

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)

Mirosław GRANAT, Professeur à l'Université de Varsovie et ancien juge à la Cour constitutionnelle de Pologne

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-Brigau (Allemagne) et de l'Université Paris II Panthéon-Assas, Assistante de recherche à l'Université de Fribourg-en-Brigau

Mai 2017

Note de synthèse - Fanny MALHIÈRE

Cette étude sur l'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes a été réalisée entre 2014 et 2017 par une équipe de recherche composée d'universitaires français et étrangers - Jordane Arlettaz (Professeur à l'Université de Montpellier), Aurélien Antoine (Professeur à l'Université de Saint-Etienne), Anne-Laure Cassard-Valembois (Maître de conférences à l'Université de Bourgogne), Miroslaw Granat (Professeur à l'Université de Varsovie), Ibrahim Kaboglu (Professeur à l'Université de Marmara), Colombine Madelaine (Maître de conférences à l'Université de Tours), Aurélia Schahmaneche (Maître de conférences à l'Université de Saint-Etienne), Marc Verdussen (Professeur à l'Université de Louvain) et Ruth Weber (Doctorante à l'Université de Fribourg-en-Brigau et Paris 2)- sous la direction de Fanny Malhière (Maître de conférences à l'Université de Bourgogne).

Avant d'exposer les principales conclusions de cette recherche (IV), il convient tout d'abord d'en rappeler les objectifs et la problématique (I) puis d'énoncer et de justifier les choix méthodologiques opérés (II) ainsi que de présenter les données ou terrains ayant servi de support (III).

I. Les objectifs de la recherche et la problématique retenue

Cette recherche part d'un constat doublé d'une conviction : 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. Or, 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.

L'objectif de cette recherche consiste non seulement à décrire mais aussi à comparer les modes d'élaboration des décisions des juridictions constitutionnelles et européennes compétentes pour assurer le respect des normes suprêmes. Son ambition est d'identifier les éléments communs permettant de rapprocher ces juridictions ainsi que les spécificités propres à chacune qui conduisent 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 dans les pratiques de ces juges suprêmes. Cette comparaison doit donc permettre de déterminer s'il existe un standard commun aux juridictions constitutionnelles et européennes concernant

l'élaboration de leurs décisions ou à tout le moins un mouvement d'homogénéisation dans l'évolution des pratiques.

A cette fin, la problématique retenue porte 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". En effet il convient de repérer les facteurs et les enjeux qui entourent l'élaboration des décisions pour faire apparaître les canaux du dialogue plus ou moins étroit qui se développe entre les juges et 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.

II. L'énonciation et la justification des choix méthodologiques effectués

La construction de l'étude s'est heurtée à plusieurs difficultés tenant tant à l'objet d'étude, en raison de son étendue et de sa complexité, qu'à la méthode de travail, basée sur les témoignages des principaux acteurs de l'élaboration des décisions. La principale difficulté a porté sur la délimitation de l'objet de recherche. « *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes* » : vaste sujet qui pose d'une part la question du choix des juridictions étudiées, d'autre part le problème du champ des décisions faisant l'objet de l'étude, et enfin le défi de la délimitation du cadre de leur élaboration.

1) LE CHOIX DES JURIDICTIONS ETUDIÉES :

La recherche menée porte sur les cours constitutionnelles des Etats suivants : l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Pologne et la Turquie, sur la Cour suprême du Royaume-Uni ainsi que sur la Cour européenne des droits de l'homme.

Cette délimitation permet d'englober à la fois 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 Etat). Elle permet également de rendre compte du processus d'européanisation du droit et de la justice auquel participent ces cours puisque leurs Etats sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme. Il sera ainsi possible de montrer l'influence du système conventionnel européen protégé par la Cour de Strasbourg sur le rapprochement des modes d'élaboration des décisions rendues par les cours constitutionnelles des pays du continent européen ainsi que du Royaume-Uni et de la Turquie dont les cours présentent à la fois les caractères de cour constitutionnelle et de cour européenne.

2) LES DECISIONS ETUDIEES : TOUTES LES DECISIONS RENDUES

Bien que la recherche porte sur le processus d'élaboration des décisions et non sur les décisions elles-mêmes, il a fallu trancher la question de savoir s'il convenait de s'intéresser à l'ensemble des décisions rendues ou uniquement à certaines d'entre elles. A cette fin, deux critères ont été étudiés : 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 impact sur l'élaboration des décisions ?

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 permis de montrer que ces deux contentieux obéissent à des procédures d'élaboration distinctes (ils ne relèvent d'ailleurs 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 sont trop spécifiques et qui ne relèvent pas toujours des juridictions étudiées.

3) L'ELABORATION DES DECISIONS DE JUSTICE : LE PROBLEME DE L'ETENDUE, DE LA COMPLEXITE DU SUJET ET DE LA METHODE CHOISIE

Traiter de l'élaboration des décisions imposait tout d'abord de délimiter le cadre spatio-temporel du processus de décision. Défini comme l'ensemble des opérations matérielles et intellectuelles permettant d'aboutir aux décisions rendues, l'élaboration des décisions invitait à prendre comme point de départ la saisine du juge et comme point d'arrivée la décision rendue. Mais le sujet pouvait également conduire à envisager la prise de décision sous un angle beaucoup plus large, celui de l'organe de décision, de sa composition, du profil et du statut de ses membres, des influences externes... En effet, tous ces éléments concourent à l'élaboration des décisions et permettent d'en comprendre aussi bien la forme que le contenu. Parmi l'ensemble des éléments entourant la prise de décision, il convenait donc de repérer les éléments

déterminants du processus décisionnel, ceux ayant un impact essentiel sur les décisions rendues au sein de cet ensemble complexe. Or, cette sélection s'est heurtée à un certain nombre de difficultés :

D'une part, il semblait difficile d'exclure du champ de l'étude un certain nombre d'éléments tant le processus décisionnel est un tout dans lequel les éléments sont liés les uns aux autres. Pour appuyer cette idée, signalons le processus de réflexion lancé depuis deux ans en France au sein de la Cour de cassation qui porte à la fois sur la question du filtrage, du contrôle de la Cour, de la place des acteurs et de la rédaction des décisions.

D'autre part, une autre difficulté tenait à la **complexité du sujet et à la méthode choisie**. Il faut tout d'abord préciser que 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 menés auprès de membres et d'anciens membres des cours faisant l'objet de l'étude. Lors de ces entretiens, il s'agissait notamment de faire ressortir les contraintes matérielles et institutionnelles qui encadrent le processus décisionnel, les divers facteurs (juridiques, politiques, psychologiques, sociologiques) qui influencent les juges dans l'exercice de leur fonction.
- 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. Ce travail de comparaison avait pour objectif d'établir une typologie des modes d'élaboration des décisions et des juridictions. Il a ainsi consisté à dégager sur chaque élément du processus de décision les critères permettant de distinguer les juridictions (tradition juridique, structure interne, nature du contrôle...).

Or, la synthèse des premiers entretiens réalisés a permis de faire apparaître qu'il est difficile de mesurer et de systématiser l'impact de certains éléments. Visant à rendre compte d'une activité humaine soumise à la subjectivité des acteurs, la présente étude s'est heurtée à cette subjectivité. Mais cette difficulté a pu être surmontée.

D'une part, l'influence des orientations personnelles des juges (idéologiques ou sociologiques) peut être gommée ou relativisée par l'intersubjectivité entre les acteurs (déterminée par les rapports institutionnels et personnels entre les différents membres de la juridiction). Par ailleurs, il semble difficile de généraliser l'impact de certains éléments du processus décisionnel sur la décision rendue par le juge dont le jugement est naturellement empreint de pragmatisme et dont l'attitude peut varier selon des facteurs multiples (qualité de la saisine, poids du contexte, contrainte de temps, profil des juges...). 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 se concentrer sur des éléments structurels ayant un impact tangible sur le processus de décision.

D'autre part, si les entretiens ont fait apparaître des différences de points de vue parfois même au sein de la même cour, certaines de ces divergences peuvent s'expliquer par une position différente au sein de la juridiction selon la fonction ou le profil des personnes interrogées (en ce sens on a pu parfois constater un clivage entre les juges d'une part et les membres des services d'autre part).

Ces interrogations suscitées par les premiers résultats de la recherche ont permis de 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 le travail de 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 des pratiques. La confrontation des résultats obtenus dans ces pré-rapports a permis d'identifier certains points 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 1^{er} et 2 décembre 2016 à Paris.

III. Les terrains ou données ayant servi de support à la recherche

Le travail préparatoire à la réalisation de cette recherche a été mené à partir d'une bibliographie portant sur la justice constitutionnelle et européenne et plus particulièrement sur des travaux comparatifs déjà réalisés sur les différents éléments du processus juridictionnel.

Chaque membre de l'équipe a mené un travail sur le terrain en recueillant les données nécessaires, à l'aide de la documentation spécialisée, du fond documentaire fourni par les juridictions (sur place ou en ligne) et en s'entretenant avec des membres ou d'anciens membres de la juridiction (juges et/ou assistants) qu'il avait pour tâche d'étudier. Ce dialogue entre universitaires et praticiens, d'intensité variable selon l'ouverture des cours, a été approfondi lors du séminaire de travail évoqué précédemment. Les informations recueillies lors de ces échanges ont été complétées par les travaux de doctrine et les données fournies par les juridictions via les sites internet des cours.

Un questionnaire (v. annexe 1) a servi de cadre commun pour guider ces échanges et pour rédiger les rapports par juridiction à partir des ressources disponibles. Visant à faire ressortir les éléments marquants du processus de décision, ce questionnaire a été adapté par

chaque membre de l'équipe de recherche aux spécificités de la juridiction étudiée ce qui est de nature à expliquer les différences dans la présentation des différents rapports.

Comme cela a été dit précédemment, une rencontre a été organisée entre les membres de l'équipe de recherche et certaines personnalités représentant les juridictions étudiées. Cette rencontre a permis de croiser les regards des praticiens sur certains éléments de processus de décision identifiés par le groupe de travail et considérés comme particulièrement importants et éclairants pour comparer les cours. Préparé en amont par un travail collectif approfondi sur certains points précis du processus de décision (v. programme en annexe), ce séminaire de travail a donné lieu à des échanges fructueux permettant d'approfondir la comparaison et de mettre en évidence de nouveaux points de convergence ou de rapprochement ainsi que d'expliquer certaines divergences ou spécificités marquantes entre les cours.

IV. Les principales conclusions de la recherche et les pistes de réflexion

Les axes retenus pour rendre compte de cette étude ont été dégagés 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 a permis de formuler les conclusions suivantes :

- Premièrement, les matériaux utilisés, de plus en plus nombreux et variés, constituent à la fois le fondement et la limite des décisions rendues. Une fois passée l'étape du filtrage, la requête détermine le cadre dans le lequel le juge va exercer son contrôle. Il peut néanmoins déployer certains pouvoirs pour étendre son champ d'action. De même, les sources et les contraintes diverses qui sont prises en compte par les juges dans l'élaboration de leurs décisions peuvent avoir un impact variable sur leur contrôle, en enserrant dans des limites ou au contraire en le libérant du carcan normatif classique. 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. Depuis une vingtaine d'années, c'est surtout 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'europeanisation 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.

- Deuxièmement, les artisans jouent incontestablement un rôle essentiel dans le processus de décision. L'enjeu de cette étude était d'identifier précisément ces acteurs et d'analyser l'apport respectif de chacun au sein des différentes cours. La répartition des rôles et les rapports entre eux sont apparus comme des données essentielles pour comprendre l'élaboration des décisions. Indépendamment de la fonction et du statut de chacun, c'est surtout la nature des relations qui se nouent entre les différents acteurs du procès, aussi bien à l'intérieur de la juridiction (entre les juges et avec les assistants) mais aussi vis-à-vis de l'extérieur (des parties et des tiers) qui prime sur la fabrication concrète des décisions. La décision rendue est en effet une œuvre réalisée à plusieurs mains. Au-delà de l'origine et du profil de ses membres, la structure et le fonctionnement de la juridiction déterminent la façon dont s'organise les rapports entre eux. A cet égard, c'est l'intensité de la collégialité, variable selon les cours, qui a retenu notre attention. Concernant les tiers et les parties, l'étude révèle également d'importantes différences entre les cours concernant l'admission et la formalisation de leurs interventions, et fait état des perspectives d'évolution devant certaines cours en la matière.

- Enfin, troisièmement, l'œuvre produite, en dépit des points communs liés à l'exercice du contrôle et aux normes mobilisées, reste une œuvre originale, faite par une juridiction dans un contexte particulier et au terme d'un processus unique. 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. L'organisation du délibéré ou la rédaction des décisions dans chaque juridiction présentent des spécificités liées à l'organisation et au fonctionnement des juridictions mais aussi à la conception qu'elle se font de leur mission. Façonnées par leur mode d'élaboration, les décisions sont à la fois le résultat et la représentation de ce processus. 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. Si cette idée a pu être éprouvée et confirmée par cette étude, on a pu également renverser la problématique en observant que 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 ne reflète pas toujours l'ensemble du processus (notamment l'ensemble des sources prises en compte et des discussions entre les acteurs).

En conclusion, 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 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 chaque juridiction permet 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 certains rapprochements 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 méthodes de contrôle comme le contrôle de proportionnalité, enrichissement des sources et subjectivisation du contentieux) mais aussi à la mission et à place particulière de ces juridictions suprêmes (prise en compte du contexte européen et des conséquences politiques de leurs décisions, réflexion en cours dans plusieurs certaines juridictions sur la place des tiers extérieurs...). Cette étude a également révélé l'intérêt croissant des cours pour les pratiques de leurs homologues, signe que ces cours ne sont pas des tours d'ivoire mais ont au contraire le souci de développer leurs relations, de manière bilatérale ou via des réseaux de juges suprêmes. Face à des problématiques communes, les cours ont tout intérêt à s'inspirer les unes des autres et les discussions qui ont pu avoir lieu dans le cadre de cette étude ont 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 aux observateurs de prendre conscience du poids culturel des traditions et de l'impact de certaines contraintes sur la façon dont sont fabriquées les décisions.