétente est toutefois amenée à évoluer avec l'adoption du Protocole 16, le 2 octobre 2013. Celui-ci, non encore entré en vigueur[354], permettra aux plus hautes juridictions nationales d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Grande Chambre de la Cour sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits conventionnels.

B) LE FILTRAGE DES REQUÊTES

Asphyxié par des requêtes qu'il était devenu impossible de traiter dans un délai raisonnable, le système conventionnel a dû s'adapter. Les évolutions ont touché à la fois les

---

[349] CEDH, Plén., 20 mars 1991, *Cruz Varas et al. c/ Suède*, n° 15576/89.
[350] CEDH, GC, 4 février 2005, *Mamatkulov et Askarov c/ Turquie*, n° 46827/99 et 46951/99.
[351] « *Ces avis ne peuvent porter ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les Protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le Comité des Ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention* ».
[352] CEDH, 2 juin 2004, *Décision sur la compétence de la Cour pour rendre un avis consultatif.*
[353] CEDH, Avis n°1, 12 février 2008, *sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme* ; CEDH, Avis n°2, 22 janvier 2010, *sur certaines questions juridiques relatives aux listes de candidats présentées en vue de l'élection des juges de la Cour européenne des droits de l'homme*.
[354] Au 1er janvier 2017, il avait été signé par 16 États et ratifié par 6. Il doit être ratifié par 10 États pour entrer en vigueur.

organes (1) et les modalités (2) de filtrage.

1) Évolution des organes de filtrage

Des changements ont été apportés, d'une part, aux formations de jugement en charge du filtrage des saisines et, d'autre part, à l'organisation du greffe.

Pour ce qui est des formations de jugement, dans le système initial, le filtrage des saisines était assuré par la Commission EDH. Puis, la Commission ayant été supprimée par le protocole 11, au sein de la nouvelle Cour permanente, le Comité de trois juges a rempli ce rôle. Enfin, pour faire face au nombre exponentiel de requêtes introduites devant la Cour, une nouvelle formation judiciaire, le juge unique, a été instaurée par le protocole 14, entré en vigueur le 1er juin 2010.

Par ailleurs, l'organisation interne du greffe 355 a évolué. Une section de filtrage a été mise en place début 2011. Elle a pour fonction, selon le site internet de la Cour, de « *procéder à un tri immédiat, précis et complet des affaires afin d'assurer que toutes les requêtes sont aiguillées sur la bonne voie procédurale, qu'il s'agisse de les soumettre à un juge unique pour une prise de décision rapide ou de les envoyer à un Comité de trois juges ou à une chambre qui les examinera conformément à la politique de priorité de la Cour* ». La section de filtrage était initialement chargée de traiter les requêtes dirigées contre les cinq pays les plus gros pourvoyeurs de requêtes, la Russie, la Turquie, la Roumanie, l'Ukraine et la Pologne. La France, pourtant « petit » pays en termes de nombre de requêtes, a rejoint la section de filtrage en septembre 2012, puis l'Italie en septembre 2014. Les nouvelles méthodes développées au sein de cette section de filtrage ont vocation, à terme, à s'appliquer à l'ensemble des divisions juridiques.

2) Évolution des moyens de filtrage

Trois voies principales peuvent être recensées[356].

Recevabilité - Les conditions de recevabilités, ont presque toutes, en vertu du principe d'effectivité des droits qui guide l'ensemble de la jurisprudence strasbourgeoise, été interprétées de manière très favorable aux requérants. Une exception notable à ce constat concerne l'irrecevabilité pour défaut manifeste de fondement. En application de l'article 35§3 a) CESDH sont notamment irrecevables les requêtes « *manifestement mal fondées* ». Cette condition constitue un outil parfois contestable pour déclarer une requête irrecevable par une

---

[355] Sur le greffe voir *infra* II. Organisation et fonctionnement de la juridiction- Composition de la juridiction.

[356] D'autres voies peuvent être citées : procédure des arrêts pilotes, politique favorisant les règlements amiables et les déclarations unilatérales, méthodes de travail du greffe (« one in one out »), traitement des affaires répétitives en Comité de trois juges.

décision insusceptible de renvoi devant la Grande Chambre là où un arrêt de non violation, susceptible de renvoi, aurait pu être rendu. Dans le *Guide sur la recevabilité*, élaboré par le service du jurisconsulte, ce critère est en effet classé dans les « *irrecevabilité tenant au fond* »[357]. La motivation suivie par la Cour pour rejeter un grief comme manifestement mal fondé peut alors être très similaire et tout aussi longue que celle menée pour aboutir à un constat de non violation. Cette notion recouvre plusieurs cas de figure pourtant différents : « quatrième instance », absence apparente ou évidente de violation, absence de preuve ou encore griefs confus[358].

Juge unique - La procédure de juge unique permet désormais de rejeter les requêtes clairement irrecevables en moins de 4 mois. Par ailleurs, la motivation des décisions de juge unique n'est pas publique et les requérants reçoivent une simple lettre les informant du rejet de leur recours, sans indication du motif d'irrecevabilité. Toutefois, répondant à la demande formulée par les États Parties lors de la conférence de Bruxelles en mars 2015, le nouveau président de la Cour, Guido Raimondi, a annoncé, lors de l'audience de rentrée solennelle le 29 janvier 2016, que la motivation des décisions de juge unique serait rétablie. Initialement prévue pour le premier semestre 2016, celle-ci devrait finalement être mise en place courant ou fin 2017.

En 2014, 78 660 requêtes, soit 91, 39 % des 86 063 requêtes jugées dans l'année, ont été déclarées irrecevables en formation de juge unique. En 2015, l'essentiel de l'arriéré ayant été « épongé » l'année précédente, ce chiffre est tombé à 36 314 requêtes, soit 79, 7 % des 45 576 requêtes jugées dans l'année.

Durcissement des conditions formelles pour déposer un recours - L'article 47 du règlement de la Cour a été modifié le 1er janvier 2014 dans un sens peu favorable aux requérants. Les statistiques de l'année 2014, première année d'application du nouvel article 47, montrent l' « efficacité » de ce nouvel outil de filtrage. Sur 52 758 requêtes reçues, 12 191, soit 23 % ont été déclarées non conformes à l'article 47 du règlement et donc rejetées sans avoir été enregistrées et présentées à un juge.

C) LES DÉLAIS DE JUGEMENT

Jusqu'en 2010, le rapport statistique annuel fournissait quelques données relatives au délai de traitement des requêtes[359]. Ces dernières sont absentes dans les rapports ultérieurs. En

---

[357] *Guide pratique sur la recevabilité*, Conseil de l'Europe, 3é éd., 2014, p. 85 et s.
[358] *Ibid*., p. 85 et s.
[359] « *Les affaires attribuées à des chambres sont pendantes depuis moins de deux ans dans 57 % des cas et entre deux et trois ans dans 17 % des cas. Les 26 % restants des affaires sont pendantes depuis plus de trois ans. 38 %*

pratique, ce délai est variable en fonction des formations judiciaires.

Les affaires traitées par les juges uniques – Ces affaires, qui donc déclarées irrecevables, sont désormais jugées rapidement, en 6 mois environ.

Les affaires de Comité, de Chambre et de Grande Chambre – Ces affaires, qu'elles donnent lieu à une décision d'irrecevabilité, à un arrêt de violation ou de non violation, sont traitées selon des délais très variables en fonction des États défendeurs (selon le nombre de requêtes introduites par État et le nombre de juristes dans la division de l'État) et du domaine concerné (domaine sensible, nouveau ou faisant l'objet d'une jurisprudence bien établie, affaire prioritaire ou non). À titre d'exemple, au mois de novembre 2016, les affaires rendues l'ont été au terme d'un délai allant de 2 à 12 ans.

D) LES ÉVOLUTIONS CONSTATÉES

La Cour a tout d'abord procédé à une ouverture de son prétoire (1). La tendance s'est toutefois inversée depuis une décennie (2).

1) Les outils initiaux visant l'ouverture du prétoire

L'extension de la saisine a été opérée via l'interprétation dynamique et constructive de la Convention effectuée par le juge de Strasbourg. Elle a permis une interprétation des conditions de recevabilité très favorable aux requérants et une extension de la compétence de la Cour.

Assouplissement des conditions de recevabilité – La notion de victime[360] (art. 34 CESDH) et la règle de l'épuisement des voies de recours internes[361] (art. 35§1 CESDH) ont fait l'objet d'une interprétation particulièrement large.

Extension de la compétence de la Cour – La compétente *ratione materiae* est certainement celle qui a été étendue de manière la plus significative sous l'impulsion des interprétations autonome, évolutive et finaliste opérées par les organes conventionnels. Par exemple, les matières civile et pénale au sens de l'article 6§1 CESDH recouvrent aujourd'hui certaines procédures administratives. Quant au droit à la vie privée eu sens de l'article 8 CESDH, il couvre les activités professionnelles et commerciales[362], le droit à la reconnaissance juridique des transsexuels opérés[363] ou encore celui de disposer d'embryons

---

des affaires attribuées à des Comités/Juges uniques sont pendantes depuis moins d'une année, 29 % depuis plus d'un an et 33 % depuis plus de deux ans » *Analyse statistique 2009*, CEDH, p. 5.

[360] *Guide pratique sur la recevabilité*, Conseil de l'Europe, 3é éd., 2014, p. 14 et s.

[361] *Guide pratique sur la recevabilité*, Conseil de l'Europe, 3é éd., 2014, p. 26 et s.

[362] CEDH, 16 décembre 1992, *Niemietz* c/ Allemagne.

[363] CEDH, GC, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin* c/ Royaume-Uni.

issus d'une fécondation *in vitro* dans le but d'en faire don à la recherche scientifique[364]. Par ailleurs, les compétences *ratione temporis*[365], et *ratione loci*[366] ont également fait l'objet d'une extension.

a) Les outils plus récents visant la fermeture du prétoire

Cette volonté de limiter les saisines est relativement récente et trouve son origine dans l'explosion du nombre de requêtes introduites depuis le début des années 2000. Elle est partagée par les États parties et par la Cour.

* Moyens proposés par les États : modifications de deux conditions de recevabilité – Le critère du préjudice important a été introduit par le Protocole 14 à l'article 35§3 b) CESDH. Il n'a pas eu l'effet escompté. En effet, il est peu utilisé en pratique car très peu maniable du fait de sa complexité[367], là où les requêtes sont souvent irrecevables pour d'autres motifs plus rapidement applicables[368].

Par ailleurs, le Protocole 15 a donné une autre occasion aux États de tenter de limiter les requêtes introduites devant la Cour. L'article 35§1 CESDH impose que le requérant ait épuisé les voies de recours internes et que la requête soit introduite au plus tard six mois après la décision interne définitive. Ce délai est réduit à 4 mois par le Protocole 15. Adopté le 24 juin 2013, il n'avait, au 1er janvier 2017, été ratifié que par 32 États parties sur 47 alors qu'il doit l'être par l'ensemble des États parties pour entrer en vigueur.

* Moyen proposé par la Cour – La Cour a procédé à un durcissement des conditions formelles pour déposer un recours (voir *supra* sur l'article 47 du règlement de la Cour).

C.M.

II. L'organisation de la juridiction

La composition (A) et le fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'homme (B) répondent à des règles spécifiques qu'il convient de mettre en exergue.

---

[364] CEDH, GC, 27 aout 2015, *Parrillo c/ Italie*, n° 46470/11.
[365] CEDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih c/ Slovénie*, n° 71463/01, § 163. – Cour EDH, GC, 21 octobre 2013, *Janowiec c/ Russie*, n° 55508/07 et 29520/09, §151.
[366] CEDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al. c/ Royaume-Uni*, n°55721/07, § 133-140.
[367] Outre la difficulté de déterminer ce qui doit être qualifié de préjudice important ou non, l'article 35§3 b) CESDH assortit cette condition de recevabilité d'exceptions en énonçant qu'une requête est irrecevable si « *le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis pas la Convention et ses Protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne* ». La deuxième de ces deux conditions est toutefois supprimée par le Protocole 15.
[368] Pour des exemples d'application voir toutefois le *Guide pratique sur la recevabilité*, Conseil de l'Europe, 3é éd., 2014, p. 91 et s.

A) LA COMPOSITION DE LA JURIDICTION

Si l'ancien article 38 de la CESDH disposait que la Cour était composée d'un nombre de juges égal à celui des États membres du Conseil de l'Europe, l'actuel article 20 de la CESDH précise que la Cour comprend un nombre de juges égal à celui des États parties au texte conventionnel. Aussi compte-t-elle, à l'heure actuelle, quarante-sept juges. Quarante-sept juges qui, après leur élection (1), sont répartis en différentes formations de jugement (2).

1) Les quarante-sept juges élus

Les critères de sélection des juges – L'article 21 de la CESDH dispose que les candidats doivent « jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exercice des hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire ». Pour comprendre ce qu'il faut entendre par « conditions requises », l'on peut se référer à la Déclaration d'Interlaken de 2010 qui vise non seulement « des compétences en droit public international et concernant les systèmes légaux nationaux », mais aussi des compétences linguistiques. Comme l'indique le §4 de la Résolution 1649(2009) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (ci-après APCE), les juges doivent, en effet, avoir une connaissance active de l'une des deux langues officielles de ladite organisation (i.e. français ou anglais), et une connaissance passive de l'autre.

La procédure d'élection des juges – En vertu de l'article 22 de la CESDH, « les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante ». La procédure d'élection comporte plusieurs phases.

La première phase se déroule au niveau national et consiste, pour l'État, à établir une liste de trois candidats qualifiés. Au moment de la sélection de ces derniers, les États doivent veiller à ce que leur procédure interne soit équitable et transparente. À cet égard, les appels ouverts et publics à candidature sont particulièrement appréciés[369]. Tous les candidats proposés doivent répondre aux critères de sélection susvisés. En outre, afin de garantir l'égalité entre les hommes et les femmes au sein de la Cour, il est demandé aux États de présenter au moins un candidat du « sexe sous-représenté », sauf si des circonstances exceptionnelles leur permettent de déroger à cette exigence. Pour garantir l'élection de juges pleinement qualifiés, un panel international d'experts du Conseil de l'Europe propose – depuis 2010[370] – ses conseils confidentiels sur les candidats. Le tout, avant l'envoi de la liste

---

[369] V. en ce sens le §4 de la Résolution 1649(2009) de l'APCE.

[370] Ce panel a été créé à la suite de la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010. V. la Résolution CM/Res(2010)26.

définitive à l'APCE. Aussi intéressant que soit ce nouvel organe, l'ensemble des juges interrogés s'accordent à mettre en avant ses limites. En effet, au-delà d'émettre un point de vue qui n'est pas contraignant, il ne peut procéder aux auditions desdits candidats. On notera qu'il y a, en ce moment, une réflexion au sein des membres du Panel pour voir s'il n'est pas possible de doter le Panel de ces deux qualités (caractère contraignant de ses avis et compétence pour auditionner les candidats). Il est toutefois peu probable que cela aboutisse compte tenu du fait que l'existence même de ce Panel a été difficilement acceptée par le Comité des ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui voyaient en lui une perte de souveraineté. En outre, aucun État ne milite en ce sens

La deuxième phase commence dès la transmission de la liste de trois candidats à l'APCE (qui a également été informée de façon confidentielle de la position du Panel). Après réception de la liste par l'Assemblée, une Commission générale de parlementaires expérimentés dans le domaine du droit[371] s'entretient avec chacun des candidats et examine attentivement leur curriculum vitae présenté sous une forme standard[372]. À l'issue de son examen, la Commission doit indiquer si elle estime que chacun des trois candidats est suffisamment qualifié pour exercer la fonction de juge à la Cour. Si tel est le cas, elle précise quel(s) candidat(s) lui parai(ssen)t le(s) plus qualifié(s). Dans le cas contraire, elle demande à l'État de présenter une nouvelle liste. Une fois la liste validée et les recommandations de la Commission communiquées, l'APCE procède à l'élection des candidats[373]. Cette élection, qui se déroule pendant les sessions plénières, se fait à bulletin secret. Un vote à la majorité absolue des voix est requis au premier tour de scrutin. Si la majorité absolue n'est pas atteinte, un second tour est organisé. Le candidat qui recueille le plus grand nombre de voix est élu.

Comme a pu l'exprimer l'un des juges interrogés, « si ce système de liste de trois candidats et d'élection par l'Assemblée parlementaire n'est pas un mauvais système, ce n'est pas non plus un système parfait dans la mesure où beaucoup d'États ont tendance à présenter des candidats qui ne sont pas nécessairement très qualifiés. Il y a plusieurs raisons de cela. Soit parce que cela est inévitable, soit parce qu'il y a des arrangements politiques. En outre, si l'Assemblée parlementaire est censée apporter une touche de démocratie, elle est, en réalité, très politisée et le lobby des États peut très bien permettre à un candidat moins qualifié d'être élu. Toujours selon lui, c'est justement parce que l'on s'est rendu compte de tout cela que l'on

---

[371] Depuis le 26 janvier 2015, une nouvelle Commission générale sur l'élection des juges à la Cour européenne a été instituée. Auparavant, les entretiens étaient effectués par une sous-commission spéciale de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE.

[372] V. la Résolution 1646(2009) de l'APCE.

[373] Les modalités de la procédure d'élection figurent à l'annexe de la Résolution 1432(2005), reprise dans le Règlement de l'Assemblée, Strasbourg, janvier 2016, p. 167.

a cherché à moraliser le système et à le rendre plus efficace, via la mise en place du Panel d'experts internationaux. Et ce panel fait effectivement un travail minutieux. La difficulté tient toutefois dans le fait que les États ne sont pas obligés de le suivre. Ce fut d'ailleurs le cas à deux reprises ».

Le mandat des juges – En vertu de l'article 23 de la CESDH (tel qu'issu de la réforme opérée par le protocole n° 14 portant amendement à la CESDH), les juges sont élus pour une durée de 9 ans non renouvelable (al. 1). Leur mandat s'achève dès qu'ils atteignent 70 ans (al. 2). Ils restent en fonction jusqu'à leur remplacement mais continuent de connaître des affaires dont ils sont déjà saisis (al. 3). Un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises (al. 4).

Le profil des juges élus – De manière générale, l'APCE et la Cour européenne sont attachées à l'idée d'une composition équilibrée. De fait, on remarque qu'en ce qui concerne les milieux professionnels représentés, l'on compte toujours, dans une proportion assez équivalente, des magistrats (siège ou parquet)[374], des universitaires enseignants (le plus souvent de droit international), des avocats et, dans une mesure moindre, des hauts fonctionnaires nationaux ou internationaux. Et il en va de même s'agissant des traditions juridiques existantes au sein du Conseil de l'Europe – l'on retrouve ainsi les distinctions classiques pays de *civil law*/pays de *common law*, et juges de l'Europe occidentale/juges des PECO. L'équilibre entre les sexes est également recherché.

L'appartenance des juges élus à une Section – Depuis 1998, tous les juges sont répartis dans des Sections – actuellement au nombre de cinq – mises en place pour trois ans. Les Sections sont des entités administratives à partir desquelles les Chambres seront composées. Ainsi que l'énonce l'article 25 du Règlement intérieur de la Cour, « *la composition des Sections doit être équilibrée tant du point de vue géographique que du point de vue de la représentation des sexes, et tenir compte des différents systèmes juridiques existants dans les Parties contractantes* »[375]. En plus d'être dotée d'une véritable vertu démocratique et de témoigner de la fidélité particulière de la Cour à « *l'esprit paneuropéen et généraliste de la CEDH* »[376], cette règle permet d'éviter le défaut de spécialisation des formations de jugement.

---

[374] Les magistrats constituent la profession la plus représentée depuis la création de la Cour. Beaucoup d'entre eux ont été membres de leur Cour suprême nationale. Le nombre de juges constitutionnalistes tend sensiblement à s'accroître au détriment des juges internationaux qui, il y a quelques années, étaient majoritaires.

[375] On notera qu'afin d'assurer aux différents membres des Sections de siéger en Chambre il a été mis en place un système de rotation. Cette représentativité est également présente s'agissant de la composition de la Grande Chambre (article 24§3 du Règlement).

[376] En ce sens, v. V. BERGER, « La section, formation nouvelle de la CEDH », in *Mélanges en hommage à Pierre*

À cet égard, si avant l'adoption du Protocole n° 11, les juges étaient répartis en trois grands groupes : l'Europe du Nord, du Centre et du Sud, depuis le Protocole n° 11, on en dénombre six[377]. Il s'agit de la région latino-ouest méditerranéenne (Espagne, France, Italie, Malte…), balkan-est méditerranéen (Albanie, Grèce, Roumanie, Turquie…), anglo-scandinave, des pays de l'Europe de l'Est (pays du groupe Visegrad), de l'Europe centrale (Bénélux, pays germanophones) et de l'ensemble constitué par les pays de l'ex-Union soviétiques et des pays baltes.

2) Les formations de jugement

Comme l'indique l'article 26§1 de la CESDH, « pour l'examen des affaires portées devant elle, la Cour siège en formations de juge unique, en comité de trois juges, en Chambres de sept juges et en Grande Chambre de dix-sept juges ». Afin de mieux comprendre le rôle de ces différentes formations de jugement, nous évoquerons, d'abord, leur composition (a), ensuite leur fonction (b).

a) La composition des différentes formations de jugement

* Le Juge unique – En vertu de l'article 27A du Règlement intérieur de la Cour en date du 14 novembre 2016, après avoir consulté le bureau, le président de la Cour décide du nombre de juges uniques à créer et procède aux désignations. Il fixe à l'avance la liste des Parties contractantes pour lesquelles chaque juge unique exerce ses compétences pendant la période – douze mois – pour laquelle il est désigné en cette qualité (RI, art. 27A§1). Le juge national ne peut pas siéger comme juge unique (CESDH, art. 26§3). Peuvent par contre occuper cette fonction : les présidents de section, les vices présidents de section désignés pour statuer sur les demandes de mesures provisoires (RI, art. 27A§2). Les juges uniques continuent d'assumer leurs autres tâches au sein des sections dont ils sont membres (RI, art. 27A§3). Lorsqu'il statue, il est assisté d'un rapporteur non judiciaire (RI, art. 27A§4).

* Les Comités de trois juges – En vertu de l'article 27 du Règlement intérieur de la Cour, les Comités de trois juges sont constitués au sein d'une même Section en application de l'article 26§1 de la CESDH. Après avoir consulté les présidents des sections, le président de la Cour décide du nombre de Comités à créer (RI, art. 27§1). Les Comités sont constitués pour une période de douze mois, par rotation parmi les membres de chaque section autre que le président (§2). Les membres de la section, y compris le président de la section, qui ne sont pas membres d'un Comité peuvent, s'il y a lieu, être appelés à siéger. Ils peuvent également

---

LAMBERT. Les droits de l'homme au seuil du 3e millénaire, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 69-80, p. 73.

[377] Cette répartition a été mise en avant par A. DRZEMCZEWSKI, « Les formations de jugement de la Cour », in J.F. FLAUSS (dir.), *La mise en œuvre du protocole n° 11 : le nouveau règlement de la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 38-39.

remplacer des membres empêchés de siéger (§3). Le Comité est présidé par le membre qui a la préséance au sein de la section (§4).

* Les Chambres de sept juges (exceptionnellement cinq)[378] – Selon l'article 26 du Règlement intérieur, la chambre comprend le président de la Section et le juge élu au titre de la Partie contractante concernée. Si ce dernier n'est pas membre de la section à laquelle la requête a été attribuée, il siège comme membre de droit de la chambre. Les autres membres de la chambre sont désignés par le président de la section, par rotation, parmi les membres de la section. Les membres de la section qui ne sont pas désignés de la sorte siègent dans l'affaire en qualité de suppléants. Après la fin de son mandat, le juge continue de connaître des affaires pour lesquelles il a pris part à l'examen au fond.

* La Grande Chambre de dix-sept juges – C'est la formation la plus solennelle de la Cour. En vertu de l'article 26 de son Règlement intérieur, elle se compose de dix-sept juges et d'au moins trois juges suppléants. Font partie de la Grande Chambre – dans le cadre de sa fonction contentieuse[379] – le président et les vice-présidents de la Cour, ainsi que les présidents des sections. Le juge élu au titre de la Partie contractante concernée ou, le cas échéant, le juge désigné est membre de droit de la Grande Chambre (RI, art. 26, b-). Dans les affaires qui lui sont déférées en vertu de l'article 30 de la CESDH, elle comprend également les membres de la Chambre s'étant dessaisis (c-). Dans celle qui lui sont déférées en vertu de l'article 43 de la CESDH, elle ne comprend aucun juge ayant siégé dans la Chambre qui a rendu l'arrêt renvoyé, à l'exception du président de cette Chambre et du juge national, ni aucun juge ayant siégé dans la Chambre ou les Chambres s'étant prononcée(s) sur la recevabilité de la requête (d-). Les juges et juges suppléants appelés à compléter la Grande Chambre dans chaque affaire sont désignés parmi les juges restants au moyen d'un tirage au sort effectué par le président de la Cour en présence du greffier (e-). Si des juges ne peuvent pas siéger, ils sont remplacés par les juges suppléants suivant l'ordre de désignation prévue (RI, art. 26§3) et ce, jusqu'à l'achèvement de la procédure. Leur mandat expiré, ils continuent de participer à l'examen de l'affaire s'ils en ont déjà connu au fond (RI, art. 26§4).

b) Les fonctions des différentes formations de jugement

* Le Juge unique – Comme l'indique l'article 27 de la CESDH, le juge unique a pour fonction de déclarer une requête individuelle irrecevable ou de la rayer du rôle lorsque la

---

[378] En vertu du §2 de l'article 26 de la CESDH à la demande de la Cour plénière, le Comité des ministres peut, par une décision unanime et pour une période déterminée, réduire à cinq le nombre des juges dans les Chambres.

[379] Nous évacuons de la présente étude la composition de la Grande Chambre dans le cadre de sa compétence consultative (CESDH, art. 47) et dans le cadre du contrôle du respect par la Partie contractante des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 46§1 de la Convention (CESDH, art. 46§4).

décision peut être prise sans examen complémentaire (CESDH, art. 27§1). À défaut, il la transmet à un Comité ou une Chambre pour examen complémentaire (CESDH, art. 27§3).

* Les Comités de trois juges – Selon l'article 28 de la CESDH, les Comités de trois juges, saisis d'une requête individuelle, peuvent, par un vote unanime : déclarer la requête irrecevable ou la rayer du rôle lorsqu'une telle décision peut être prise sans examen complémentaire, ou bien la déclarer recevable et rendre conjointement un arrêt sur le fond lorsqu'existe une jurisprudence bien établie de la Cour européenne (CESDH, art. 28§1). Lorsque le juge élu au titre de l'État partie au litige n'est pas membre du Comité, ce dernier peut, à tout moment de la procédure, l'inviter à siéger en son sein en lieu et place de l'un de ses membres (CESDH, art. 28§3).

* Les Chambres de sept juges (exceptionnellement cinq) – En vertu de l'article 29 de la CESDH, les Chambres sont compétentes pour se prononcer sur la recevabilité et le fond des requêtes individuelles qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de juge unique ou de Comité. La décision sur la recevabilité peut être prise de façon séparée. En pratique, force est de constater toutefois que les jugements rendus se prononcent souvent conjointement sur la recevabilité et le fond. Les Chambres sont également compétentes pour statuer sur la recevabilité et le fond des requêtes interétatiques. En outre, comme l'énonce l'article 30 de la CESDH, si l'affaire pendante devant une Chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou bien si la solution d'une question peut conduite à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la Chambre peut se dessaisir au profit de la Chambre, à moins que l'un des parties ne s'y oppose.

* La Grande de Chambre de dix-sept juges – En vertu de l'article 31 de la CESDH, la Grande Chambre se prononce sur les requêtes individuelles et interétatiques lorsque l'affaire lui a été déférée par la Chambre en vertu de l'article 30 ou de l'article 43. La Grande Chambre se prononce également sur les questions dont la Cour est saisie par le Comité des Ministres en vertu de l'article 46§4. Elle examine aussi les demandes d'avis consultatifs introduites en vertu de l'article 47 de la CESDH.

c) Le rôle particulier de certains membres de la formation de jugement

* Le président de la Cour – Le président de la Cour est élu par la Cour, réunie en Assemblée plénière, pour une durée de trois ans, renouvelable une fois (CESDH, art. 25 et RI, art. 8). Les élections ont lieu à bulletin secret. Seuls les juges présents participent. Si aucun candidat ne réunit la majorité absolue des suffrages exprimés, il est procédé à un ou plusieurs tours additionnels de scrutin jusqu'à ce qu'un candidat ait réuni la majorité absolue.

De manière générale, on retiendra qu'au-delà de la règle de sa présence dans certaines formations de jugement, le président joue un rôle déterminant non seulement dans la répartition du travail de rédaction des décisions de justice, mais aussi dans la qualité de la motivation et la cohérence de la jurisprudence. Tout d'abord, c'est lui qui reçoit copie, à l'avance, de tous les projets de décisions à adopter par un juge unique ou un Comité de 3 juges ainsi que celles concernant son pays. En outre, c'est lui qui préside la Grande Chambre,

sauf si la requête est dirigée contre l'État au titre duquel il a été élu. Il préside aussi les séances plénières et les séances du collège de cinq juges chargé de filtrer les demandes de renvoi devant la Grande Chambre (RI, art. 9). Il dirige, par ailleurs, les débats à l'audience et lors des délibérations. Celui-ci est généralement à la recherche du consensus le plus large. Il nomme enfin les membres du Comité de rédaction (v. *infra*).

* Le président de la formation de jugement – Le président de la formation de jugement dirige les délibérations, notamment l'ordre de parole. L'usage est qu'il prenne la parole en dernier. Il synthétise, identifie les tendances et assure que se développe un débat serein. Il interroge ainsi la formation de jugement pour savoir s'il y a une majorité qui se dégage. Il s'agit, pour de lui, de parvenir, à défaut d'unanimité, à la solution la plus consensuelle. Il n'est pas question pour lui de manipuler les débats, tout au plus peut-il, par exemple, attirer l'attention sur le fait que la discussion s'engage sur un point qui n'est pas pertinent. En cas de partage des voix, la sienne est prépondérante. Par principe, le président a également a pour charge de désigner le juge rapporteur. En pratique, c'est toutefois plutôt le greffe qui procède à cette désignation.

* Le juge rapporteur – Depuis 1998, un juge rapporteur – dont le nom n'est pas rendu public – est désigné dans chaque affaire de Comité et de Chambre par le président de la section à laquelle l'affaire. Le plus souvent, il s'agit du juge national ou d'un juge maitrisant la langue, et éventuellement la procédure, de l'État en cause. Au cours de son examen, le juge rapporteur peut demander aux parties de soumettre dans un délai déterminé certains renseignements relatifs aux faits, certains documents, etc. Il peut également soumettre des rapports, des projets de textes qui serviront de base à la discussion sur la solution et la motivation durant le délibéré. On relèvera que le rôle du juge rapporteur est moins important que par le passé, à l'exception de la place particulière qu'il occupe dans la Grande Chambre.

* Le juge national – Le juge national peut être considéré comme un atout pour une juridiction qui est appelée à prendre en considération le droit des États parties à la Convention. Grâce à sa connaissance du droit interne pertinent, il permet de conférer à la motivation de la décision adoptée une légitimité certaine, à tout le moins du point de vue de l'État défendeur qui pourra ainsi se sentir globalement plus en confiance. A l'inverse, certains requérants peuvent considérer que sa présence traduit un certain défaut d'impartialité.

B) LE FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION

Le fonctionnement de la Cour est principalement assuré par le greffe (1). Dans une certaine mesure, la formation plénière de la Cour européenne est aussi concernée (2).

1) Le greffe

* La composition du greffe - Le greffe est composé de juristes, de personnels administratif et technique, et de traducteurs. Il compte actuellement près de 640 agents qui font partie du personnel du Conseil de l'Europe (270 juristes – qui ne sont pas

personnellement rattachés aux juges – et 370 autres agents, dont des assistants administratifs rattachés à deux ou trois juges). À l'exception des contrats cours de moins d'un an, tous les agents du greffe sont recrutés sur concours. Ils doivent respecter des conditions strictes en matière d'indépendance et d'impartialité.

Le greffier assume la responsabilité générale des activités judiciaires et administratives du greffe, dont il est à la tête. Il est élu par la Cour plénière et placé ensuite sous l'autorité du président de la Cour. Un greffier adjoint est également élu. Chacune des cinq sections de la Cour est assistée par un greffier de section et un greffier adjoint. Il en va de même pour la section de filtrage (v. *supra*).

Les juristes du greffe sont répartis en 33 divisions chargées du traitement des affaires, chacune d'elle étant assistée d'une équipe administrative.

Outre les divisions chargées du traitement des requêtes, le greffe est doté d'un jurisconsulte[380] et de divisions qui travaillent dans différents secteurs : informatique, information sur la jurisprudence et publication, règlement des conflits de jurisprudence[381], recherche et bibliothèque, satisfaction équitable[382], communication avec la presse et le public, service linguistique, administration interne.

Le greffe possède un bureau central qui traite le courrier, les dossiers et les archives.

*** Le rôle central du greffe –** Le greffe a pour principalement fonction de traiter et préparer les requêtes soumises à la Cour en vue de l'adoption d'une décision ou d'un arrêt. Depuis 1998, les juristes du greffe sont en charge des dossiers, de la première lettre adressée à la CEDH jusqu'au prononcé des décisions et/ou arrêts[383]. Tout rapport et tout projet de

---

[380] Le jurisconsulte est responsable des services de soutien juridique du greffe (information sur la jurisprudence, satisfaction équitable). Il lui arrive aussi d'être greffier dans certaines affaires de Grande Chambre. En dehors des hypothèses où il revêt ce rôle, le jurisconsulte reçoit tous les dossiers des affaires soumises à la Grande Chambre. Il reçoit, par ailleurs, tous les autres dossiers. Le jurisconsulte est chargé de veiller à la qualité, la cohérence et la diffusion de la jurisprudence strasbourgeoise. Partant de là, on comprend aisément qu'il s'astreigne à assister à toutes les réunions hebdomadaires des sections, à rédiger des rapports trimestriels sur l'évolution de la jurisprudence. Avec son équipe, le jurisconsulte se réunit également chaque semaine et identifie les affaires qui posent problème (style, erreur de frappe, défaut logique de raisonnement…). Après ces réunions, il rédige un court flash de jurisprudence (confidentiel) qui sera adressé à tous les juges et juristes du greffe.

[381] Le Comité de Règlement des conflits de la jurisprudence a été créé à la fin des années 1990. Il ne s'est que très peu réuni.

[382] La division de la satisfaction équitable est placée sous le département du jurisconsulte. Elle est chargée de veiller à l'harmonisation de la jurisprudence en matière de satisfaction équitable.

[383] Avant 1998, le travail du greffe de la Cour était moindre dans la mesure où l'essentiel de la fonction d'instruction et de communication avec les parties était fait par le secrétariat de la Commission. Le greffe était alors chargé d'actualiser les dossiers à la suite des audiences tenues devant les juges et de préparer les

décision ou d'arrêt est, en principe, soumis à son supérieur hiérarchique pour un contrôle de qualité qui consiste dans la vérification du respect des méthodes de travail, d'interprétation et de la jurisprudence antérieure. Cette pratique a été fortement critiquée. A l'occasion d'un audit interne de la Cour, il a effectivement été relevé que « *la Cour pourrait envisager de revoir la procédure de contrôle de qualité en vue de s'assurer qu'il n'est pas accordé trop d'importance aux aspects formels et que les contrôles appropriés sont en place – dont un contrôle occasionnel du dossier – pour vérifier que les juristes n'ont pas laissé passer certains griefs nécessitant un examen plus approfondi* »[384]. De même, parce qu'il était particulièrement absorbé par les tâches administratives qui lui incombent, le greffier n'avait qu'un regard distant sur le travail desdits juristes. Autre pratique contestable, lorsque les juristes sont très expérimentés, il signe les projets de décision sans véritable contrôle.

*** Les rapports du greffe avec les juges** – Comme ont pu l'exprimer certains des juges interrogés lors de cette étude, ces rapports sont très variables et dépendent des juges. Tandis que certains ont toujours eu de très bons rapports avec le greffe, pour d'autres c'est beaucoup moins vrai. De manière générale, de plus en plus de juges considèrent que le greffe a trop de poids. À cet égard, à l'époque de l'élaboration du protocole 11, il était envisagé de mettre en place un système de référendaires équivalent à celui de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce projet – qui aurait conduit à ce que chaque juge choisisse ses référendaires qui lui seraient ensuite subordonnés – n'a pas abouti, principalement parce que les États voyaient en lui des coûts de mise en place trop importants. Pourtant, comme ont pu le faire remarquer plusieurs juges interrogés, de plus en plus de juges expriment le désir d'avoir des juristes attitrés. Cette possibilité reste néanmoins difficilement envisageable dans la mesure où les requêtes arrivent à Strasbourg dans la langue de pays d'origine. Partant de là, si les juristes étaient rattachés aux juges, le système ne fonctionnerait plus. Il faut, en effet, rappeler que généralement la requête qui arrive à la Cour est traitée, dans un premier temps, par les des juristes du greffe possédant la même nationalité que l'État partie au litige.

Au-delà des remarques générales, il faut évoquer la question des rapports spécifiques entre le juge rapporteur dans une affaire et les juristes chargés de la préparation du dossier voire de la rédaction. Il faut alors distinguer deux cas de figures. Il y a d'abord les juges qui ont beaucoup d'affaires. Dans ce cas, il n'y a pas de véritable tandem puisque qu'un juge rapporteur va travailler avec plusieurs juristes. Il y a ensuite les cas où il y a peu de juristes en charge des affaires parce qu'il s'agit de pays où il y a peu de requêtes. Dans ce cas, le partenariat juge / juriste est beaucoup plus important. Néanmoins cela ne veut pas dire que le « couple » va forcément bien fonctionner.

---

délibérations.

[384] Secrétariat Général du Conseil de l'Europe, *Rapport sur l'audit de la Cour*, n° 02/2001, 3 août 2001, §. 15.

2) La Cour plénière

* Sessions plénières de la Cour – L'expression Cour plénière désigne la Cour européenne des droits de l'homme siégeant en Assemblée plénière. En vertu de l'article 20 du Règlement intérieur de la Cour, sur convocation de son président, la Cour se réunit en session plénière chaque fois que l'exige l'exercice des fonctions qui lui incombent en vertu de la CESDH et du Règlement. Le président procède à la convocation si un tiers au moins des membres le demandent, et en tout cas une fois l'an pour l'examen des questions administratives. Le *quorum* de deux tiers des juges élus en fonctions est exigé pour le fonctionnement de la Cour plénière.

* Fonctions de la Cour plénière – Depuis l'adoption du Protocole n° 11, la Cour plénière remplit uniquement des tâches administratives. En vertu de l'article 25 de la CESDH, elle a ainsi pour fonction d'élire pour une durée de trois ans le président de la Cour et un ou deux vice-présidents (rééligibles). Elle élit également les présidents des Chambres de la Cour (également rééligibles), ainsi que le greffier et un ou plusieurs greffiers adjoints. Elle constitue les Sections et les Chambres pour une période déterminée. Elle peut ainsi réduire à cinq le nombre de juges qui composent les Chambres. Elle adopte le Règlement de la Cour.

A.S.

III. La procédure

La procédure strasbourgeoise répond à plusieurs principes. On évoquera successivement le principe de collégialité (A), celui du contradictoire (B), de publicité (C), et de célérité (D) et l'impartialité (E).

A) LA COLLÉGIALITÉ

Le mode de rédaction des jugements implique toujours une forme de collégialité. Les projets sont en effet rédigés par un juriste du greffe, puis relus par une ou plusieurs personnes du greffe avant d'être approuvés par le juge rapporteur puis par la formation judiciaire. Le système est toutefois sensiblement différent selon les formations de jugements.

En formation de Juge unique – Dans ce cas, la collégialité est non formalisée. Des discussions peuvent avoir lieu dans certaines affaires entre le juge, le rapporteur non judiciaire et le juriste du greffe chargé de la rédaction, le plus souvent par courriel, rarement lors de réunions.

En formation de Comité – La collégialité est également non formalisée, les trois juges ne se réunissent que très rarement mais peuvent échanger par courriel sur les affaires.

Devant la Chambre de sept juges – La collégialité est formalisée, le délibéré se déroule une demi-journée par semaine pendant les « réunions de section ». Une collégialité non formalisée a également lieu avant le délibéré entre les membres du greffe et le juge rapporteur

pour permettre d'établir un projet de décision ou d'arrêt.

Devant la Grande Chambre – La procédure est très différente. La collégialité est formalisée, elle a lieu pendant le délibéré et après, le comité de rédaction étant composé de trois juges et d'un juriste du greffe.

B) LE CONTRADICTOIRE

Le caractère contradictoire de la procédure dépend de la formation de jugement.

* Devant le Juge unique – La procédure est non contradictoire. Le Gouvernement défendeur n'est pas informé de l'existence de la requête.

* Devant le Comité, la Chambre et la Grande Chambre – La procédure est contradictoire[385]. L'affaire est « communiquée » au Gouvernement défendeur. Le formulaire de requête et les pièces sont transmis à ce dernier accompagnés d'un document comprenant un résumé des faits, de la procédure et des griefs ainsi que des questions posées aux parties élaborées par le juge rapporteur de l'affaire. Ces questions servent à orienter les observations qui seront ensuite demandées aux Parties. Ce document (résumé, griefs et questions), appelé « communication » est mis à disposition sur le site internet de la Cour (HUDOC) pour informer le public de l'introduction de la requête. Des demandes de tierces interventions peuvent alors être formulées. Enfin, en cas de demande de mesure provisoire (article 39 du règlement de la Cour), la procédure est non contradictoire. Le Gouvernement défendeur n'est informé de l'existence de la requête que si la mesure est ordonnée.

C) LA PUBLICITÉ

* Actes préparatoires – Certains actes préparatoires à la décision sont publics. Tel est le cas de la communication qui fait l'objet d'une diffusion sur le site internet de la Cour (HUDOC). D'autres ne le sont pas, comme les notes du juge rapporteur ou encore les rapports élaborés par la division de la recherche.

* Audiences – Seules les affaires examinées par la Grande Chambre font systématiquement l'objet d'une audience. En formation de juge unique et de Comité, jamais des audiences ne sont organisées là où elles sont très rares devant les Chambres.

* Délibéré – Le résultat des votes est public. Aucun compte rendu officiel des débats n'est établi. Les opinions dissidentes et concordantes sont admises et jointes aux arrêts.

---

[385] Une exception cependant, la procédure n'est pas contradictoire devant le Comité lorsqu'une décision d'irrecevabilité peut être rendue sans « examen complémentaire » (article 28 CESDH).

D) LA CÉLÉRITÉ

La Convention n'impose aucune condition de délai concernant les différentes phases du processus d'élaboration du jugement. Seul le règlement de la Cour apporte quelques précisions qui restent limitées. Selon l'article 38, « *il ne peut être déposé d'observations écrites ou d'autres documents que dans le délai fixé par le président de la chambre ou par le juge rapporteur (...), sauf décision contraire du président de la chambre* ». Ce délai, généralement de six semaines en pratique, est particulièrement important pour le requérant. En effet, son non-respect peut être interprété comme un « *défaut de participation effective à la procédure* » (article 44C du règlement de la Cour) et emporter la radiation de la requête.

E) L'IMPARTIALITE

L'impartialité des juges est garantie par plusieurs dispositions de la Convention. Selon l'article 21§3 CESDH, « pendant la durée de leur mandat, les juges ne peuvent exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité requise par une activité exercée à plein temps ». L'article 23§4 CESDH précise quant à lui qu'« un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si les autres juges décident, à la majorité des deux tiers, que ce juge a cessé de répondre aux conditions requises ».

L'article 28 du règlement de la Cour apporte des précisions en cas d'« *empêchement, déport ou dispense* ». Le §2 énumère un certain nombre de causes de déport : intérêt personnel dans une affaire, lien de parenté, professionnel ou personnel, intervention antérieure dans l'affaire, activités politiques ou administratives incompatibles avec son indépendance ou son impartialité, opinions exprimées en public objectivement de nature à nuire à son impartialité ou toute autre raison susceptible de créer un doute légitime quant à son indépendance et son impartialité.

C.M.

IV. Le contrôle opéré par la juridiction

Après avoir rappelé dans les grandes lignes les caractères du contrôle opéré par la Cour européenne (A) – nous renvoyons pour plus de détails à la doctrine[386] – nous

[386] V. parmi tant d'autres F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13e éd., 2016, 1008 p. – C. GAUTHIER, S. PLATON ET D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, 2016. – F. SUDRE, « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, Paris, éd. du Sénat, 2006, pp. 224-243. – B. DELZANGLES, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des*

évoquerons la manière dont cette dernière a, au fil des ans, étendu les pouvoirs que lui confère la Convention (B).

A) LES CARACTÈRES DU CONTRÔLE

En dehors de l'article 32 de la CESDH qui stipule que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34, 46 et 47* » (§1) et qu'« *en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide* » (§2), la Convention est muette sur la nature (1), l'étendue (2) ou encore l'intensité (3) du contrôle que celle-ci peut développer lorsqu'elle est régulièrement saisie. Aussi l'observation des arrêts est-elle indispensable[387].

1) La nature du contrôle

Le principe et les limites du contrôle concret dans le cadre des requêtes individuelles – Dès 1962, la Cour affirme qu'elle ne peut statuer que « *sur le cas concret de l'application d'une [norme nationale] à l'égard du requérant et dans la mesure où celui-ci se trouverait, de ce fait, lésé, dans l'exercice des droits garantis par la Convention* »[388]. Une telle affirmation ne saurait surprendre si l'on considère la circonstance selon laquelle la notion de victime (d'une violation de la CESDH) est au cœur du droit de recours individuel (CESDH, art. 34). Contrairement au requérant étatique qui saisit la Cour (CESDH, art. 33), le requérant individuel doit, en effet, démontrer l'existence d'un intérêt à agir. Depuis l'origine, la Cour est donc particulièrement attentive à ce que son contrôle « *se borne autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie* »[389]. Elle ne saurait, par exemple, « *interpréter les dispositions de la Convention de manière abstraite, mais seulement en fonction du cas déterminé qui lui est déféré* »[390]. De même, elle ne saurait annuler un texte législatif, règlementaire ou même une décision de justice interne[391]. La Cour européenne n'est pas une juridiction d'appel, de cassation ou encore de révision. Elle n'est pas une « *troisième ou une*

---

droits de l'homme. Analyse des excès jurisprudentiels européens, Paris, LGDJ, coll. des Thèses, 2010, 565 p.

[387] Là encore, nous limiterons nos propos aux arrêts rendus dans le cadre de la compétence contentieuse de la Cour (CESDH, art. 33 et 34).

[388] CEDH, 27 mars 1962, *De Becker c/ Autriche,* n° 214/56.

[389] CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c/ Suède n° 1*, n°10465/83, §. 74.

[390] Cour EDH, 14 novembre 1960, *Lawless c/ Irlande n°1*, n° 332/57.

[391] Une décision de justice de la Cour européenne qui constate une violation de la Convention peut toutefois entraîner, de la part du législateur national, la volonté de rejuger l'affaire. Mais une telle conséquence ne résulte pas directement de la Convention.

quatrième instance »[392] qui serait autorisée à « *apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre* »[393], à établir ou évaluer les preuves[394] ou encore à interpréter elle-même le droit interne[395].

Bien que le refus du contrôle abstrait de la norme nationale soit un trait caractéristique de la jurisprudence strasbourgeoise, il n'est pas rare de voir le contrôle de la Cour visant à déterminer la conventionnalité de certaines pratiques dériver vers un contrôle direct de la règlementation nationale. C'est notamment ce que l'on peut observer dans les arrêts où la Cour conclut à la recevabilité de la requête lorsque le requérant n'est pas victime directe, mais seulement victime potentielle. De même, force est de constater que la solution à laquelle la Cour parvient implique parfois que « *telle législation ou telles pratiques internes, donc telles mesures de caractère général, constituent la violation reprochée* »[396]. Aussi est-ce la constatation de la violation de la CESDH par la législation nationale qui était directement revêtue de l'autorité de chose jugée.

Le contrôle développé dans le cadre des requêtes interétatiques – Nous l'avons dit, contrairement au requérant individuel qui doit démontrer un intérêt à agir pour espérer voir sa requête jugée recevable, le requérant étatique qui saisit la Cour n'a pas à apporter cette preuve. De fait, l'État « *ne doit pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe* »[397]. Aussi l'État peut-il combattre *in abstracto* une législation sur le terrain de la Convention – et la Cour peut-elle par ricochet statuer dans l'abstrait – lorsque celle-ci « *entraine par sa seule existence pareil manquement, (...) introduit, commande ou autorise des mesures incompatibles avec les droits et libertés protégés. (...) [Mais aussi] use de termes assez clairs et précis pour le révéler d'emblée* »[398]. « *Dans le cas contraire, [la Cour doit] statuer en fonction de la manière dont l'État défendeur interprète et applique in concreto le ou les textes incriminés* ».

---

[392] V. parmi plusieurs exemples, CEDH, (déc. irrecev.), 2 mai 2006, *Keretchachvili c/ Georgie*, n°5667/02.

[393] V. CEDH, GC, 29 juin 2011, *Sabeh el leil c/ France*, n° 34869/05, §. 61 où la Cour européenne procède, en réalité, à une évaluation factuelle et une qualification juridique de la situation du requérant, substituant ainsi son appréciation à celle des juges internes.

[394] V. entre autres, CEDH, GC, 28 octobre 1994, *Murray c/ Royaume-Uni*, n° 14310/88, §. 66.

[395] V. par exemple, CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c/ Pays-Bas*, n° 6301/73, §. 46.

[396] O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la CEDH et le juge national », *Revue belge de droit international*, 1997, n° 1, pp. 21-68, p. 49.

[397] Com. EDH, *Autriche c/ Italie*, 11 janvier 1961.

[398] CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, n° 5310/71, §. 240.

2) L'étendue du contrôle

L'affirmation de la double finalité de l'acte de juger – Dès 1978, la Cour européenne a clairement souhaité assumer le fait que sa motivation devait lui permettre de passer de la *jurisdictio* à la jurisprudence en considérant que ses arrêts ne devaient pas seulement servir à résoudre le litige mais aussi « *à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention* »[399]. Par la suite, elle n'a eu de cesse de le confirmer.

Au-delà de cette affirmation, la CEDH a développé toute une série de procédés discursifs et argumentatifs lui permettant d'asseoir la portée jurisprudentielle de sa motivation. On mentionnera la pratique de l'autoréférence, le recours à l'interprétation autonome, la mention en tête des motifs des principes généraux dégagés par le juge (devenue aujourd'hui systématique), l'identification de plus en plus fréquente et précise (depuis 2004) des mesures générales d'exécution de ses arrêts que doit prendre l'État défendeur, les *obiter dicta,* mais aussi les appels à ce que Chaïm PERELMAN a pu appeler « l'auditoire universel ».

Le choix déterminant des méthodes d'interprétation – Dès 1968, la Cour européenne affirme que « s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (…) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties »[400]. Aussi, s'agit-il pour le juge de Strasbourg de donner tout son effet utile aux dispositions normatives de la CESDH. L'idée défendue est celle d'assurer une protection effective et concrète des droits et non pas théorique ou illusoire[401]. Une telle démarche a, par exemple, conduit la Cour EDH à découvrir des « éléments nécessairement inhérents » à un droit proclamé[402], à combler les lacunes de la Convention et faire entrer dans son champ d'application des droits qui n'y sont pas mentionnés via la mobilisation de la technique de la protection par ricochet[403]. Fort de cette directive centrale d'interprétation, la Cour a également érigé la Convention en « instrument vivant »[404], dont les droits garantis qu'elle contient doivent s'apprécier « à la lumière des conditions de vie actuelles »[405].

L'engagement récent en faveur d'une certaine retenue judiciaire – Certains domaines sensibles ont toujours conduit la Cour à développer un contrôle plus restreint (v. *infra* les

---

[399] *Ibid*., §154.
[400] CEDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c/ Allemagne*, n° 2122/64, §. 8
[401] CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, n° 6289/73, §. 24.
[402] CEDH, 21 février 1985, *Golder c/ Royaume-Uni*, §. 36.
[403] Il en va ainsi en ce qui concerne le droit de vivre dans un environnement sain. V. l'arrêt de principe CEDH, 9 décembre 1994, *Lopez Ostra c/ Espagne*, n° 16798/90.
[404] CEDH, 25 avril 1978, *Tyrer c/ R-U*, n° 5856/72, §31.
[405] Ibid.

développements sur la marge nationale d'appréciation). Depuis 2010, il est toutefois permis de constater que la Cour manifeste de façon plus franche sa volonté de respecter la subsidiarité du mécanisme conventionnel. Aussi semble-t-elle se retrancher plus fréquemment derrière la marge nationale d'appréciation que par le passé[406], y compris lorsque ne sont pas en cause des sujets de société que l'on pourrait qualifier de délicats comme l'avortement cité plus haut ou encore, parmi d'autres, la gestation pour autrui. On pense, par exemple, au droit à la liberté et à la sûreté[407], au droit à un procès équitable[408].

3) L'intensité du contrôle

Le principe d'un contrôle normal – S'agissant des droits susceptibles de limitations, la clause d'ordre public entraine, par principe, un contrôle normal qui porte sur la finalité de la mesure litigieuse et sur sa nécessité. La nécessité impliquant un besoin social impérieux : la Cour vérifie que les motifs invoqués à l'appui de l'ingérence sont « *pertinents et suffisants* ». La Cour doit par la suite rechercher si l'ingérence est proportionnée au but poursuivi.

Les facteurs de variation de l'intensité du contrôle – La Cour a identifié 3 critères lui permettant de faire varier son contrôle de proportionnalité et, partant, la marge nationale d'appréciation conféré à l'État[409].

1) La nature du droit en cause ou les activités en jeu. Le principe est que le contrôle sera plus strict et la marge nationale d'appréciation plus réduite si l'ingérence est relative à un droit qui touche la sphère intime de l'individu (comme le droit d'entretenir des relations homosexuelles). A l'inverse, le caractère technique ou complexe des activités en jeu (comme la concurrence déloyale) conduit à une large marge.

2) Le but de l'ingérence. Si le but s'analyse en une notion objective, la marge nationale d'appréciation est réduite. S'il a un caractère contingent (ex. la morale) elle sera plus large.

3) La présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux États parties à la CESDH voire, depuis quelques années, des États tiers. S'il y a consensus, la marge est réduite. S'il n'y en a pas, elle est large. Il ne s'agit là que du principe. Le fait que la Cour européenne des droits de l'homme instrumentalise largement le consensus est, en effet, bien connu[410].

---

[406] F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2014, pp. 239-264.
[407] CEDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et al. c/ R-U*, n° 39692/09.
[408] CEDH, GC, 3 av. 2012, *Boulois c/ Luxembourg*, n°37575/04.
[409] Pour des exemples jurisprudentiels pour chacun des critères, v. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13e éd., 2016, 1008 p.
[410] Pour une analyse récente v. B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à

B) LES POUVOIRS DU JUGE

Une Cour maîtresse de la qualification juridique des faits – La Cour dispose de la plénitude de juridiction. En vertu de l'article 32 de la CESDH, sa compétence « *s'étend à toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles additionnels* ». De fait, la Cour a très tôt affirmé *« qu'une fois régulièrement saisie, [elle] peut connaître de chacun des problèmes de droit qui surgissent en cours d'instance à propos des faits soumis à son contrôle par un État contractant ou par la Commission : maitresse de la qualification juridique à donner à ces faits, elle a compétence pour les examiner, si elle le juge nécessaire et au besoin d'office, à la lumière de l'ensemble de la Convention* »[411]. On renverra à titre d'exemple à l'arrêt *Kayak c/ Turquie* où la Cour n'a pas hésité à se placer sur un terrain juridique différente de celui soulevé par le requérant dans la mesure où la disposition invoquée fut jugée par elle inopportune[412].

Le pouvoir de réécriture de la CESDH – Nul besoin d'y consacrer des développements importants tant la chose est connue et admise. Par le biais des différentes méthodes d'interprétation et des différentes techniques de raisonnement qu'elle mobilise, la Cour européenne a largement réécrit le texte de la CESDH.

L'élargissement de la portée des arrêts de la Cour – L'élargissement de la portée des arrêts de la Cour est la conséquence de plusieurs précisions apportées par la Cour.

Premièrement, la Cour européenne est venue préciser le contenu de l'obligation générale d'exécuter les arrêts de bonne foi figurant à l'article 46§1 de la CESDH. Comme l'indique avec netteté le §. 249 de l'arrêt *Scozzari et Giunta :* « *l'État défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales* (obligation de non répétition de l'illicite) *et/ou le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour* (obligation de cessation de l'illicite) *et d'en effacer autant que possible les conséquences* (obligation de réparation) »[413].

La Cour a également clarifié l'étendue de l'autorité de la chose jugée des arrêts définitifs en précisant que ladite autorité s'étend à toutes les branches de l'État (législatif,

---

l'interprétation consensuelle ? », *RTDH*, 2015, n° 101, pp. 89-113.

[411] CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n° 5493/72, §. 41.

[412] CEDH, 10 juillet 2012, *Kayak c. Turquie*, § 42 : à propos du meurtre d'un enfant devant un établissement scolaire où les requérants invoquaient une atteinte à leur sûreté garantie par l'article 5. La Cour a requalifié le grief en se plaçant sur le terrain de l'article 2

[413] CEDH, 13 juillet 2000, *Scozzari et Giunta c/ Italie*, n° 39221/98 et 41963/98, §. 249.

exécutif, judiciaire)[414].

Elle a aussi permis la reconnaissance de l'autorité jurisprudentielle des arrêts strasbourgeois. Rappelons, en effet, que dès 1978, le juge de Strasbourg a en effet précisé que ses arrêts devaient servir, en plus de résoudre le litige, à « *clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention* »[415]. De même, elle a précisé que « *si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention* »[416].

Le pouvoir d'indication et d'injonction des mesures à prendre pour exécuter l'arrêt – Si la procédure d'arrêt pilote inaugurée dans l'affaire *Broniowski*[417] marque un tournant majeur pour ce qui est de la contribution des motifs à l'identification des mesures devant permettre à l'État d'éliminer la ou les cause(s) à l'origine de la violation de la CESDH, il est permis de constater que la Cour n'a pas attendu d'être en présence de cette toute nouvelle catégorie d'arrêts pour donner à la Haute Partie contractante de telles informations. En effet, comme elle le dira dans l'arrêt *Maestri c/ Italie*, « *il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit soit compatible avec celle-ci* »[418]. Ainsi que l'explique le professeur Frédéric SUDRE, la Cour semble énoncer ici « *un principe de loyauté conventionnelle* »[419] qui la conduit à aller bien au-delà de l'indication de mesures individuelles et /ou d'une satisfaction équitable. De manière générale, on retiendra que le juge peut se contenter de suggérer les mesures individuelles et/ou générales d'exécution de l'arrêt, ou bien décider d'ordonner à l'État condamné de prendre celles-ci. En s'arrogeant un véritable pouvoir d'indication et d'injonction – qui s'est largement banalisé avec le temps – la Cour confirme alors que sa motivation est le vecteur d'une incitation à une action plus grande de la Partie contractante condamnée.

Le pouvoir de modulation des effets des arrêts dans le temps – La CEDH, dans son arrêt *Marckx c. Belgique*[420], s'est reconnu le pouvoir de moduler les effets de ses arrêts dans le

---

[414] CEDH, 29 novembre 1991, *Vermeire c/ Belgique*, n° 12849/97.
[415] CEDH, 18 janvier 1978, Irlande c/ Royaume-Uni, op. cit.
[416] CEDH, 24 juillet 2003, *Karner c/ Autriche*, n° 40016/98, §. 26.
[417] CEDH, GC, 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, n° 31443/96.
[418] CEDH, GC., 17 février 2004, *Maestri c/ Italie*, n° 39748/98, §. 47.
[419] F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit., 11e éd., n° 451.
[420] CEDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74, A 31.

temps. Reprenant les principes posés dans le domaine par la Cour de Justice des Communautés européennes, elle avait estimé que *« le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains États contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi* » (§58). Toutefois, par la suite, elle a peu fait usage de cette possibilité[421].

A.S.

V- La décision

Le processus de fabrication de la décision de justice strasbourgeoise présente différentes spécificités liées au caractère supranational de la Cour. Les décisions s'adressant à l'ensemble des Parties contractantes, il est logique que la manière dont elles sont rédigées reflète les influences dont la Cour fait l'objet. L'étude des sources prises en compte pour juger (A), des contraintes pesant sur le délibéré (B) et du contenu et du style des décisions rendues en témoigne.

A) LES SOURCES PRISES EN COMPTE POUR JUGER

Les nombreuses sources (1) que la Cour européenne utilise et mobilise pour prendre ses décisions proviennent d'une pluralité d'acteurs (2).

1) La diversité des sources utilisées

Mémoires des parties – Les arguments des parties sont relayés dans les arrêts au sein d'une section spécifique traditionnellement appelée partie « *En Fait* ». Ils sont également intégrés au sein même de la motivation – souvent en tête des motifs en droit – de la Cour européenne[422].

Arguments des tiers intervenants – Si antérieurement à 2003 l'exposé des motifs était silencieux sur l'argumentation des tierces interventions – seule figurait la mention de

[421] Voir par exemple CEDH, GC, 7 février 2013, *Fabris c/France*, n° 16574/08, *Rec*. 2013, §74.

[422] Sur cette prise en compte des arguments des parties et leur rôle dans la motivation de la Cour, v. A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014, pp. 253 et s.

leur intervention dans la partie de l'arrêt consacrée à la « Procédure »[423] – aujourd'hui, ce n'est plus le cas. Désormais, leurs argumentations peuvent s'afficher au sein de la motivation. Mieux, elles sont parfois explicitement débattues par la Cour[424].

Les travaux préparatoires à la CESDH – Si cela est moins fréquent aujourd'hui (la Cour bénéficiant d'un corpus jurisprudentiel du plus en plus important), elle n'a pas hésité par le passé à s'y référer.

Les précédents strasbourgeois – Depuis 1969, la pratique de l'autoréférence est parfaitement installée[425]. On relèvera toutefois que ce n'est qu'en 2001, à l'occasion de l'affaire *Chapman c/ Royaume-Uni*, que la Cour se résout à employer clairement le terme de « *précédent* »[426]. Malgré ce, il n'existe pas de règle de *stare decisis*.

Les opinions séparées – Certaines opinions ont tracé la voie, ou du moins participé à de futurs changements de jurisprudence[427].

Le droit national – Conformément à ce qu'exige le principe de subsidiarité du mécanisme juridique conventionnel, la Cour prend en compte le droit national des États parties à la CESDH. Relève alors de cet appel aux droits internes – outre la référence au droit de l'État défendeur dans les parties de l'arrêt consacrées au « Rappel des faits » et au « Droit et à la pratique internes pertinents » – la recherche du consensus européen voire, depuis ces dernières années, d'un consensus international. Comme en témoigne un certain nombre d'arrêts, la Cour peut se montrer attentive à la jurisprudence (soit constitutionnelle, soit des Cours suprêmes) de certains États tiers au Conseil de l'Europe[428].

Les sources européennes et internationales – Depuis le début des années 2000, il est frappant de constater l'engagement de plus en plus important de la juridiction européenne, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif, pour puiser dans des sources externes à la CESDH et à sa propre jurisprudence. Mieux, cet intérêt s'affiche et est clairement assumé. En effet, selon l'arrêt *Demir et Baykara*, les dispositions de la CESDH ne sauraient être

---

[423] Par exemple CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, n° 14234/88 et al., §. 5 : intervention du Centre international contre la censure sur « *des aspects particuliers de l'affaire* ».

[424] Pour des exemples consulter entre autres, E. DECAUX et C. PETTITI, *La tierce intervention devant la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 176 p. – A. SCHAHMANECHE, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.*, pp. 257 et s.

[425] La pratique de l'autoréférence débute avec l'arrêt de la CEDH du 10 novembre 1969, *Stögmüller c/ Autriche*.

[426] CEDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman c/ Royaume-Uni*, *op. cit.*, §. 70.

[427] Pour plus de développements v. A. SCHAHMANECHE, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit. , pp. 133 et s.

[428] Pour ne citer qu'un seul exemple, v. CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02 ; où la Cour se réfère à la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

« *l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés* »[429] que cette dernière contient. Partant de là, lorsque la Cour est amenée à définir le sens des termes et des notions conventionnels, celle-ci peut mais aussi doit « *tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes* »[430]. On peut alors citer, au titre de ces autres éléments, le droit du Conseil de l'Europe (droit conventionnel et *soft law*), le droit de l'Union européenne (droit primaire, droit dérivé, jurisprudence de la CJUE), le droit international (droit international des droits de l'homme, droit international public, *soft law*, jurisprudence internationale, etc.), le droit du système juridique américain (jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, etc.).

La doctrine – Les commentaires doctrinaux ont une influence certaine et peuvent même être cités, certes de manière plutôt rare, au sein même des motifs ou des opinions séparées[431].

1) Les pourvoyeurs des sources utilisées

De nombreux acteurs – Les sources utilisées pour prendre la décision peuvent être apportées par de nombreux acteurs : le greffe (notamment le service de la recherche), le juge rapporteur, les autres membres de la formation de jugement, les parties au litige, les tiers intervenants. À l'égard de ces derniers, on relèvera le rôle de plus en plus important des ONG dans la prise en compte du droit comparé mais aussi des analyses proposées par certains experts.

A.S.

B) LE DÉLIBÉRÉ

Après avoir mis en exergue les différentes contraintes qui pèsent sur le délibéré (1), nous évoquerons son organisation (2) et son impact sur la décision finalement adoptée (3).

1)Les contraintes pesant sur le délibéré

Les contraintes sont externes (en ce sens qu'elles trouvent leur source en dehors de la juridiction) (a) et internes (b).

---

[429] CEDH, GC, 12 décembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97, §. 67.
[430] *Ibid*., §. 85.
[431] V. par exemple CEDH, GC, 19 septembre 2008, *Korbely c. Hongrie*, §§. 82 et 83.

a) Les contraintes externes

La réaction des États parties à la CESDH – Les autorités des États parties à la CESDH, dont au premier chef les juges, portent logiquement un jugement sur la jurisprudence strasbourgeoise. Que ce soit par la voie des médias, des affaires portées devant la Cour dans lesquelles ils sont défendeurs, des rencontres officielles ou officieuses avec les membres de la Cour européenne, des Conférences intergouvernementales régulièrement organisées afin de discuter de son avenir, les Hautes Parties contractantes n'hésitent pas à faire part de leur point de vue sur tel ou tel pan de sa jurisprudence (notamment à demander un changement de raisonnement et/ou de solution[432]) mais aussi de son organisation et de son fonctionnement.

La pression de l'opinion publique – Le rôle joué par les politiques, les organisations gouvernementales, les associations, les médias, etc. ne doit pas être négligé. Mais il s'agit plus d'une pression populaire sous-jacente à la fonction de juger dont il est difficile de vérifier l'impact sur les juges européens. Il semble tout de même que lorsque sont en cause des questions de société sensibles et controversées les critiques de l'opinion publique, relayées par la presse et parfois les politiques, peuvent ponctuellement influencer les juges européens et les pousser à modifier leur jurisprudence. À cet égard, on peut considérer que l'ouverture de plus en plus importante de la procédure strasbourgeoise aux ONG intervenants témoigne d'une influence certaine de l'opinion publique sur le juge. Parce qu'elles visent le plus souvent à obtenir des droits pour un groupe d'individus au nom de principes généraux et/ou universels, ou encore à générer la vie collective, les ONG peuvent en effet être considérées comme représentant l'avis de l'opinion publique sur tel ou tel sujet de société[433].

Le regard porté par la doctrine – Sans prétendre que les commentaires doctrinaux poussent la Cour à modifier ou ajuster systématiquement sa jurisprudence, ceux-ci ont tout de même une influence certaine[434]. En effet, il n'est pas excessif de penser que les observations faites par la doctrine agissent sur la pensée individuelle des juges qui, lors des délibérations, donneront un avis construit à la fois en fonction de leurs propres convictions, mais aussi en fonction de ce qu'ils auront pu lire ou entendre.

---

[432] V. par exemple l'argumentation défendue respectivement par les gouvernements suisse et autrichien dans les affaires *Quaranta c/ Suisse* du 24 mai 1991 et *Maslov c/ Autriche* du 23 juin 2008.

[433] En ce sens, voir H. RUIZ-FABRI, « La motivation des décisions dans le règlement des différends de L'OMC », in H. RUIZ-FABRI et J.M. SOREL (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales, op. cit.*, pp. 103-132, p. 116.

[434] Pour des exemples de prise en compte de la doctrine dans la motivation strasbourgeoise, v. par exemple CEDH, GC, 19 septembre 2008, *Korbely c. Hongrie*, n° 9174/02, §§. 82 et 83.

b) Les contraintes internes à la juridiction

La collégialité – v. *supra* III)

Les déterminants personnels des juges – Comme a pu l'écrire Jean-Paul COSTA, « si indépendants, si impartiaux, si compétents soient-ils ces juges [de la CEDH] ont le plus souvent une expérience nationale qui prime et qui, même inconsciemment pèse sur leur capacité d'autodétermination ; soit en renforçant leur sévérité à l'encontre des systèmes juridiques qu'ils connaissent mal, soit en renforçant leur indulgence vis-à-vis des systèmes juridiques qu'ils connaissent bien ou trop bien »[435]. Plusieurs aspects doivent être envisagés.

Première influence : la formation et l'expérience professionnelle. De manière générale, on observe une disposition de l'universitaire vers une interprétation *in abstracto*, tandis que le praticien (tel l'avocat ou le magistrat…) s'orienterait plutôt vers une interprétation *in concreto*. Un tel *distinguo* n'a, toutefois, rien de systématique.

Deuxième influence : la culture juridique d'origine. La distinction entre *common law* et droit continental est particulièrement marquée en ce qui concerne l'image que les juges se font de leur rôle et, par extension, la façon dont ils entendent motiver leur décision. La présence de ces deux traditions juridiques explique ainsi la mobilisation d'un style judiciaire hybride (v. *infra*). Cette différence se mesure aussi – de façon toutefois plus exceptionnelle et moins flagrante (il faut souvent se reporter aux opinions séparées) – sur la conception que les juges se font des droits et libertés. On précisera, à titre surabondant, qu'en ce qui concerne la différence « civil law/common law/pays de l'Est », un juge interrogé dans le cadre de la présente étude a indiqué qu'elle joue incontestablement, mais que celle-ci a sans doute été plus forte en 1998 que maintenant. Par exemple, il a pu être observé que dans toutes les affaires concernant l'article 1 Protocole 1 de la CESDH, les juges de l'Est défendaient beaucoup plus les droits individuels que ceux de l'État.

Les convictions personnelles d'ordre philosophique, politique, religieuse. Si celles-ci – à tout le moins certaines d'entre elles – ne sont pas absentes des délibérations, elles ne s'affichent généralement pas dans la motivation des arrêts. On les retrouve par contre, parfois, dans les opinions séparées[436]. Pour la majorité des juges interrogés, l'orientation politique ne semble pas être un facteur d'influence dans la mesure où la plupart des juges élus à la Cour n'ont pas eu d'engagement politique partisan dans leur pays. En outre, il ne semble pas que ceux-ci fassent de prosélytisme.

---

[435] J.P. COSTA, « La Cour EDH : vers un ordre juridique européen », in *Mélanges en hommage à L.E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 197-206, p. 204.

[436] En ce sens, v. l'opinion du juge MARTENS sous CEDH, 27 septembre 1990, *Cossey c/ Royaume-Uni*, n° 18843/84, §. 35

Le sexe. Certains des juges interrogés ont indiqué que sans vouloir tomber dans les stéréotypes, on pouvait remarquer que les femmes faisaient globalement plus preuve de compassion que les hommes (notamment sur des questions sensibles telles que le sort des détenus, des étrangers). De la même façon, la sensibilité féminine joue dans les affaires de divorce ou encore d'adoption. Par exemple, ce sont souvent les femmes qui insistent sur l'intérêt supérieur de l'enfant. D'autres juges et juristes du greffe interrogés soutiennent au contraire que le sexe n'est pas un facteur pertinent, certaines femmes étant beaucoup plus « dures » que les hommes.

Certains juges interrogés ont mis en avant une autre distinction : celle entre les juges plus interventionnistes (violationnistes) et les juges plus démocrates (non violationnistes). Cette distinction a toujours existé. Elle doit toutefois être nuancée en ce sens que les juges sont rarement monolithiques.

La qualité des décisions de justice rendues – Nul besoin d'insister sur le fait que les juges sont toujours attentifs à rendre des décisions qui soient motivées, claires, compréhensibles et qui s'insèrent facilement dans le corpus jurisprudentiel existant.

2) L'organisation du délibéré

On identifiera d'abord les participants (a). On évoquera ensuite son déroulement (b). Mais avant cela, on précisera qu'un délibéré n'a formellement lieu que pour les procédures devant les Chambres ou la Grande Chambre. Il est très rare devant les Comités. Devant la Chambre, il n'y en a généralement qu'un seul. Un second peut toutefois être organisé lorsque le projet proposé lors du premier n'a pas réuni la majorité des votes ou lorsque les juges souhaitent un projet plus consensuel. Devant la Grande Chambre, il y a au minimum deux délibérés.

a) Les participants

Dans les Chambres – Prennent part au délibéré : les juges membres de la formation de jugement, le greffier et greffier adjoint de section, le juriste du greffe ayant rédigé l'affaire (celui-ci n'est toutefois autorisé à parler que s'il y est invité par les juges), un représentant du service du jurisconsulte (il n'est pas autorisé à intervenir oralement), un membre de la division de la recherche si un rapport a été rédigé pour l'affaire (non systématique – il n'est pas autorisé à intervenir oralement), et un assistant administratif (qui n'est pas non plus autorisé à intervenir oralement).

Dans la Grande Chambre – Les dix-sept juges, le greffier de la Grande Chambre, le juriste rédigeant l'affaire, le jurisconsulte, le membre de la division de la recherche ayant rédigé un rapport pour l'affaire (les rapports sont systématiques en Grande Chambre), et un assistant administratif.

A.S.

a) Le déroulement du délibéré

Secret, durée et organisation – De façon classique, les débats qui ont lieu durant le délibéré sont toujours secrets.

Devant les Chambres, les délibérés, appelés « réunion de section », ont lieu une demie journée par semaine à jour fixe. Plusieurs affaires sont examinées au cours d'une même réunion, il peut s'agir d'une communication, d'une décision d'irrecevabilité ou d'un arrêt de violation ou de non violation. Le juge rapporteur présente l'affaire, puis une discussion a lieu entre les juges. Discussion qui peut être plus ou moins longue en fonction des affaires. On précisera que les décisions et arrêts de Chambre, les projets sont rédigés par le greffe (généralement un juriste qui parle la langue de l'État défendeur) sous la responsabilité et le contrôle du juge rapporteur (qui est souvent le juge national) et ce, dans l'une des langues de travail de la Cour. Une semaine avant l'examen de l'affaire, l'ensemble des juges de la formation de jugement reçoit lesdits projets, qui ont été au préalable visés par le greffier de Section, le juge rapporteur et par le jurisconsulte. À partir de là, les juges sont autorisés à formuler des observations par écrit ou oralement au juge rapporteur. Celui-ci pourra alors proposer des modifications au projet d'arrêt, ou bien soumettre ces dernières à l'examen de la formation de jugement au cours des délibérations. Dès lors, c'est bel et bien le projet d'arrêt ou de décision proposé par le juge rapporteur, interlocuteur privilégié de la fabrication des arrêts, qui sert de support à la discussion sur la motivation. C'est à partir de ce projet que seront arrêtés les motifs de la décision de justice. Une fois le projet arrêté et adopté, les juges qui le souhaitent peuvent rédiger une opinion séparée.

Devant la Grande Chambre. Les délibérés ont lieu juste après l'audience les mercredis après-midi, non seulement sur la base du dossier et de l'analyse présentée par le juge rapporteur, mais aussi de celle du juge national – ces deux juges ayant au préalable communiqué aux autres membres de la formation de jugement une note rédigée par un juriste du greffe présentant l'affaire et la liste des points à traiter (il s'agit ici finalement d'un avant-projet).Cette première phase de discussion correspond alors, dans le langage de la Cour, aux « premières délibérations ». Ces dernières, qui appellent un vote provisoire, ont vocation à donner une orientation à partir de laquelle le projet de décision ou d'arrêt va devoir être rédigé. À cet égard, s'il apparaît que le vote n'est pas concluant sur certains points discutés, le projet devra comprendre des alternatives (violation/non violation)[437]. Ce projet de décision ou d'arrêt, c'est en principe un Comité de rédaction, nommé par le président de la Chambre ou le président de la Grande Chambre suivant la formation de jugement concernée, qui le rédige. Ce Comité qui est assisté du greffe, est alors composé du juge rapporteur, du juge national et

[437] L'alternative qui n'est pas retenue est alors généralement transformée en opinion séparée commune.

d'un juge faisant partie de la majorité provisoire qui s'est montré particulièrement actif lors des délibérations. Une fois le projet rédigé, celui-ci est prêt à être envoyé, dans les deux langues de travail, à tous les juges (titulaires et suppléants) qui, à leur tour, pourront soumettre des propositions d'amendements en vue de la tenue prochaine, un mois plus tard environ, des « deuxièmes délibérations »[438]. Cette seconde phase de délibération donne alors lieu à un examen page par page du projet de décision ou d'arrêt. Durant cet examen, les juges peuvent une nouvelle fois formuler des observations ou des propositions jusqu'à ce que le projet soit finalement adopté par les 17 membres de la Grande Chambre. Ce n'est qu'une fois cette adoption entérinée que les juges pourront, dans un laps de temps accordé par le président, rédiger leur opinion séparée. On précisera qu'au regard du nombre élevé de juges, les débats sont beaucoup plus encadrés que devant les Chambres. Ainsi, chaque juge s'exprime à tour de rôle et le Président de la Cour qui préside la Grande Chambre s'exprime en dernier.

Modalités d'arrêt de la décision – On distinguera suivant que l'arrêt est rendu par une Chambre ou par la Grande Chambre.

Devant la Chambre. Après la discussion, un vote provisoire est organisé. Il est alors recherché si l'unanimité peut être atteinte moyennant certaines modifications de la motivation. Si cela n'est pas possible l'arrêt est adopté malgré des voix contre. Si la majorité n'est pas atteinte, un nouveau projet doit être élaboré. Dans la mesure où les résultats du vote sont publics, l'objectif est toujours de réunir la plus grande majorité possible. Un arrêt adopté à une courte majorité (4 voix contre 3) pâtit en effet d'une autorité amoindrie et encourt le risque d'être renvoyé et infirmé par la Grande Chambre.

Devant la Grande Chambre. Le comité de rédaction (v. *supra*) est chargé de préparer le projet qui vise à être une synthèse, parfois acrobatique, des opinions exprimées par les dix-sept juges pendant le délibéré. Encore une fois, la plus grande majorité possible est toujours recherchée.

b) L'impact du délibéré sur la décision

Pour les affaires de Chambre – On distinguera l'influence du délibéré sur la solution et l'influence sur la motivation.

Une influence souvent limitée sur la solution. En effet, les projets proposés sont rarement rejetés en délibéré. Ils sont préparés par le greffe et par le juge rapporteur dans l'objectif d'être adoptés en un seul et unique délibéré par la Chambre. Dans de très rares cas, le juge rapporteur propose plusieurs projets, un de violation et un autre de non violation. Le

---

[438] Si les remarques formulées par les juges sont assez nombreuses, une nouvelle réunion du Comité est organisée et un nouveau projet d'arrêt est rédigé et à nouveau adressé aux juges.

délibéré est alors déterminant.

Une influence un peu plus importante sur la motivation. Certains juges peuvent accorder leur vote sous réserve de petites modifications de la motivation (procédure du « pigeon hole »). Dans une autre hypothèse plus rare, la majorité s'accorde sur la solution mais juge la motivation non convaincante. Le juge rapporteur doit alors proposer un nouveau projet qui sera examiné lors d'un second délibéré.

Pour les affaires de Grande Chambre – On distinguera à nouveau l'influence du délibéré sur la solution, et l'influence sur la motivation.

L'impact du délibéré sur la solution est déterminant. Il est procédé à un vote sur chacun des griefs au terme du délibéré. Le projet est rédigé après le délibéré.

L'impact du délibéré sur la motivation est également important. Au terme du délibéré, le comité de rédaction peut recevoir des instructions très précises quant à des points de motivation.

C.M.

C) L'ŒUVRE

À quoi ressemble la décision de justice strasbourgeoise ? (1). De quelle communication fait-elle l'objet (2) Voilà les deux questions auxquels cette dernière partie du rapport entend répondre.

1) La mise en forme de la décision de justice

Qui rédige la décision ? (a) À quoi ressemble-t-elle une fois rédigée ? (b)

a) La rédaction de la décision de justice

Lorsque la décision de justice est rendue par un juge unique – Le projet de décision est rédigé par un juriste puis relu par le rapporteur non judiciaire et validé par le juge unique. Le projet peut subir des retouches à tous les stades.

Lorsque la décision de justice est rendue par un Comité de trois juges ou par une Chambre – Le projet est rédigé par un juriste, puis relu par son supérieur hiérarchique (chef de division) et par un « contrôleur de qualité » (« *quality check* »), qui est le plus souvent le greffier ou le greffier adjoint de section. Elle est enfin relue par le jurisconsulte ou un de ses représentants. Avant le délibéré, le projet doit être validé par le juge rapporteur. Une semaine avant les délibérations, le projet est envoyé aux autres juges qui vont échanger – essentiellement par mail – à son propos. Sur la base de ces échanges, des modifications peuvent être apportées. Ce même projet peut également être modifié après le délibéré. En effet, durant le délibéré, le projet peut très bien avoir été adopté sous réserve de subir des modifications de motivation (souvent mineures). Il peut aussi avoir été rejeté. Dans ce cas, il faut en élaborer un nouveau qui sera soumis à une nouvelle délibération.

Lorsque la décision de justice est rendue par la Grande Chambre – Le projet d'arrêt est en principe rédigé par un Comité de rédaction (v. *supra* les développements sur l'organisation du délibéré).

C.M.

b) La décision de justice adoptée

La structure de la décision de justice – En vertu de l'article 74 du Règlement intérieur de la Cour, les décisions et arrêts de Comité, de Chambre et de Grande Chambre sont structurés selon les parties suivantes : Entête (nom du président et des autres juges composant la Chambre ou le Comité ainsi que du greffier ou du greffier adjoint, date de l'adoption et du prononcé de la décision de justice, indication des parties, nom des agents, conseils et conseillers des parties), Procédure, partie « En fait ». Partie « En droit ». Dispositif. Éventuellement opinions séparées.

On ajoutera que la partie « En fait » peut être découpée en sous-partie telles que « I- Rappel des circonstances de fait », « II- Droit et pratique internes pertinents », « III- Droit comparé ». De même, la partie « En droit » se présente généralement comme suit : « 1- Rappel des principes généraux dégagés par la jurisprudence », « 2- Application à l'espèce ».

Précisons aussi que depuis 1961 et l'affaire *Lawless c/ Irlande n° 3*, la Cour adopte une présentation en paragraphes numérotés.

Le style hybride de la décision de justice[439] - Si la Commission et la Cour ont initialement (1950-1967) opté pour une rédaction proche de celle employée par les juges français (attendu que…), le début des années 1970 marque l'abandon de ce modèle rédactionnel. À partir de là, c'est le style judiciaire plus discursif et conversationnel de la *common law* qui va s'imposer. Le style de la Cour doit toutefois être qualifié d'hybride. En effet, si la Cour n'hésite pas à faire appel à la méthode syllogistique propre à la tradition civiliste, elle emprunte aussi à la *common law,* plus précisément à la méthode inductive (analogie, *distinguishing*).

Longueur de la décision de justice – Il est bien connu que les décisions sont assez voire très longues ; certaines allant, avec les opinions séparées, jusqu'à plus de 200 pages.

Le riche contenu de la décision de justice[440] – La pratique consistant pour la Cour à se référer systématiquement à ses décisions antérieures est, à l'instar de la CIJ ou de la CJUE,

---

[439] Pour plus de développements, v. A. SCHAHMANECHE, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit., pp. 379 et s.

[440] Pour plus de détails, v. A. SCHAHMANECHE, La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, op. cit.

« *devenue l'un des traits les plus caractéristiques* »[441] de sa motivation. Cela étant, force est de reconnaitre que l'utilisation des textes et pratiques judiciaires venus de l'étranger s'est largement banalisée.

En plus d'être réceptive au droit venu d'ailleurs, la Cour ne ferme pas la porte à la présence de facteurs non strictement juridiques au sein de sa motivation. De fait, en donnant à voir que le contexte (historique, économique, social, familial) de l'affaire à trancher, tout comme les questions scientifiques et/ou médicales que celle-ci soulève, ou encore les « émotions » que peut susciter la situation du requérant mais aussi, de façon plus générale, que les conséquences à laquelle telle ou telle interprétation de la Convention conduit, sont autant de forces qui, seules ou en combinaison, peuvent l'influencer dans sa prise de décision, la Cour démontre – en même temps qu'elle fonde et légitime – sa capacité à exercer une influence politique.

2) La communication de la décision de justice

La transmission de la décision de justice – Selon l'article 77§3 du Règlement intérieur de la Cour, l'arrêt est transmis au Comité des ministres. Le greffier en communique copie aux parties, au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, à tout tiers intervenant y compris le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, et à toute autre personne directement concernée.

La publication de la décision de justice – Conformément à l'article 44§3 de la CESDH, les arrêts définitifs de la Cour son publiés sous la forme qui convient, sous l'autorité du greffier. Les arrêts sont publiés dans la base de données HUDOC disponible sur internet et dans le Recueil officiel.

Comme l'indique le site internet de la Cour, la base de données HUDOC donne accès à la jurisprudence de la Cour. *Nota Bene* : Les décisions de Comité n'ont été publiées sur HUDOC qu'à partir d'avril 2010. Les décisions de juge unique ne sont pas publiées. Les décisions de la Commission antérieures à 1960 existent uniquement dans les archives de la Cour en version papier.

Le Recueil officiel *des arrêts et décisions* est le recueil officiel des arrêts et décisions majeurs de la Cour et des avis consultatifs depuis 1998.

La traduction de la décision de justice – La Cour rend tous ses arrêts en français ou en anglais, sauf si elle décide de rendre un arrêt dans les deux langues (généralement le cas pour les arrêts de Grande Chambre). Comme l'indique le site internet de la Cour, cette dernière a

---

[441] H. LAUTERPACHT, *The development of the law of international by the International Court*, Cambridge, Grotius Publications, 1982, 408 p., p. 9.

lancé un programme de traduction de sa jurisprudence incluant un premier projet, lancé avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme, suivi d'un second projet distinct couvrant des langues supplémentaires. Dans le cadre de ce programme, des centaines d'arrêts, de décisions et de résumés juridiques, considérés comme étant d'une importance particulière à l'échelle européenne, sont traduits dans la langue officielle de certains États membres. C'est le greffe de la Cour qui fait traduire ces textes à l'extérieur sur la base de contrats-cadres conclus avec des traducteurs choisis à l'issue d'un test. Le greffe cherche aussi à recenser les traductions déjà effectuées au sein des États membres afin d'éviter les doublons. Les traductions sont ajoutées dans la base de données HUDOC de la Cour. Le greffe invite aussi les gouvernements, les centres de formation judiciaire, les associations de professionnels du droit, les ONG et d'autres partenaires à offrir, en vue de leur diffusion sur HUDOC, les autres traductions de la jurisprudence de la Cour sur lesquelles ils détiennent des droits.

Le service de presse de la Cour européenne – Ce service s'est beaucoup développé, depuis une dizaine d'années sous l'impulsion de son chef, Patrick TITIUN, par ailleurs directeur de cabinet du Président de la Cour. Des communiqués de presse disponibles sur le site internet de la Cour sont établis sur chaque affaire le jour du prononcé. Par ailleurs, le service presse met à disposition sur le site internet des fiches thématiques sur des points de jurisprudence et des fiches par pays. La fonction de ces documents n'est pas de suppléer une motivation insuffisamment explicative (nous avons vu que les décisions de justice strasbourgeoises sont, en effet, motivées de façon particulièrement explicites). Il s'agit plutôt de favoriser une plus grande diffusion de la jurisprudence, et donc une meilleure connaissance de celle-ci, mais aussi de favoriser une consultation plus rapide et plus facile de celles-ci.

A.S.

Bibliographie générale

Généralités

CLUB DES JURISTES, *La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, octobre 2014.

FAVOREU L. et MASTOR W., *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissance du droit.

FROMONT M., *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013.

MAGNON X., « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AIJC* 2011.

MAFFEI P., « Le rôle normatif de la jurisprudence des cours suprêmes, des cours constitutionnelles et des cours internationales », Atelier « Justice et élaboration de la norme» dans le cadre du colloque de l'AHJUCAF sur Justice et État de droit, 17 et 18 novembre 2014.

Cour constitutionnelle allemande

ARNOLD R., « Le rôle de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *in Annuaire International de Justice*, 2011, pp.14-20

AUTEXIER C., *Introduction au droit public allemand*, 1997

BEGUIN J.-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, 1982

CAPITANT D., « Les motivations des décisions de la Cour constitutionnelle fédérale allemande », *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2012, XXVIII

DITTMANN A., « Le recours constitutionnel en droit allemand », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, pp. 1-17.

FRANCOIS E., « La Cour constitutionnelle fédérale et la culture juridique allemande », *Le Débat*, 2012/1, n° 168

FROMONT M.,

- La sélection des recours devant les Cours suprêmes : L'exemple de la Cour constitutionnelle fédérale, *in La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, rapport du club des juristes, Commission Constitution et Institutions, 2014, p. 13.
- Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier : Allemagne), 2004, p. 4

HOCHMANN T., La composition de la Cour constitutionnelle allemande bientôt conforme à la Loi fondamentale, Revue *Constitutions*, 2015,

KRANENPOHL U., *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010

JESTAEDT M., *Phänomen Bundesverfassungsgericht – Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, dans : Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger

(éditeurs), *Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, 2011
LEPSIUS O., *Die maßstabssetzende Gewalt*, dans : Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger (éditeurs), Das entgrenzte Gericht – Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011

Cour constitutionnelle belge

ALEN A., DELRUELLE J. et MARTENS P., « Rapport belge sur les modes de décision du juge constitutionnel », *R.B.D.C.*, 2004
JOASSART M., « La valorisation du statut des référendaires de la Cour d'arbitrage », *in* A.
MARTENS P., « Le métier de juge constitutionnel », *in La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 34.
MELCHIOR M. et COURTOY C., « L'organisation et la procédure de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Adm. Publ.*, 1998
NIHOUL P.,

- « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge », *A.I.J.C.*, 2012, vol. XXVIII
- « Les relations entre la Cour constitutionnelle belge et les autres pouvoirs. Indépendance et influence », *Constitutions – Revue de droit constitutionnel appliqué*, 2012, pp. 528-529
- « L'indépendance et l'impartialité du juge », *Ann. dr. Louvain*, 2011, pp. 201-263.

RASSON-ROLAND A., « Les méthodes de travail des juridictions constitutionnelles. Belgique », *A.I.J.C.*, 1992, vol. VIII.
RASSON-ROLAND A. et VERDUSSEN M., « Juges constitutionnels et doctrine. Belgique », *A.I.J.C.*, 2014, vol. XXX, pp. 229-245.
RASSON-ROLAND A., RENDERS D. et VERDUSSEN M. (dir.), *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004.
SCHOLSEM J.-C., « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB*, 1999, n° 20, p. 237.
VERDUSSEN M.,

- *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012,
- « Une nouvelle réforme en 2014 pour la Cour constitutionnelle de Belgique », in *Mélanges en hommage à Rusen Ergec*, 2016 (à paraître).
- « La qualification juridique des acteurs du procès constitutionnel en Belgique », in P. Passaglia (dir.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina/Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016
- « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH, (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? –*

Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction, Bruxelles, Bruylant, 2016
- « Le renvoi par les cours constitutionnelles de questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne », in E. CARTIER, L. GAY et A. VIALA (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Paris, L.G.D.J., Institut Universitaire Varenne, 2015
- « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *A.I.J.C.*, 2014
- « Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime ? », *Revue belge de droit constitutionnel (R.B.D.C.)*, 2013
- « Cour constitutionnelle », in M. UYTTENDALE et M. VERDUSSEN (dir.), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2015
- « La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.B.D.C.*, 2011

Tribunal constitutionnel espagnol

ALCARAZ H., « Le rôle du Tribunal constitutionnel espagnol dans le filtrage des questions de constitutionnalité », *AIJC* 2011.
BALAGUER CALLEJON F., (coordinator), G. CAMARA VILLAR, M. L. BALAGUER CALLEJON, J. A. MONTILLA MARTOS, *Introduccion al derecho constitucional*, Tercera edicion, Tecnos, 2014.
BON P., « Présentation du Tribunal constitutionnel espagnol », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 1997.
BON P., « Tribunal constitutionnel espagnol. Importantes modifications de sa loi organique en 2007 », *in Le Dialogue des juges, Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois,* Dalloz 2009.
PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL F., « Le Tribunal constitutionnel espagnol », *N.C.C.C.*2015/4, p. 59.

Conseil constitutionnel français

AGUILA Y., "Le traitement des premières questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État", in PHILIPPE X., STEFANINI M. (dir.), *Question prioritaire de constitutionnalité, premiers bilans*, PUAM, 2011
BADINTER R., "Du côté du Conseil constitutionnel", *RFDA* 2002, p.207
BEAUD O., "Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel", *AJDA* 2015, p.1009.
BELLOUBET N., "Huit femmes membres du Conseil constitutionnel", in *Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014
BEZZINA A.C. et VERPEAUX M., "Carton rouge pour les saisines blanches", *JCP G.* 2011.35, n° 912

CARCASSONNE G., Interview, *Le Figaro* 23-24 février 2013.
CASSARD-VALEMBOIS A.-L.,
- "La responsabilité pénale des mineurs ; le point de vue du constitutionnaliste", *in Droit constitutionnel et grands principes du pénal*, Cujas, collection Actes et études, 2013.
- "Le refus par le Conseil constitutionnel de sanctionner, dans le cadre d'une QPC, les lois qui se sont révélées inopportunes", *Constitutions* 2011, p. 319.
- "Les interactions des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois dans la protection des droits fondamentaux", *in Droit international et démocratie*, Anne-Laure Cassard-Valembois et Fanny Malhière (dir.), actes de la journée d'études organisée à Dijon le 20 septembre 2013, dans le cadre des journées d'études décentralisées de l'Association française de droit constitutionnel, éd. Eska, 2015,

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, "Portée des décisions du Conseil constitutionnel juge de la constitutionnalité des lois et des traités" et qui a donné lieu à un exposé fait lors de la visite au Conseil d'un groupe de magistrats judiciaires : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/portee.pdf
DEBRE J.-L., *Ce que je ne pouvais pas dire*, 2016, Robert Laffont
DE GUILLENSCHMIDT J., "Questions à Jacqueline de Guillenchmidt", *Le Figaro* 23-24 février 2013.
DELAUNAY O., "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation", *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n° 30.
DRAGO G., "Réformer le Conseil constitutionnel ?", *Pouvoirs* 2003/2, n° 105, p. 77.
FABIUS L., "La présence des ex-présidents au Conseil constitutionnel doit être supprimée", *Le Monde* 18 avril 2016
GUILLAUME M., "L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ?", *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2011, p. 49.
GENEVOIS B., "Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Vedel", *RFDA* 2004
HODORA C. "Les anciens Présidents de la République, membres de droit du Conseil constitutionnel. Retour sur le regain d'une controverse ancienne", *in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014.
JOUANJAN O., "Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique", *Jus politicum* 2009, n° 2, http://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html.
LECIS COCCO-ORTU A.M., *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents français et italien*, version traduite et mise à jour de la thèse rédigée en italien et soutenue le 9 mai 2014 à l'Université de Sienne, thèse non publiée
LUCHAIRE F., *Le Conseil constitutionnel*, t. 1, *Organisation et attributions*, 2ème éd., Economica, Paris, 1997
MATHIEU B., "Jurisprudence relative à la Question prioritaire de constitutionnalité", *JCP G*

n° 7, 16 Février 2015, doctr. 200.
MATHIEU M., "Dans les coulisses du Conseil constitutionnel, cible des lobbies", *Médiapart* 12 octobre 2015, https://www.mediapart.fr/journal/france/121015/dans-les-coulisses-du-conseil-constitutionnel-cible-des-lobbies.
ROUSSEAU D., "Une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes", *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2000, n° 8.
SCHAPPER D., « Les 'anciens' du Conseil constitutionnel : réflexions sur l'appartenance à une juridiction » [entretien], *Annuaire international de justice constitutionnelle* 2010
VEDEL G.,
Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel", *in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996
"L'accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite", *La vie judiciaire* n° 2344, 11-17 mars 1991
VEIL S., "Mes années au Conseil constitutionnel", *CCC* 2009, n° 25, http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-25/mes-annees-au-conseil-constitutionnelssup1-sup.51700.html
VERDIER M.-F., "Les anciens présidents de la République membres de droit du Conseil constitutionnel : l'aporie d'un statut anachronique. Le passé a-t-il encore un avenir ?", *in Le Pouvoir, mythe et réalités. Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, 2014, pp. 712-713.
VERPEAUX M., "Le Conseil constitutionnel, 49 ans après…", *LPA* 10 juil. 2008, n° 138

Cour constitutionnelle italienne

GALLO F., « Le modèle italien de justice constitutionnelle », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, janvier 2014.
PASSAGLIA P., « Le rôle de la Cour constitutionnelle italienne », *A.I.J.C.* 2011, p. 54.
PIZZORUSSO A., « Présentation de la Cour constitutionnelle italienne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, Janvier 1999.

Cour suprême du Royaume-Uni

Practice Directions de la Cour suprême.
Règlement de la Cour suprême.
UK Supremer Court Year Books.
UK Supreme Court Report 2015.
ANTOINE A., « Les enjeux de la création d'une Cour suprême au Royaume-Uni », *Revue internationale de droit comparé*, 2008, nº 2.
ANTOINE A., FAIGRIEVE D., Écrire les décisions de justice… Une comparaison franco-britannique, *Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 2014, n° 3, p. 759.

AUBURN J., MOFFETT J., SHARLAND A., *Judicial Review. Principles and Procedure*, OUP, 2013, 1056 p.

DUFFY A.,

- « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 » : Une juridiction hors-normes, *Revue internationale de droit comparé* 2012, n°3, p. 681 ;
- La régulation du contentieux devant la Cour suprême du Royaume-Uni, *in Le Club des Juristes, La régulation des contentieux devant les cours suprêmes*, 2014, p. 136
- « Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour suprême du Royaume-Uni », Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », page web du CDCP, 1er mars 2015 .

JENKINS D., *Common law declarations of unconstitutionality, International Journal of Constitutional Law*, vol. 7/ 2, 2009, p. 183.

JOWELL J., OLIVER D., O'CINNEIDE C., *The Changing Constitution*, OUP, 8th ed., 2015, 420 p.

MASTERMAN R., KHUSHAL MURKENS J. E., *Skirting supremacy and subordination : the constitutional authority of the United Kingdom Supreme Court*, Public Law 2013, p. 800.

PATERSON A., *Final Judgement. The Last Law lords and the Supreme Court*, Hart Publishing, 2013, 366 p. ; Decision-making in the UK's top court, Cambridge Journal of International and Comparative Law 2014, p. 77.

Cour constitutionnelle turque

KABOGLU I.,

- « Le contrôle de la constitutionnalité en Turquie et son articulation avec le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme », *Mélanges en l'honneur du Doyen Jean-Pierre Machelon* , LexisNexis, 2015 Paris, pp.491-508.
- "Le contrôle juridictionnel des amendements constitutionnels en Turquie", *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p.40.

TURPIN D. et MENEVSE A., "Turquie", *Annuaire international de justice constitutionnelle*, VIII-1992

Cour européenne des droits de l'Homme

BERGER V., « La section, formation nouvelle de la CEDH », in *Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT. Les droits de l'homme au seuil du 3e millénaire*, Bruxelles, Bruylant, 2000

COSTA J.P, « La Cour EDH : vers un ordre juridique européen », in *Mélanges en hommage à E.* DECAUX E. et C. PETTITI C., *La tierce intervention devant la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2009

DELZANGLES B., *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme.*

Analyse des excès jurisprudentiels européens, Paris
DE SCHUTTER O., « La coopération entre la CEDH et le juge national », *Revue belge de droit international*, 1997, n° 1, pp. 21-68, p. 49.
DRZEMCZEWSKI A., « Les formations de jugement de la Cour », in J.F. FLAUSS (dir.), *La mise en œuvre du protocole n° 11 : le nouveau règlement de la Cour EDH*, Bruxelles, Bruylant, 2000
GAUTHIER C. PLATON S. ET SZYMCZAK D., *Droit européen des droits de l'homme*, Sirey, 2016.
LAUTERPACHT H., *The development of the law of international by the International Court*, Cambridge, Grotius Publications, 1982, 408 p., p. 9.
RUIZ-FABRI F. et SOREL J.-M. (dir.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Bruylant, 2008
SCHAHMANECHE A., *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2014
Secrétariat Général du Conseil de l'Europe, *Rapport sur l'audit de la Cour*, n° 02/2001, 3 août 2001
SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13e éd., 2016
SUDRE F., « L'interprétation dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme », in *L'office du juge*, Paris, éd. du Sénat, 2006, pp. 224-243.
SUDRE F., « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2014

Sites internet des cours

http://www.bundesverfassungsgericht.de

http://www.const-court.be/

https://www.tribunalconstitucional.es/

http://www.conseil-constitutionnel.fr/

http://www.cortecostituzionale.it/

https://www.supremecourt.uk/

http://trybunal.gov.pl/

http://www.anayasa.gov.tr/

http://www.echr.coe.int/

Annexes

1) Questionnaire

1. Traitement des saisines :

a) Quelles sont les modalités de filtrage et de répartition des saisines ?

* Filtrage des saisines :

- Par qui ? Formation spécifique, services (greffe par exemple), juges de renvoi...
- Comment ? Conditions de recevabilité, procédure suivie, décision rendue (forme et motivation)

* Répartition des affaires entre les différentes formations de jugement :

- Par qui ? Par le président de la juridiction, par les services ou par une formation spéciale
- Comment ? Selon des critères pré-déterminés (importance/difficulté/tension autour de l'affaire, existence d'une jurisprudence établie) ou à la demande des parties, décision libre ou contrainte,...

b) Quelles sont les évolutions constatées dans le traitement du flux de saisines ?

- Volonté de limiter les saisines : par quels moyens (durcissement des conditions de recevabilité sur la forme et/ou le fond, allègement des procédures, augmentation du coût d'accès à la justice...) ?
- Volonté d'étendre le cadre de la saisine : par l'ouverture de l'accès au prétoire (admission des tierces interventions), par l'extension des pouvoirs du juge (pouvoir d'office notamment) ou du champ de son contrôle (élargissement des normes contrôlées et des normes de référence)

c) Constate-t-on des variations dans l'élaboration des décisions selon :

- la catégorie de requérants (individus, autorités politiques, juges) : en termes de filtrage / procédure / contrôle
- l'objet du recours (conflit de compétences, validité des normes, protection des droits) et la nature du contentieux (objectif/subjectif, politique/technique...) : sur le champ du contrôle (normes mobilisées, utilisation du pouvoir d'office), sur la rédaction des décisions
- sur le moment de la saisine (contrôle *a priori* ou *a posteriori*, influence du temps entre l'adoption de l'acte attaqué et la saisine du juge) : sur l'étendue du contrôle (normes mobilisées), sa nature (abstraite/concrète), son intensité (variable).
- les délais de jugement (délais plus ou moins stricts, plus ou moins courts, procédures d'urgence) : impact sur la procédure et le contrôle.

2. Organisation et fonctionnement de la juridiction :

a) Quelle composition de la juridiction et quelle influence de ses membres ?

- **Juges :** Combien sont-ils ? Comment sont-ils désignés (mode et critères de sélection) ? Pour combien de temps (durée du mandat) ? Constate-t-on entre les juges des différences de positionnement et/ou d'influence sur les décisions rendues (selon le profil professionnel, la culture juridique, les orientations idéologiques, la personnalité...) ?

- **Président :** Comment est-il désigné (par l'autorité de désignation ou par ses pairs) ? Exerce-t-il un rôle déterminant (dans la répartition des affaires, l'organisation des débats, la prise de décision) ?
- **Juge rapporteur :** nombre (en principe un seul mais deux en Belgique), désignation (par le président ou par un texte, discrétionnaire ou selon certains critères), rôle et influence (variables) dans l'élaboration de la décision
- **Assistants** : nombre (pour l'ensemble de la juridiction et pour chaque juge), désignation (choisis par les juges eux-mêmes ou attribués d'autorité), rôle (assistance juridique/documentation, rédaction des projets de décision) et rapports avec les juges (rapports personnels ou concurrentiels avec les juges)
- **Greffe** : rôle purement administratif ou décisionnel
- Autres acteurs : **secrétaire général** (France, Espagne), **avocat général** (CJUE), **services juridiques et de documentation :** rôle et influence dans l'élaboration des décisions

b) Quelle formation de jugement et pour quelle influence ?

Existe-t-il différentes formations de jugement (formation plénière, normale, restreinte) ? Comment sont-elles composées (nombre de juges et répartition fixe ou variable des juges) ? Sont-elles spécialisées (concernant la nature / l'importance des affaires traitées...) ? Quelle influence a le choix de telle formation de jugement sur le processus décisionnel (sur la forme/procédure et sur le fond/jurisprudence) ?

3. Caractéristiques de la procédure

a) Quelle est l'étendue des garanties procédurales ?

- Collégialité :

* Pour quelles affaires (dispense dans certains cas) ?
* Quand (avant/pendant/après le délibéré) ?
* Plus ou moins formalisée (selon les cours/formations de jugement) ?
* Entre qui (les juges et/ou les assistants) ?

- Contradictoire :

* Pour quelles affaires (restreint dans certains cas) ?
* Pour qui (les parties /les tiers intéressés /le juge) ?
* Sous quelle forme (écrite/orale selon les formations/affaires) ?

- Publicité/secret : concernant :

* les actes préparatoires (identité, rapport et projet de décision du rapporteur, mesures d'instruction, avis des amici curiae...)
* les débats (audience publique sauf exceptions)
* le délibéré (résultat des votes, compte-rendu des débats, opinions dissidentes)

b) Sur ces différents éléments, quelles évolutions constate-t-on ?

- Diversification ou uniformisation des procédures (variable selon les cours) ?
- Renforcement ou allègement du contradictoire (variable selon les affaires) ?
- Renforcement ou recul de la transparence (variable selon les éléments) ?

4. Exercice du contrôle

a) Quels sont les caractères du contrôle exercé ?

- Etendue du contrôle : normes contrôlées / normes de référence, évolutions en cours ?

- Nature du contrôle : plutôt abstraite ou plutôt concrète (selon les juridictions/type de recours), mélange des deux, évolutions ?
- Intensité du contrôle : différents degrés (restreint/normal/proportionnalité), facteurs de variation (contexte politique/juridique/européen, domaine en cause, précision des normes...)

b) Quels sont les pouvoirs utilisés par le juge ?

* Pour définir le cadre de son contrôle : pouvoir de requalification/reformulation de la question posée (précision de la norme en cause, pouvoir d'office...)
* Pour déterminer l'impact de son contrôle : pouvoir d'annulation / d'abrogation / d'interprétation / de réécriture de l'acte contrôlé, pouvoir d'injonction aux destinataires de la décision (législateur, juges d'application), pouvoir de modulation des effets dans le temps et/ou dans l'espace.

c) *Quelles sont les évolutions de l'office du juge ?*

- Approfondissement et précision de son contrôle ?
- Extension et modulation de ses pouvoirs ?

5. Prise de décision

d) Instruction : quelles sont les sources prises en compte pour juger ?

- Étendue et nature des sources : dossier (mémoire des parties, actes préparatoires des juridictions), travaux parlementaires, jurisprudence interne/externe, doctrine, *amicus curiae,* sources internationales, opinion publique...
- Apport et sélection des sources : par les parties / par les tiers (tiers intéressés ou experts sollicités par le juge) / par les membres de la juridiction (juges, assistants, avocat général, services...) / par d'autres juges (renvois préjudiciels devant la CJUE/juges nationaux/CEDH bientôt ?)

b) Délibéré : quelles sont les contraintes pour décider ?

- Nombre (1 seul en principe mais exceptions : absence dans certains cas, deux parfois)
- Participants (juges et services, rôle de chacun)
- Déroulement (durée, organisation et secret des débats, modalités d'arrêt de la décision)
- Impact (par rapport à la phase préparatoire/opinions dissidentes, sur la solution/motivation) ?

c) Décision : comment la juridiction rend-elle compte de ses décisions ?

* Mise en forme de la décision : Quand (avant/pendant/après le délibéré) ? Par qui (rapporteur+assistants, greffe+rapporteur, comité de rédaction, juge désigné par les autres juges), Comment (structure, style, taille) ?
* Contenu de la décision : reflète-t-il les éléments pris en compte pour décider (fondements juridiques/extra-juridiques, jurisprudence interne/externe, conséquences de la décision...) ? Reflète-t-il les débats entre les juges (opinions des différents juges) ?
* Supports de communication : communiqués de presse, commentaires, notes, traduction : par qui et pour qui sont-ils élaborés ? Leur contenu diffère-t-il de celui des décisions rendues ?

2) Séminaire de travail

Jeudi 1er décembre 2016

Après-midi (14h-17h30) : Les matériaux

Atelier animé par
Jordane Arlettaz, Professeur à l'Université de Montpellier
Fanny Malhière, MCF à l'Université de Bourgogne

Avec la participation de :

Miroslaw Granat, ancien juge à la Cour constitutionnelle polonaise
Johannes Masing, juge à la Cour constitutionnelle allemande
Jean-François de Montgolfier, ancien responsable du service juridique du Conseil constitutionnel français
Pierre Nihoul, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique
Paolo Passaglia, responsable du service de droit comparé à la Cour constitutionnelle italienne

14h-15h : Latitude du juge par rapport à la requête
Pouvoir d'office et de reformulation : dans quelle mesure le juge peut-il s'émanciper du cadre fixé par la requête ? Peut-il examiner des dispositions dont il n'est pas saisi ? Peut-il soulever des moyens qui n'ont pas été invoqués dans la saisine ? Ce pouvoir d'office est-il fréquemment utilisé ? Dans quelles conditions et dans quelles limites ? Le juge s'autorise-t-il à reformuler la question qui lui est posée et si oui dans quelles limites ?
- *Pouvoirs d'instruction :* sont-ils utilisés de manière fréquente ? Dans quels cas sont-ils utilisés (dans certains domaines en particulier) ? Quel est la nature de ces pouvoirs (demande d'information et communication de documents par les parties ou par les juges de renvoi, audiences d'experts...) ? Comment sont-ils mis en oeuvre (qui décide d'y recourir, les actes qui en résultent sont-ils soumis au contradictoire...) ? Quelles en sont les limites (contrainte de temps, nature du contrôle...) ?
15h-16h : Contraintes externes
- *Droits étrangers :* quelle est la place du droit étranger dans l'exercice du contrôle ? Le droit étranger est-il mobilisé par les requérants ? Dans quels buts les sources étrangères sont-elles prises en compte (simples sources d'information ou véritables sources d'inspiration, recherche du consensus européen, légitimation de la solution retenue...) ? Comment s'organisent les recherches en la matière (travail de fond / recherche ponctuelle, initiative du rapporteur ou des services, existence d'un service spécifique au sein de la juridiction / service externalisé, création d'un réseau...) ?
Droit européen et international : quelles sont les techniques utilisées pour prendre en compte le droit et la jurisprudence des cours européennes ? Quelle appréciation portez-vous sur la pratique du renvoi préjudiciel devant la CJUE ? Quelle pourrait être la pratique du renvoi devant la Cour EDH ? Quels sont les outils à privilégier pour approfondir les relations entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour EDH (rencontres informelles, réseau d'échange d'information dont sont membres certaines cours constitutionnelles) ?
Impact sur le contrôle : quel est l'impact de ces contraintes externes sur l'étendue du contrôle (extension avec l'introduction d'un contrôle de conventionnalité exercé de manière explicite, combiné à des normes constitutionnelles, ou implicite par l'alignement des exigences constitutionnelles sur les exigences européennes ; limitation du contrôle des lois de transposition des directives...), sur la nature du contrôle (contrôle qui se concrétise pour s'aligner sur la nature du contrôle exercé par les cours européennes ou au contraire qui se détache des faits du litige pour assurer la compatibilité du droit interne avec ces normes externes), sur son intensité (approfondissement du contrôle avec le développement du contrôle de proportionnalité, adaptation du contrôle selon l'existence ou l'absence d'un consensus européen...).
16h30-17h30 : Contraintes internes et nationales
- *Précédents de la juridiction elle-même* : Le précédent est-il le premier réflexe des juges ? Jusqu'à quel point les juges se sentent-ils liés par leurs précédents ? La stabilité et la cohérence de la jurisprudence sont-elles des préoccupations unanimement partagées au sein de la juridiction ? Quels sont les outils à la disposition des juges et de leurs assistants pour rechercher dans cette jurisprudence (tables, moteur de recherches, travaux préparatoires...) ? Quels sont les facteurs qui exercent une influence déterminante pour opérer un revirement de

jurisprudence (contexte externe, critiques de la doctrine, influence de certains membres...) ? La stabilité de la jurisprudence est-elle liée à la formation de jugement ou à la majorité qui l'a posée ?
- *Doctrine* : les juges sont-ils sensibles aux travaux doctrinaux ? Utilisent-ils ces travaux de manière régulière ? Existe-t-il un suivi des travaux doctrinaux ? Quelle place ont ces travaux dans les travaux préparatoires ? Quels sont les objectifs recherchés à travers le recours à ces travaux (légitimation, inspiration, anticipation...) ?
- *Précédents des autres juridictions nationales* : La jurisprudence nationale fait-elle l'objet d'un suivi particulier ? Quel est sa place dans les travaux préparatoires ? Quels sont les pouvoirs du juge face à cette jurisprudence (pouvoir de censure, réserves d'interprétation...) ? Existe-t-il une forme de retenue vis-à-vis de la jurisprudence des autres juridictions nationales ?

Vendredi 2 décembre 2016

Matin (9h-12H30) : Les artisans

Atelier animé par
Aurélien Antoine, Professeur à l'Université de Saint-Etienne
Anne-Laure Cassard-Valembois, MCF à l'Université de Bourgogne
Marc Verdussen, Professeur à l'Université de Louvain

Avec la participation de :

Miroslaw Granat, ancien juge à la Cour constitutionnelle polonaise
Nicole Maesstracci, juge au Conseil constitutionnel français
Pierre Nihoul, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique
Paolo Passaglia, chef du service de droit comparé à la Cour constitutionnelle italienne
Dean Spielmann, ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme

9h-10h : Les tiers
L'intervention des tiers : Les règles organiques sur la juridiction autorisent-elles l'intervention de tiers ? Que faut-il entendre exactement par « tiers » ? Plus précisément :
- Le droit pour un tiers d'intervenir appartient-il aux personnes morales comme aux personnes physiques ?
- A quelles conditions les tiers sont-ils habilités à intervenir (délai, intérêt…) ? Ces conditions diffèrent-elles selon la nature de la saisine de la juridiction (recours en annulation, question préjudicielle…) ? S'agissant plus particulièrement d'une intervention dans une procédure préjudicielle, est-il exigé que le tiers soit partie à une procédure analogue à celle ayant conduit au renvoi de la question préjudicielle ?
- Selon quelles modalités les tiers doivent-ils intervenir ? Des formalités particulières sont-elles à respecter ?
- En intervenant, le tiers devient-il pleinement partie au litige dont est saisie la juridiction constitutionnelle ?
- Le tiers peut-il aussi bien contester que soutenir les moyens soulevés à l'encontre de la norme législative mise en cause ? Dans ce dernier cas, peut-il formuler des moyens nouveaux ?
- L'intervention de tiers est-elle fréquente ?
- L'intervention devant la juridiction fait-elle partie de la stratégie de certaines associations, notamment d'associations ayant pour objet social, la protection des droits fondamentaux ? Ces interventions ont-elles une influence plus déterminante dans la prise de décision ?
Les experts : Les règles organiques sur la juridiction autorisent-elles l'intervention d'experts ? Que faut-il entendre exactement par « experts » ?
- Qui prend la décision de recourir à des experts ?
- A quelles conditions ?
- Selon quelles modalités ?
- L'intervention d'experts est-elle fréquente ?

10h-11h : Les parties
Quel impact exerce sur le juge l'identité des parties ? Plus précisément, la question de constitutionnalité est-elle envisagée différemment par les juges constitutionnels selon que le requérant défend :
- ses intérêts purement particuliers (un justiciable, un particulier),
- des intérêts collectifs (association, lobby, syndicats, organisations professionnelles, *etc.*),

- un intérêt territorial (entité fédérée ou régionalisée),
- un intérêt politique (opposition),
- un intérêt général (saisissant institutionnel) ?

L'identité des parties (et donc les intérêts qu'elles défendent) semble en effet susceptible d'influencer la décision et/ou le contentieux à plusieurs égards :

- le travail d'instruction pourra être plus ou moins approfondi, pour apprécier de manière plus éclairée les différents intérêts en cause ;
- la motivation de la décision pourra être plus ou moins pédagogique ;
- la modulation des effets dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité pourra être plus ou moins étendue.

Par ailleurs, l'identité des parties peut recouper la question de leurs moyens, notamment financiers, ce qui peut influer sur la qualité de leurs productions (mémoires écrits, plaidoiries à l'audience) ; est-ce que cela exerce une influence sur les juges et sur la décision rendue au final ?

Au final, le modèle européen de justice constitutionnelle, plutôt objectif *a priori*, se subjectivise-t-il sous l'influence des parties qui ne défendent pas un intérêt général ? En sens inverse, l'intervention de certains tiers qui ne défendent un intérêt général ou collectif conduit-elle les juges à objectiviser le traitement de la question posée y compris dans le cadre de recours individuels ?

11h15-12h30 : Les rapports juges-assistants

1. La sélection des assistants :

- *La procédure* : Considérez-vous que la procédure de sélection par la juridiction elle-même est le moyen le plus satisfaisant pour recruter les assistants, sachant que certaines cours européennes connaissent un recrutement direct par les juges eux-mêmes ? Avez-vous, sous une forme ou sous une autre, la possibilité d'influencer ce recrutement (exemple de l'Italie : modèle à généraliser ?) ? Pensez-vous que cela changerait l'élaboration des décisions si vous pouviez recruter vous-mêmes vos assistants ? Les assistants vous sont-ils personnellement attachés ou ont-ils la possibilité de « changer de juge » ou de tourner selon une certaine périodicité par juge dans un cadre fixé par l'administration de la juridiction ? Si tel est cas, y voyez-vous un avantage ? Serait-ce un moyen d'accentuer les relations entre chaque juge ? Recourez-vous à une sélection par dossier et/ou entretien (direct avec le juge ou par l'administration de la juridiction).
- *Les critères* : Y a-t-il une volonté de varier les profils selon les études suivies, les origines géographiques, etc. ? Y a-t-il des dispositions pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts ? Le nombre d'assistants est-il suffisant, le nombre a-t-il augmenté (prise en considération des moyens humains mis à la disposition des juges) ? S'agit-il d'assistants à plein temps ?

2. Les fonctions

- *L'organisation des fonctions* : Comment s'organise le travail entre les juges et les assistants : intervention dès la réception des mémoires ? Participation à l'instruction ou à l'organisation du contradictoire ? Organisation de l'audience ? Quelle est leur part dans la garantie du principe du contradictoire et dans l'élaboration de la décision ?
- *Les modalités et l'étendue des fonctions* : Les assistants ont-ils la possibilité de travailler en équipe ? Si oui, les réunions sont-elles formalisées ou informelles ? L'exigence de collégialité transparaît-elle dans les fonctions assumées par les assistants ? Dans quelle mesure cela peut influencer la rédaction des décisions ?

S'agit-il plus d'un rôle de secrétariat et d'observation (prise de note, relations avec les parties, compte-rendu des réunions), de recherche (lien avec le centre de documentation, note de recherche juridique), d'assistance à la décision au-delà de la recherche documentaire (rédaction de note type « note de rapporteur », de projets de décisions), de courroie de transmission (rapports avec les autres juges, avec les autres juridictions, ou les autres institutions - Parlement, Gouvernement), de communication (rédaction des communiqués de presse) ? Finalement, considérez-vous qu'il existe une augmentation des tâches dévolues au nombre d'assistants ?

3- L'avenir et le statut des assistants (subsidiaire) : Existe-t-il un statut spécifique aux assistants : charte de déontologie, grille salariale, type de contrat (précarité ou non ; stage…) ? L'institution cherche-t-elle à suivre l'avenir des assistants ? S'agit-il d'un passage « obligé » pour de futurs assistants souhaitant ensuite travailler de façon pérenne dans l'institution ?

Après-midi (14h-17H30) : L'œuvre

Atelier animé par
Ibrahim Kaboglu, Professeur à l'Université de Marmara
Ruth Weber, Doctorante à l'Université de Fribourg et de Paris 2
Aurélia Schahmaneche, MCF à l'Université de Saint-Etienne

Avec la participation de :

Miroslaw Granat, ancien juge à la Cour constitutionnelle polonaise
Nicole Maesstracci, juge au Conseil constitutionnel français
Pierre Nihoul, juge à la Cour constitutionnelle de Belgique
Paolo Passaglia, chef du service de droit comparé à la Cour constitutionnelle italienne
Dean Spielmann, ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme

14h-15h30 : Les contraintes de la fabrication des décisions

1. L'organisation de la collégialité :

* Construction de la décision : le mode d'élaboration de la décision (par circulation du projet du rapporteur, par délibéré à partir d'un projet ou par juxtaposition des opinions des juges) est le reflet d'une organisation différente de la collégialité. Le choix entre ces différents modes d'élaboration dépend des traditions et de l'organisation de chaque cour mais aussi de la complexité des affaires jugées. Que vous inspirent ces différences au regard de votre expérience ?

* Recherche du consensus : le consensus est-il recherché de manière prioritaire ? Quel est le rôle du Président de la formation de jugement à cet égard ? La recherche du consensus conduit-elle souvent à des motivations de compromis ? Pensez-vous qu'il existe une corrélation entre l'obtention d'un consensus large et, d'une part, la teneur de la motivation (motivation brève ou au contraire enrichie), et d'autre part, la portée de la décision (décision de principe ou d'espèce) ?

* Impact des opinions séparées des juges : quelle contrainte peuvent jouer les opinions séparées exprimées par les juges (qu'elles soient publiées ou non publiées) sur la rédaction de la décision ? Leur reconnaissance permet-elle d'améliorer la motivation de la décision (de renforcer sa cohérence et d'enrichir son contenu) ? Dans les juridictions qui reconnaissent la possibilité d'exprimer des opinions séparées, ces dernières sont peu fréquentes ou moins fréquentes (sauf à la Cour EDH) : selon vous comment peut-on l'explique (retenue des juges - souci d'assurer l'autorité de la décision, renforcement de la collégialité - recherche du consensus, stratégie de persuasion, culture du secret...) ? Si elles ne sont pas publiquement exprimées, êtes-vous favorable à un changement ? Qu'est-ce cette publication changerait selon vous au mode de rédaction des décisions ?

2) Le temps et le chiffre :

* Le temps : Quel est son impact sur l'oeuvre du juge (à la fois sur l'étendue du contrôle et sur la rédaction de la motivation) ? Pensez-vous qu'il existe une corrélation entre la brièveté ou la longueur d'une décision et le temps passé à l'élaborer ?

Quel regard portez-vous sur ces différents temps de l'élaboration des décisions :

- temps global pour statuer (lorsqu'un délai est fixé)
- temps pour instruire (instruction écrite et orale)
- temps pour réfléchir (entre l'audience, la communication du projet et le délibéré)
- temps pour délibérer (si besoin un ou plusieurs délibérés)
- temps pour mettre en forme la décision

Quels sont les temps forts - et les temps faibles - du processus de décision ?

* Le chiffre : Quel est son impact sur l'oeuvre du juge (en particulier sur la nature du contrôle et la rédaction de la décision) : le flux contentieux joue-t-il un rôle décisif dans la fabrication des décisions ? Le souci d'anticiper les saisines ou futures saisines conduit souvent les juges à adopter des formulations générales et abstraites (arrêts de principe, technique des arrêts pilotes pour la Cour EDH) et parfois à appauvrir la motivation (motivation

stéréotypée avec l'utilisation du copié collé voire absence de motivation). Le souci de limiter les saisines peut également conduire les juges à adopter une interprétation restrictive des conditions de recevabilité et/ou à exercer un contrôle restreint. Cette approche managériale de la justice est-elle un moyen de préserver l'office du juge ou au contraire ne risque-t-elle pas de le menacer ?

16h-17h30 : Les outils de la diffusion des décisions :

1) La pédagogie : quels sont les différents moyens de communication utilisés pour favoriser la diffusion des décisions ?

* Traduction des décisions : Dans les juridictions qui travaillent dans plusieurs langues, le fait de travailler dans deux langues permet-il de renforcer la rigueur de la motivation ? Comment est fait le choix de traduire certaines décisions rendues (qui décide de cette traduction, dans quelle langue...) ? Par qui est assurée cette traduction (par les services internes à la cour ou par des services extérieurs) ? Les juges sont-ils en demande de traduction de certaines décisions par d'autres cours ?

* Dialogue avec la doctrine : la participation des membres de la juridiction à des colloques universitaires ou la rédaction d'articles par ces mêmes membres sont-elles libres ou encadrées par la cour (dans les textes ou la pratique, limites juridiques ou contraintes politiques) ? De manière réciproque, la doctrine est-elle associée aux travaux de la cour (par le biais de la citation de travaux doctrinaux dans les décisions, par la valorisation de ces travaux à travers des revues, des colloques organisés par la juridiction elle-même, de contacts informels...) ?

* Multiplication des supports d'information et de communication qui accompagnent les décisions : alors que certains supports permettent de combler la brièveté des décisions rendues dans certaines juridictions (cas du commentaire de la décision du Conseil constitutionnel français), d'autres visent au contraire à en donner une vision plus synthétique (communiqué de presse, fiche synthétique, rapport annuel) : La multiplication de ces documents ne révèle-t-elle pas les défauts de la rédaction des décisions ? N'invite-t-elle pas à revoir la rédaction des décisions ? Ne présente-t-elle pas un risque de décalage avec la décision ? Les juges ont-ils un droit de regard sur ces documents ?

* Evolution du mode de rédaction des décisions : pensez-vous que l'évolution de la rédaction va dans le sens d'une motivation plus pédagogique ? Pensez-vous que l'on assiste-t-on à une européanisation du mode de rédaction des décisions ? Les cours européennes exercent-elles à cet égard un rôle moteur ? Les cours constitutionnelles nationales s'inspirent-elles réciproquement en la matière ?

2. La transparence : que pensez-vous de la transparence concernant :

* Contenu de la décision : les éléments contenus dans la décision sont-ils identiques à ceux figurant dans les documents préparatoires (rapport, dossier documentaire...) ou périphériques (opinions séparées, commentaire et communiqué de presse...) ? Comment expliquer les éventuels décalages (éléments extra-juridiques, solutions alternatives et éléments doctrinaux généralement absents dans la décision). Le syllogisme juridique n'est-il qu'un syllogisme de construction ?

* Forme de la décision : certains éléments concernant les conditions dans lesquelles la décision a été rendue (publication du nom du rapporteur, de la répartition des voix, des comptes-rendus des délibérations) demeurent secrets : pensez-vous que lever la transparence sur ces éléments soit bénéfique (pour assurer la responsabilisation des juges, la prévisibilité de la jurisprudence...) ou dangereuse (pour l'indépendance des juges, pour l'autorité de la jurisprudence) ? Dans quelle mesure pourrait-elle être renforcée dans votre juridiction ? Est-ce que cela fait l'objet de débats ou de réflexions entre les membres de la juridiction à laquelle vous appartenez ?

3) Tableaux de synthèse

CADRE DU CONTRÔLE ET TRAITEMENT DES SAISINES

1. Type de recours / Nature contrôle	Recours institutionnel	Recours individuel	Renvoi préjudiciel
Contrôle abstrait	Allemagne Belgique France Espagne Italie Pologne Turquie	Allemagne Espagne	Allemagne France Espagne
Contrôle concret	Cour EDH	Allemagne Belgique Pologne Royaume-Uni Turquie Cour EDH	Belgique Italie Pologne

2. Filtrage	Formation	Critères	Décision rendue
Allemagne	Juges de renvoi + Formation restreinte (3j)	Critères stricts / rec. indiv. (admission < 10 %)	Non publiée Non motivée
Belgique	Formation restreinte (3j), normale (7j) ou plénière (12j)	Critères classiques	Motivée et publiée
Espagne	Formation restreinte (3j)	Critères stricts / rec. indiv. (admission < 10 %)	Motivée sommairement
France	Juges de renvoi (QPC) + CCel	Critères classiques	Motivée sommairement
Italie	Juges de renvoi (renvoi préjudiciel) + CCelle	Critères classiques	Peu motivée
Pologne	Juge unique + Formation restreinte (3j)	Critères classiques	Rigoureusement motivée
Royaume-Uni	Juges inférieurs + Greffe + Juge unique + Formation restreinte (3j)	Critères stricts	Motivation stéréotypée

Turquie	Services + formation de section (7j)	Critères stricts / rec. indiv.	Motivée
Cour EDH	Greffe + Juge unique	Restrictive / rec. indiv. Durcissement des formalités (admission = 10 %)	Non publiée

3. Pouvoirs du juge / Cadre de la saisine	**Délimitation de la question**	**Impact de la décision**
Allemagne	Pouvoir de reformulation	Variable selon les recours/arrêts : Arrêts d'annulation : autorité absolue Arrêt de rejet : autorité relative Arrêts préjudiciels : autorité relative
Belgique	Pouvoir de reformulation limité	
Espagne	Pouvoir de reformulation (motivation implicite)	*Idem supra*
		+ Suspension de l'acte (avant jgt au fond : rec. amparo)
France	Pouvoir d'office (contrôle intégral) Pouvoir de reformulation (précision de la question)	Caractère absolu : Abrogation ou Brevet de constitutionnalité
Italie	Pouvoir d'office limité (extension possible normes analogues)	Variable selon les recours : Arrêts d'annulation : autorité absolue Arrêt de rejet : autorité relative Arrêts préjudiciels : autorité relative
Pologne	Interdiction du pouvoir d'office (formalisme + dans le rec. indiv.)	
Royaume-Uni	Interdiction du pouvoir d'office (formalisme très fort)	Autorité relative
Turquie	Pouvoir de reformulation limité	Variable selon les recours/arrêts *(idem supra)* + Sursis à exécution
Cour EDH	Pouvoir de reformulation limité	Autorité relative

4.Temps/chiffre	**Délai de jugement**	**Nombre de requêtes / décisions / an (d'après les chiffres de 2014-2015)**
Allemagne	Aucun délai fixé Délai moyen = 2 an Proc d'urgence (rare)	6811 saisines (96 % de rec. indiv.)
Belgique	Principe : 6 mois prorogeable 6 mois	2014 : 191 arrêts et 333 affaires nouvelles. 2015 : 180 arrêts et 196 affaires nouvelles.
Espagne	Encadré après l'instruction (10j < jugement < 30 jours selon le type de recours)	Requêtes : 7 878 (97% de requêtes individuelles)

		Sentences : 222 (50% de recours d'*amparo*)
France	Délais stricts : 1 mois (DC) – 8j si urgence 3 mois (QPC)	17 décisions DC rendues (a priori) 70 décisions QPC rendues (a posteriori) Filtrage = 18 % (Cass) et 24 % (CE) renvoi
Italie	Aucun délai fixé	Q° préj. : de 85% à 45% entre 2003 et 2013
Pologne	Aucun délai fixé En pratique : 1 an – 18 mois	En 2014 : 530 saisines, 119 décisions dont 71 jugements. En 2015 : 623 saisines, 173 décisions dont 63 jugements.
Royaume-Uni	*Permission to appeal* : 8 semaines, 14j si urgence Aucun délai strict Délai moyen : 9-12 semaines (après l'audience)	2014-2015 : 231 requêtes, 81 jugements
Turquie	Examen préalable : 10 jours *Renvoi préj.* : Délai non impératif : 5 mois Délai moyen : 6 mois - 2 ans *Rec. indiv.* : mesure provisoire + délai de 6 mois au fond (sanction = abrogation)	En 2014 : 20578 requêtes (rec.indiv.) 657 jugements – Contrôle des normes : 199 recours - 164 jugements En 2015 :6250 (req.ind.) : 855 jugements Contrôle des normes : 111 recours - 115 jugements.
Cour EDH	6 mois en juge unique Entre 2 et 12 ans pour les autres formations	> 50 000 requêtes reçues > 80 000 décisions rendues (dont > 90 % décisions d'irrecevabilité)

5. Type de sources	**Jurisprudence interne à la cour**	**Jurisprudence européenne (CJUE, CEDH)**	**Jurisprudences étrangères**	**Jurisprudence interne des autres cours**	**Doctrine**
Recherche d'information	Services + assistants	Services / assistants spécialisés (Ita/Bel/Fr/Pol) Bull. réguliers Travail du rapporteur + collab. (All)		Services + assistants	Services + assistants
Prise en compte	Déterminante	Importante Variable selon les affaires	En augmentation Variable selon les juges	Importante Variable selon les affaires	Variable selon les cours et les affaires
Dialogue Institutionnel	Outils de diffusion	Renvois préj. / CJUE (Belgique)	Rencontres/colloques Liaison/réseaux	Renvois préj (Pologne) Rencontres	Colloques/rencontres Profil des juges/assistants

		Liaison/réseaux			(All/Pol/Ita)
Fondement (implicite / explicite)	Explicite	Souvent implicite (TP)	Souvent implicite (TP)	Parfois implicite (TP)	Implicite (TP)
		Parfois explicite (All/Bel/Cour EDH/Ita/Pol)	Parfois explicite (All/RU/Cour EDH)	Souvent explicite	Rarement explicite (All/Pol/RU/Cour EDH)

STRUCTURE ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION

6.Composition de la Cour	Nombre de juges	Profil	Assistants	Services stratégiques
Allemagne	16 juges	Diversité professionnelle (3 hauts magistrats obligatoires + professeurs + politiques)	4 assistants personnels pour chaque juge = 64 au total	
Belgique	12 juges	- Parité linguistique (6 wallons + 6 flamants) - Parité professionnelle (6 juristes + 6 anciens parlementaires) - Diversité sexuelle	18 référendaires pour la Cour (1 pour chaque juge + 1 pour 2 juges) Parité linguistique	
Espagne	12 juges	Juristes reconnus et expérimentés (parmi magistrats, professeurs, fonctionnaires, avocats) *En pratique : magistrats ou professeurs*	2 assistants / juge (1 choisi par le juge, 1 proposé par la Cour)	
France	9 juges nommés + membres de droit	Aucune exigence requise (C° muette) Equilibre et diversité recherchée (pratique)	Pas d'assistants personnels Services du Conseil	SJ (4 membres) SG Serv. doc.
Italie	15 juges	Juristes qualifiés (parmi hauts magistrats, professeurs et avocats expérimentés)	3 assistants (choisis / juges : magistrats ou universitaires) + 1 conseiller (issu de la Cour)	Service des études
Pologne	15 juges	Juristes de haut niveau (Hauts magistrats ou	2/3 assistants / juges (*intuitu personae*)	

		Professeurs)		
Royaume-Uni	12 juges + *« acting judges »*	Compétence juridique (Hauts magistrats ou juges/avocats expérimentés) + connaissances des 3 systèmes de droit	1 assistant / juge (*intuitu personae*)	Greffe (filtrage + répartition des juges)
Turquie	17 membres	Choisis parmi les juristes (avocat, magistrat, professeur) Pas de diversité sexuelle	69 Rapporteurs (juges ordinaires) 20 rapporteurs adjoints (concours)	SG + 3 adjoints
Cour EDH	47 juges	Compétences juridiques (hauts magistrats ou jurisconsultes) Représentation égalitaire des Etats Diversité sexuelle	Pas d'assistants personnels 270 juristes partagés entre les juges	Greffe

7.Organisation du travail	**Formations de jugement**	**Répartition des juges**	**Répartition des affaires**	**Désignation rapporteur**
Allemagne	Assemblée plénière 2 chambres spéc. Sections (3 j)	Fixe	Par domaine	Répartition équitable
Belgique	Formation plénière (10-12j) Formation limitée (7j) Formation restreinte (3j)	Aléatoire	Critères : - Importance de l'affaire - Tensions / l'affaire - Divergences	Aléatoire 2 rapporteurs = parité linguistique
Espagne	Assemblée plénière 2 chambres (6j) 4 sections (3j)	Fixe	Traités inter. Libre Filtrage	Décision du Président (fonction de la spécialité)
France	1 seule formation	Sans objet	Sans objet	Décision discrétionnaire du Pdt
Italie	1 seule formation	Sans objet	Sans objet	Décision du Pdt (fonction de la spécialité)
Pologne	Formation plénière	Aléatoire	Pré-déterminée	Aléatoire

	Formation ordinaire (5j) Formation restreinte (3j)		selon le type d'affaire (v. loi)	
Royaume-Uni	Panels de juges 3/5/7/9j	*Ad hoc* (sur proposition du greffe validée par le Pdt Choix / compétence + représentation des Systèmes jur. Nationaux	Selon la complexité de l'affaire	Sans objet
Turquie	Ass. Plénière 2 chambres 2 Sections 7j Commissions 2j		Pré-déterminée selon le type d'affaire (v. C°) + Renvoi poss. v. l'Ass. Pl. (Pdt)	Choisis parmi les assistants par le Pdt
Cour EDH	Grande ch. 17j	Encadrée (Pdt + VP + Pdt sect° + juge national…)	Pré-déterminée selon le type de décision + renvoi poss. en GC	Greffe (filtrage + rédaction)
	Chambres 7j	Choisis dans les 5 sections (dont juge national)		
	Comité de 3 juges	Choisis / pdt de sect°		
	Juges uniques			

8.Collégialité	**En amont**	**Pendant le délibéré**	**Après le délibéré**
Allemagne	Circulation du projet de jugement (section)	Discussions	Délibéré de lecture Opinions séparées rares
Belgique	Entre les rapporteurs	Recherche du consensus	Sans objet
Espagne	Entre le rapporteur et ses assistants	Discussions plus ou moins longues	Opinions concordantes ou dissidentes
France	Entre le rapporteur et le SJ/SG Délibérés de couloir	Discussions plus ou moins longues	Sans objet

Italie		Entre le rapporteur et ses assistants	1er délibéré sur la solution	2nd délibéré sur la motivation
Pologne		Entre le juge rapporteur et ses assistants	Plusieurs délibérés successifs	Opinions dissidentes
Royaume-Uni		Brève réunion avant l'audience Réunion initiale (après audience)	Pas de délibéré formel - Réunions informelles	Opinions individuelles
Turquie		Discussions informelles sur le projet	Formalisé	Opinions dissidentes
Cour EDH	GC	Entre le juge rapporteur et le juge national	Très formalisé	Comité de rédaction Opinions séparées
	Chambre	Echanges par mail	Formalisé	Opinions séparées
	Comité		Non formalisé	Sans objet
	Juge unique	Informelle entre le juge et juriste		

9.Participants	Parties	Tiers
Allemagne	Requérants institutionnels Requérant individuel	*Recours directs :* Tiers institutionnels (Gvt fédéral ou Gvt du land…) *Tiers sollicités :* Tiers institutionnels (administration, autorités indépendantes), Associations
Belgique	Requérants institutionnels Requérants individuels (directement et défavorablement touché)	*Recours directs :* Tiers institutionnels (interv. de droit) Tiers non institutionnels (interv. soumis aux mêmes conditions que les parties)
		Renvois préj. : Parties dans des procédures analogues
Espagne	*Rec. instit :* Autorités politiques	Tiers intéressés Experts sollicités
	Rec. amparo : Personne physique ou morale (intérêt légitime), Défenseur du peuple Ministère public	

France	Requérants institutionnels (DC) Requérant individuel (QPC)	Tiers institutionnels (de droit) Tiers intéressés admis en QPC (intérêt spécial) Experts sollicités (rare) Portes étroites (informel)
Italie	Requérants institutionnels	*Recours instit* : Gvt national ou Gvt régional *Renvois préj.* : Parties au procès en cours *Amicus curiae* (en réflexion)
Pologne	Requérants institutionnels Requérant individuel	Médiateur Associations (décision du rapporteur) Tiers sollicités (juridictions internes) *Amicus curiae* (ONG)
Royaume-Uni	Particuliers Personnes morales privées Autorités publique	Tiers intervenants Associations *Amicus Curiae*
Turquie	Organes politiques Requérant individuels	*Recours en annulation ou Q° préj* : sans objet
		Recours individuels : tiers intéressés (intérêt personnel)
Cour EDH	Etat Individus Personnes morales (sauf Coll.Terr.)	Tiers privilégiés : Etats, Commissaire des DH Parties intéressées (autorisées par le Pdt) : ONG, parties au litige devant le juge national Tiers sollicités : Etat

10. Délibéré	**Durée**	**Quorum**	**Influence du Président**	**Publicité**
Allemagne	Jusqu'à plusieurs jours	6/8	Non prédominant	Délai de 60 ans
Belgique	Très variable	10/12 + Parité linguistique	Voix prépondérante Faciliter le consensus	
Espagne	Variable (1h -1 jour)	*N.C.*	Voix prépondérante	Aucune
France	½ journée	7 juges (sauf force majeure)	Voix prépondérante	Délai de 25 ans
Italie	½ journée	11 juges	Voix prépondérante	Aucune
Pologne	Plusieurs jours	11/15 pour la		

		formation pl. Tous les juges pour les autres formations		
Royaume-Uni	Sans objet			
Turquie		Majorité absolue 2/3 pour l'Ass. Pl.	Voix prépondérante	
Cour EDH	Ch. : ½ journée pour plusieurs affaires G.Ch. : ½ journée / affaire	2/3 pour l'Ass. Pl.	Voix prépondérante Faciliter le consensus	Résultat des votes

Table des matières

SOMMAIRE **5**

PRÉSENTATION DE L'ÉTUDE - FANNY MALHIÈRE **1**

OBJET ET ENJEUX DE LA RECHERCHE 1

JUSTIFICATION DU CHAMP DE L'ÉTUDE 1

MÉTHODOLOGIE ET DÉROULEMENT DE LA RECHERCHE 2

PRÉSENTATION DES RÉSULTATS DE LA RECHERCHE 6

RAPPORT COMPARATIF - FANNY MALHIÈRE **8**

I. LES MATÉRIAUX : CONTRAINTES ET RESSOURCES DE L'ÉLABORATION DES DÉCISIONS 9

A) Les recours et leur traitement par le juge *9*

1) Les différents types de recours 10

2) Les modalités de filtrage 10

a) L'organe de filtrage 12

b) Les critères du filtrage 14

c) La procédure 16

d) La décision 16

3) Les pouvoirs du juge dans le traitement de la saisine 18

a) L'usage variable des pouvoirs permettant de délimiter l'étendue du contrôle 18

b) L'usage limité des pouvoirs d'instruction 21

c) L'accroissement des pouvoirs dans la détermination des effets de son contrôle. 22

C) La diversification des sources mobilisées *24*

1) Les précédents de la cour 24

2) Les sources internationales et européennes 25

3) Les droits et jurisprudences constitutionnels étrangers 27

4) La doctrine 27

5) La jurisprudence des juridictions nationales 27

II) LES ARTISANS : APPORT ET RAPPORTS DES ACTEURS DU PROCÈS 28

A. La structure de la juridiction *29*

1) La composition de la juridiction 29

a) La désignation des juges 29

b) La place spécifique et le rôle stratégique de certains membres 32

2) Les différentes formations de jugement 35

B) L'échange contradictoire entre les parties et avec les tiers *36*

B. Une œuvre « construite » à plusieurs mains *38*

1) Une collégialité variable entre les juges 38

2) La collaboration étroite des assistants 40

3) La contribution active des parties et des tiers 41

III. L'ŒUVRE : PRODUIT ET (RE)PRÉSENTATION DES DÉCISIONS 45

A. Le produit du délibéré ? *45*

1) L'organisation du délibéré 45

a) L'étendue du délibéré 46

b) Les participants au délibéré 46

c) Le déroulement du délibéré 46
2) L'impact variable du délibéré 47
B. Le compte-rendu du contrôle 48
1) L'étendue du contrôle 48
2) La nature du contrôle 49
3) L'intensité du contrôle 50
4) Effets du contrôle 51
C. L'impact du temps et du chiffre 52
1) La contrainte des délais 52
2) Le poids de la masse contentieuse 53
D. Les outils de la diffusion 54
1) La rédaction des décisions 54
a) Les étapes et les auteurs : entre projets individuels et œuvre collégiale 54
b) La forme et le contenu : variations et rapprochements 55
2) La publication et la traduction : sélection des décisions 57
3) Les supports de communication externes : auteurs et destinataires 58
CONCLUSION 58

COUR CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE - RUTH WEBER 60
I. LE TRAITEMENT DES SAISINES : LE CARACTÈRE DE MODÈLE DU RECOURS CONSTITUTIONNEL INDIVIDUEL 62
A. Les différents types de saisine : une compétence générale de la Cour en matière de droit constitutionnel 62
B. L'importance des différentes saisines dans la pratique constitutionnelle et le traitement du flux de saisines 65
II. L'ORGANISATION ET LE FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION : LA DIVISION DE LA COMPÉTENCE DÉCISIONNELLE PAR SECTION 68
A. La formation de jugement et son influence 68
B. La composition de la Cour et l'influence de ses membres sur le processus décisionnel 70
1. Les juges – des vrais connaisseurs du droit 70
2. Le choix des juges – résultat du compromis politique 71
3. Les juges – entourés d'assistants personnels 73
III. LA PROCÉDURE : UN PROCESSUS DÉCISIONNEL SYSTÉMATISÉ ET REPARTI EN ÉTAPES 74
A. La répartition des rôles entre les juges : l'importance du juge rapporteur 74
B. La prise de décision : les différentes étapes pour l'élaboration des décisions 75
IV. L'EXERCICE DU CONTRÔLE : LE CADRE DU CONTRÔLE ET LES EFFETS DE LA DÉCISION 78
A. L'intensité du contrôle effectué et la détermination du cadre du contrôle par le juge 78
B. Les effets de la décision et l'importance de l'interprétation conforme 79
V. LA DÉCISION : L'ŒUVRE DU JUGE COMME « INSTRUMENT DE PÉDAGOGIE CIVIQUE ET DE CULTURE POLITIQUE » .80
A. La longueur des décisions et le style propre de la Cour constitutionnelle 80
B. Les opinions dissidentes comme exemple révélateur du style de la Cour constitutionnelle 82
CONCLUSION 83

COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE - MARC VERDUSSEN 86
INTRODUCTION 86
I. TRAITEMENT DES SAISINES 87
A. Une dynamique de limitation des saisines 89

1) Le filtrage des recours en annulation. 89
2) Le filtrage des questions préjudicielles. 90
B. Une dynamique d'extension des saisines 91
1) Une extension des normes contrôlées 91
2) Une extension des normes de contrôle 91
3) Une extension des moyens d'annulation 92
II. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 93
A. La composition de la Cour constitutionnelle 93
B. Le statut des juges constitutionnels 95
C. Les collaborateurs des juges constitutionnels 96
D. Les formations de jugement au sein de la Cour constitutionnelle 98
III. PROCÉDURE 99
A. Procédure et équité 100
B. Procédure et collégialité 100
1) Avant le délibéré. 100
2) Pendant le délibéré. 101
3) Après le délibéré. 101
C. Procédure et temporalité 101
IV. CONTRÔLE 101
A. Le contrôle de la Cour constitutionnelle est-il abstrait ou concret ? 101
B. Quel est l'impact du contrôle de la Cour constitutionnelle ? 102
C. Quels sont les pouvoirs de la Cour constitutionnelle ? 103
1) Reformulation de la question 103
2) Bipolarisation de la réponse 104
3) Substitution de la qualification 104
4) Modulation des effets 105
5) Réparation d'une lacune 105
V. DÉCISION 106
A. Instruction 106
B. Délibéré 107
C. Rédaction 108
TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL - JORDANE ARLETTAZ 112
I. TRAITEMENT DES SAISINES 113
A. Les différents types de saisine et de requérants 113
B. Les modalités de filtrage et de répartition des saisines 116
1) Les conditions de filtrage relativement au recours en amparo 116
2) Les conditions de filtrage dans le cadre de la question d'inconstitutionnalité 119
C. Les délais de jugement 119
D. Évolutions constatées 120
II. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION : 120
A. Composition de la juridiction 120
B. Le rôle et l'influence respectifs de chacun des acteurs de la juridiction 122
C. Composition de la formation de jugement et répartition des affaires entre les différentes formations 123

III. LA PROCÉDURE 124
A. La collégialité *124*
B. Le contradictoire *124*
C. La publicité *125*
D. La célérité *125*
IV. LE CONTRÔLE 126
A. Caractère du contrôle *126*
B. Les pouvoirs du juge *127*
V. LA DÉCISION 128
A. L'instruction *128*
B. Le délibéré *129*
C. L'œuvre *130*

CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS - ANNE-LAURE CASSARD-VALEMBOIS 133
I. TRAITEMENT DES SAISINES 134
A. Différents types de saisine *134*
B. Modalités de filtrage *143*
C. Délais de jugement *145*
D. Évolutions constatées *145*
II. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 152
A. Composition de la juridiction *152*
B. Rôle et influence respectifs de chacun des acteurs de la juridiction *158*
III. PROCÉDURE 161
A. Collégialité *161*
B. Contradictoire *162*
C. Publicité *164*
D. Célérité *166*
E. Impartialité *169*
IV. CONTRÔLE 170
A. Caractères *170*
1) La nature du contrôle 170
2) La modulation du contrôle 172
B. Pouvoirs du juge *173*
V. DÉCISION 177
A. Instruction *177*
B. Délibéré *178*
C. Œuvre *181*

COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE - JORDANE ARLETTAZ 184
I. TRAITEMENT DES SAISINES 185
A. Les différents types de saisine et de requérants *185*
B. Les modalités de filtrage et de répartition des saisines *189*
C. Les délais de jugement *191*

D. Les évolutions constatées *191*
II. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 192
A. Composition de la juridiction *192*
B. Le rôle et l'influence respectifs de chacun des acteurs de la juridiction *192*
C. Composition de la formation de jugement et répartition des affaires entre les différentes formations *193*
III. LA PROCÉDURE 194
A. La collégialité *194*
B. Le contradictoire *194*
D. La publicité *195*
E. La célérité *195*
IV. LE CONTRÔLE 195
A. Caractère du contrôle *195*
B. Les pouvoirs du juge *196*
V. LA DÉCISION 197
A. L'instruction *197*
B. Le délibéré *198*
C. L'œuvre *198*

TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL POLONAIS - MIROSLAW GRANAT 201
I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DU DROIT EN POLOGNE 201
II. TRAITEMENT DES SAISINES 203
A. Les différentes saisines *203*
B. Le filtrage des recours *206*
1. Les conditions de recevabilité 206
2. Spécificités de certaines requêtes 206
3. Organe de filtrage 207
II. ÉVOLUTION : EXTENSION DU CONTRÔLE 208
III. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 210
A. Composition de la juridiction et influence de ses membres *210*
1. La désignation des juges 210
2. Le Président et le vice-président 211
3. Les formations de jugement 214
B. Caractéristiques de la procédure *215*
1. Les pouvoirs du Tribunal 215
2. Les participants 216
3. Le délibéré 218
4. Évolution et diversité des garanties de procédure 219
IV. EXERCICE DU CONTRÔLE 220
A. Caractères du contrôle *220*
B. Issue du contrôle *221*
V. PRISE DE DÉCISION 222
A. Rôle des assistants dans l'instruction *222*
B. Attachement à la règle de l'acquis jurisprudentiel *223*

C. Influence du délibéré *224*

COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI - AURÉLIEN ANTOINE **227**

PRÉCISIONS LIMINAIRES 228

1/ Une cour constitutionnelle ? 228

2/ Une cour suprême ? 229

3/ Justifications de l'étude de la Cour suprême du Royaume-Uni 229

I. TRAITEMENT DES SAISINES 231

A. Le filtrage *231*

1. La procédure : la permission to appeal 231

2. Les conditions de fond : arguable point of law of general public importance 232

B. Les requérants et l'objet du recours *232*

1) Principe 232

2) Exceptions liées à la dévolution 233

C. Flux des saisines et évolution *234*

II. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 236

A. Composition *236*

1. Nombre de juges et statut sommaire 236

2. Procédures de nomination 237

3. Critères de sélection 238

B. Aide à la décision *240*

C. Formations de jugement et collégialité *241*

III. CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE 242

A. Publicité des échanges et des débats *242*

B. Impartialité, contradictoire et délais *243*

IV. EXERCICE DU CONTRÔLE 245

A. Nature et portée *245*

B. Intensité du contrôle *246*

C. Traitement des arguments des parties *247*

V. PRISE DE DÉCISION 248

A. Instruction *248*

B. Mise en forme de la décision *249*

C. Communication de la décision *250*

ANNEXES 251

Annexe 1 : Le système juridictionnel britannique 251

Annexe 2 : La compétence de la Cour suprême 252

Annexe 3 : Organigramme de la Cour suprême 253

Annexe 4 : Communiqué produit à l'occasion du Brexit Case sur la procédure d'élaboration du jugement 255

COUR CONSTITUTIONNELLE TURQUE - IBRAHIM Ö. KABOGLU **256**

PROPOS INTRODUCTIF 256

I. TRAITEMENT DES SAISINES 258

A) Quelles sont les modalités de filtrage et de répartition des saisines ? *258*

B) Comment ? Conditions de recevabilité, procédure suivie, décision rendue (forme) *260*

C) Répartition des affaires entre les différentes formations de jugement : *260*

D) Quelles sont les évolutions constatées dans le traitement du flux de saisines ? *261*

E) Constate-t-on des variations dans l'élaboration des décisions ? *263*
II- L'OBJET DU RECOURS 264
A. Les normes contrôlées *264*
B. Le moment de la saisine *264*
C. Les délais de jugement *265*
III. ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT DE LA JURIDICTION 266
A) Quelle composition de la juridiction et quelle influence de ses membres ? *266*
1) Juges 266
2) Président 268
3) Juge rapporteur 268
4) Assistants 269
5) Greffe 269
6) Autres acteurs 269
B) Quelle formation de jugement et quelle influence ? *270*
IV. CARACTÉRISTIQUES DE LA PROCÉDURE 270
A) Quelle est l'étendue des garanties procédurales ? *270*
1) Collégialité 270
2) Contradictoire 271
a) Pour quelles affaires ? 271
b) Entre qui ? 271
c) Sous quelle forme ? 271
3) Publicité/secret 272
a) Actes préparatoires 272
b) Débats 272
c) Délibéré 273
B) Sur ces différents éléments, quelles évolutions constate-t-on ? *273*
1) Diversification ou uniformisation des procédures ? 273
2) Renforcement ou allègement du contradictoire ? 273
3) Renforcement ou recul de la transparence ? 274
V. EXERCICE DU CONTRÔLE 274
A) Quels sont les caractères du contrôle exercé ? *274*
1) Étendue du contrôle : normes contrôlées / normes de référence, évolutions en cours ? 274
2) Nature du contrôle 275
3) Intensité du contrôle 276
B) Quels sont les pouvoirs utilisés par le juge ? *276*
1) Pour définir le cadre de son contrôle 276
2) Pour déterminer l'impact de son contrôle : 276
C) Quelles sont les évolutions de l'office du juge ? *277*
VI. PRISE DE DÉCISION 278
A) Instruction : quels sont les sources prises en compte pour juger ? *278*
1) Étendue et nature des sources 278
2) Apport et sélection des sources 278
B) Délibéré : quelles sont les contraintes pour décider ? *278*
C) Décision : comment la juridiction rend-elle compte de ses décisions ? *278*

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME - COLOMBINE MADELAINE ET AURÉLIA SCHAHMANECHE 280

INTRODUCTION 280
I. TRAITEMENT DES SAISINES 281
A) Les différents types de saisine 281
B) Le filtrage des requêtes 283
1) Évolution des organes de filtrage 284
2) Évolution des moyens de filtrage 284
C) Les délais de jugement 285
D) Les évolutions constatées 286
1) Les outils initiaux visant l'ouverture du prétoire 286
a) Les outils plus récents visant la fermeture du prétoire 287
II. L'ORGANISATION DE LA JURIDICTION 287
A) La composition de la juridiction 288
1) Les quarante-sept juges élus 288
2) Les formations de jugement 291
a) La composition des différentes formations de jugement 291
b) Les fonctions des différentes formations de jugement 292
c) Le rôle particulier de certains membres de la formation de jugement 293
B) Le fonctionnement de la juridiction 294
1) Le greffe 294
2) La Cour plénière 297
III. LA PROCÉDURE 297
A) La collégialité 297
B) Le contradictoire 298
C) La publicité 298
D) La célérité 299
E) L'IMPARTIALITE 299
IV. LE CONTRÔLE OPÉRÉ PAR LA JURIDICTION 299
A) Les caractères du contrôle 300
1) La nature du contrôle 300
2) L'étendue du contrôle 302
3) L'intensité du contrôle 303
B) LES POUVOIRS DU JUGE 304
V- LA DÉCISION 306
A) Les sources prises en compte pour juger 306
1) La diversité des sources utilisées 306
1) Les pourvoyeurs des sources utilisées 308
B) Le délibéré 308
1)Les contraintes pesant sur le délibéré 308
a) Les contraintes externes 309
b) Les contraintes internes à la juridiction 310
2) L'organisation du délibéré 311
a) Les participants 311
a) Le déroulement du délibéré 312
b) L'impact du délibéré sur la décision 313
C) L'œuvre 314
1) La mise en forme de la décision de justice 314

a) La rédaction de la décision de justice 314
b) La décision de justice adoptée 315
2) La communication de la décision de justice 316

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE 318
GÉNÉRALITÉS 318
COUR CONSTITUTIONNELLE ALLEMANDE 318
COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE 319
TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL 320
CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS 320
COUR CONSTITUTIONNELLE ITALIENNE 322
COUR SUPRÊME DU ROYAUME-UNI 322
COUR CONSTITUTIONNELLE TURQUE 323
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME 323
SITES INTERNET DES COURS 324

ANNEXES 325
1) QUESTIONNAIRE 325
2) SÉMINAIRE DE TRAVAIL 328
3) TABLEAUX DE SYNTHÈSE 333
Cadre du contrôle et traitement des saisines 333
Structure et fonctionnement de la juridiction 336

TABLE DES MATIÈRES 342

L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes

Résumé

La montée en puissance des cours constitutionnelles et européennes dans le processus de fabrication des normes, par leur activité d'interprétation - et de création – des normes suprêmes et leur pouvoir de contrôle, rend plus que jamais nécessaire la compréhension de leurs décisions. Le terme de décision désignant à la fois une action et son résultat, un processus et son aboutissement, la pleine compréhension - et acceptation - des décisions de justice ne peut se faire sans une connaissance précise de leur mode d'élaboration. Cette étude vise précisément à décrire et à comparer les modes d'élaboration des décisions des juridictions constitutionnelles et européennes, compétentes pour assurer le respect des normes suprêmes. Cette recherche a pour ambition d'identifier les éléments communs, permettant de rapprocher ces juridictions, ainsi que les spécificités propres à chacune, invitant à les distinguer. Par l'observation et la confrontation des pratiques, il s'agit de montrer et d'expliquer les différences existantes entre ces cours et de déterminer si, derrière la diversité des traditions et des systèmes juridiques, il existe des points de convergence au travail des juges.

Cette étude a été menée à travers une double approche, empirique et comparative. A partir de l'observation des pratiques et d'entretiens semi-directifs, il s'agissait de faire ressortir les contraintes matérielles et institutionnelles qui déterminent le choix du processus décisionnel, les éléments ayant un impact mesurable sur la prise de décision et les évolutions des pratiques. La confrontation des résultats devait permettre d'établir une grille de lecture des modes d'élaboration des décisions et des juridictions. Vaste chantier, l'élaboration des décisions de justice s'organise autour de trois éléments structurants - les matériaux, les artisans et l'œuvre - qui unissent et distinguent à la fois les cours constitutionnelles et européennes. Agissant à la fois comme une contrainte et une ressource pour le juge, les matériaux utilisés ont une fonction ambivalente et un impact variable sur les décisions rendues. Les acteurs du procès jouent un rôle essentiel dans ce processus. Si leur participation est conditionnée par leur statut, leur influence dépend surtout des relations qui se nouent entre eux, faisant de la décision rendue une œuvre réalisée à plusieurs mains. Malgré certains rapprochements liés à l'évolution des cours suprêmes, persistent des approches différentes du contrôle, de la collégialité ou de la rédaction des décisions. La tradition juridique, l'histoire et les contraintes propres à chaque juridiction sont de nature à expliquer ces différences. Or, le contexte d'européanisation invite à en dépasser certaines.

Responsable scientifique :

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Équipe de recherche :

Aurélien ANTOINE, Professeur à l'Université Jean-Monnet / Université de Lyon (CERCRID – UMR 5137)

Jordane ARLETTAZ, Professeur à l'Université de Montpellier (CERCOP)

Anne-Laure CASSARD-VALEMBOIS, Maître de Conférences HDR à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Miroslaw GRANAT, Professeur à l'Université de Varsovie et juge à la Cour constitutionnelle polonaise

Ibrahim KABOGLU, Professeur à l'Université de Marmara

Colombine MADELAINE, Maître de Conférences à l'Université François Rabelais de Tours (GERCIE, EA 2110)

Fanny MALHIÈRE, Maître de Conférences à l'Université de Bourgogne (CREDESPO)

Aurélia SCHAHMANECHE, Maître de Conférences à l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne (CERCRID, UMR 5137 – IDEDH EA 3976)

Marc VERDUSSEN, Professeur à l'Université de Louvain (JUR-I – CRECO)

Ruth WEBER, Doctorante en co-tutelle à l'Université Albert-Ludwigs de Fribourg en Brisgau (Allemagne) et de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Assistante de recherches à l'Unievsrité de Fribourg-en-Brigau