



Centre de Théorie et Analyse du Droit

UMR CNRS 7074

**LA MOTIVATION DES DECISIONS DE JUSTICE, ENTRE EPISTEMOLOGIE SOCIALE ET
THEORIE DU DROIT.**

LE CAS DES COURS SOUVERAINES ET DES COURS CONSTITUTIONNELLES

RAPPORT FINAL

Avril 2013

Mathilde Cohen, CNRS et University of Connecticut

Pasquale Pasquino, CNRS et New York University

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

AUTEURS :

Mathilde Cohen, chargée de recherche au CNRS (Centre de théorie et analyse du droit) en détachement et Maître de conférence en droit à l'University of Connecticut, Etats-Unis

Pasquale Pasquino, directeur de recherche au CNRS (Centre d'études sociologiques et politiques Raymond Aron) et Professeur associé en sciences politiques à la New York University, Etats-Unis

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 210 05 25 29). Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

PREFACE DE MATHILDE COHEN

Ce rapport se présente se situe, comme mes recherches antérieures, au croisement de la philosophie, de la sociologie, et du droit puisque je travaille sur la notion de motivation des décisions de justice depuis 2004¹. Jusqu'à présent, toutefois, ma posture théorique a été la suivante : j'ai avant tout cherché à défendre à défendre des thèses philosophiques en utilisant le droit comme champ d'investigation privilégié. Ce qui m'intéressait dans mes publications antérieures sur la notion de motivation était de poser des questions philosophiques et conceptuelles, mais d'y répondre en ayant recours à une réflexion reposant, en partie du moins, sur des analyses empiriques tirées du champ juridique.

Ce rapport propose ici la méthode inverse, dans la mesure où la convention de recherche avec la Mission de recherche Droit et Justice m'a permis de procéder moi-même à une enquête socio-juridique, tout en m'appuyant sur les méthodes et les concepts juridiques développés dans mon travail passé, ainsi que sur l'arrière-fond philosophique de problèmes que j'ai reconstitués dans la théorie de la motivation en droit. C'est donc à partir de l'étude d'un cas — celui des cours souveraines et en particulier d'une comparaison entre les trois cours souveraines françaises (la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel), d'une part, et des cours étrangères (la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour suprême des Etats-Unis), d'autre part — que j'élabore ici une analyse des modes de production de la motivation, qui se situe au croisement d'études de type sociologique sur la culture organisationnelle interne des cours et de la philosophie politique contemporaine.

En raison de ma posture théorique singulière et de mon long travail antérieur sur la motivation des décisions de justice, mon collègue (Pasquale Pasquino) et moi-même avons décidé de présenter ce rapport en deux parties distinctes, chacune rédigée par l'un d'entre nous. Ce format non-conventionnel nous permet ainsi à chacun de développer une examen original de la notion : tandis que Pasquale Pasquino met en œuvre son approche de politologue, je développe une optique à la fois comparée et empirique.

¹ Voir notamment Mathilde Cohen, *Giving Reasons : Why and How Public Institutions Justify Their Decisions*, Thèse de doctorat, Columbia University, 2009 ; « Giving Reasons in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, 2008, pp. 257-276 ; « Reasons for Reasons », in Dov M. Gabbay *et al*, eds., *Approaches to Legal Rationality*, Dordrecht ; New York : Springer, 2010, p. 119.

Rapport de Mathilde Cohen

Sommaire

Rapport de Mathilde Cohen	3
Introduction	6
1—Définition de l'objet de recherche	6
2—Quelles cours souveraines ?	9
3—Méthodologie	12
Chapitre 1 : Histoire et théorie de la notion de motivation	16
1—Hypothèse socio-théorique : l'essor de la motivation, indissociable de l'essor des cours souveraines.....	16
2—La position spécifique des cours souveraines.....	20
3—Petite histoire de la motivation	22
1—Sur l'histoire tortueuse du principe de motivation en droit français.....	22
2—Le principe de motivation depuis la Révolution française.....	30
3—Conséquence de cette histoire sur la motivation à la française	32
4—Une fonction de communication de la motivation	34
1—Communication interne.....	35
2—Communication externe.....	37
Chapitre 2 : Deux types de cultures organisationnelles internes aux cours souveraines	41
I—De la motivation comme notion juridique à la motivation comme production professionnelle.....	41
II—La culture organisationnelle <i>ex ante</i>	46
1—L'instruction : une phase individuelle ou par « petit groupe » ?.....	46
2—Une phase collective : réunions, audience, délibéré.....	58
III—La culture organisationnelle <i>ex post</i>	67
2—La phase collective : certiorari, audience publique, et délibéré.....	71
3—La motivation par petit groupe	76
Chapitre 3 : Enjeux et problèmes communs	83
I—Désaccord interne ou désaccord externe : où se trouve la collégialité?	83
1—Une dialectique entre l'influence de chaque juge considéré individuellement et l'influence collective du collègue	83
2—Désaccord interne et désaccord externe	88
II—Des juges auteurs ou éditeurs ?	89
1—L'avènement des juges-éditeurs.....	90
2—Pourquoi les juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation restent-ils des auteurs ?95	
L'importance du profil socio-professionnel des juges.....	96
III—Motiver moins ou motiver mieux ?	101
1—Sélection discrétionnaire des requêtes	103
2—Filtrage partiel et aiguillage des dossiers vers différents niveaux de traitements	105
IV—Le cas particulier des cours internationales : la motivation comme instrument d'uniformisation	109
1—Éléments de diversité.....	109
2—La motivation comme facteur d'uniformisation	110
Conclusion	116
Bibliographie	117

Rapport de Pasquale Pasquino 128

Introduction

L'un des événements juridiques les plus marquants de la seconde moitié du vingtième siècle en Europe a été le développement et l'extension de la pratique de la motivation des décisions, à tous les niveaux des institutions publiques, qui résulte, plus ou moins directement, de l'avènement de la justice constitutionnelle et supranationale et de son influence sur les cours souveraines, y compris celles, nationales, qui n'opèrent pas de contrôle de constitutionnalité². Cette introduction présente tout d'abord le cadrage théorique de la recherche, par le biais d'une définition de la notion de motivation, avant de rappeler la méthodologie qui a été mise en œuvre.

1—Définition de l'objet de recherche

En principe, une décision de justice tranche un litige par une décision, c'est-à-dire par le dispositif. Mais les grandes cours souveraines d'aujourd'hui — nationales ou internationales — sont soumises à une obligation de motivation, que celle-ci relève d'une norme internationale³, constitutionnelle⁴, législative⁵, procédurale⁶, ou coutumière⁷. Qu'entend-on au juste par « motivation » des décisions de justice ? La notion de motivation est ambiguë : elle réfère tantôt aux *raisons* qui sont avancées pour justifier le jugement par lequel une juridiction termine une instance, tantôt aux *mobiles* psychologiques de la personne chargée de prendre la décision. La première acception est cognitive, tandis que la seconde est psychologique. En droit, on appelle « motiver » l'opération qui consiste pour le magistrat, l'administrateur ou le législateur à donner les *raisons* de fait et de droit qui justifient sa décision d'un point de vue *normatif*, c'est-à-dire qui montrent que celle-ci est correcte au regard de normes établies (qu'il s'agisse de normes strictement juridiques ou de normes éthiques, politiques, économiques, sociales,

² Il est nécessaire de rappeler que l'expression *juridiction constitutionnelle* « désigne l'ensemble des juridictions chargées de la justice constitutionnelle : sont ainsi des juridictions constitutionnelles aussi bien, dans le système américain, les tribunaux et cours investis de cette mission (et au premier rang de ceux-ci la Cour suprême) que, dans le système européen, les cours, tribunaux et conseils constitutionnels ». Louis Favoreau, « Juridiction constitutionnelle », in Olivier Duhamel et Yves Meny, dir., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : P.U.F., 1992, p. 547.

³ Voir par exemple l'article 36 du statut de la Cour de justice des communautés européennes, l'article 74 du règlement de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore l'article 56, alinéa 1er du statut de la Cour internationale de justice.

⁴ A titre d'exemples, l'article 149 de la Constitution belge impose à tous les juges de motiver leurs jugements et à les prononcer en public ; l'article 111-6 de la Constitution italienne dispose que « Toutes les mesures juridictionnelles doivent être motivées. ».

⁵ En France, l'obligation de motivation pour les juridictions judiciaires et administratives est d'ordre législative. Voir Nouveau code de procédure civile, Art. 455; Code de Procédure Pénale, arts. 485 et 593, Code de justice administrative, art. 9.

⁶ Le Conseil constitutionnel est soumis à une obligation de motivation par l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958, qui précise à l'article 20 que « la déclaration du Conseil constitutionnel est motivée ».

⁷ Pour le juge administratif, la motivation d'une décision juridictionnelle s'impose même sans texte au titre d'une règle générale de procédure. CE, 2 août 1924, *Dame Paquin* (« une règle générale de procédure s'imposant même sans texte à toutes les juridictions ») ; CE, 1er mars 1935, *Platon*, Rec. 270.

etc.)⁸. En psychologie, on appelle « motivation » l'ensemble des considérations qui expliquent, d'un point de vue *descriptif*, l'action d'un individu, c'est-à-dire qui font connaître les mobiles et les circonstances qui l'ont conduit à agir. Or, comme en témoigne l'usage actuel des termes « motifs » et « motivation » chez les juristes, il y a parfois confusion entre leur acception cognitivo-juridique et leur acception psychologique⁹. Par exemple, dans son article fondateur sur la notion de motivation juridique en France, Tony Sauvel comprend la motivation juridique en un sens psychologique : « les motifs bien rédigés doivent nous faire connaître avec fidélité toutes les opérations de l'esprit qui ont conduit le juge au dispositif adopté par lui »¹⁰.

Une précision à la fois terminologique et conceptuelle s'impose donc. Le terme technique de « motivation » n'existe pas dans tous les systèmes juridiques, loin de là : il ne constitue une catégorie juridique spécifique que dans les pays dits de droit civil¹¹. Là où les juristes civilistes parlent de « motifs » et de « motivation » des décisions de justice, les Anglo-Saxons parlent quant à eux de « raisons » (« *reasons* ») et de « donner des raisons » (« *giving reasons* »). Les termes anglais « *motive* » et « *motivation* » ne dénotent pas des concepts spécifiquement juridiques dans la *common law*. Tout au plus ces mots sont-ils utilisés pour décrire les *mobiles* psychologiques qui auraient incité un décideur à trancher le litige d'une certaine façon.

En un sens, l'usage anglo-saxon du terme de *raison* est préférable, même s'il n'est pas non plus dénué de toute ambiguïté. On réfère en effet à la notion de raison à la fois pour expliquer et pour justifier le comportement des individus. Une raison « explicative », que l'usage courant désigne aussi par « motif » ou « mobile », est une considération ou un fait qui historiquement a conduit un individu à agir ou à se décider d'une certaine façon. Une raison « justificative » est une considération avancée par un individu pour montrer que son action ou sa décision est valable ou souhaitable en fonction d'un système axiologique donné. Mais lorsqu'ils parlent de « *reason-giving* » dans le contexte des juridictions, les juristes anglo-américains utilisent le concept de raison de façon univoque pour désigner les raisons *justificatives* et non pas les raisons explicatives. De façon similaire, à travers cette recherche sur la motivation des décisions des cours souveraines, je m'intéresse à la motivation en son premier sens de raisons visant à justifier une décision, non pas subjectivement, mais en prétendant à l'objectivité dans le domaine juridique considéré.

⁸ Toutefois cet amalgame n'est pas récent et n'est pas l'apanage des juristes. On observe ce glissement dans la langue courante dès la fin du XVIII^e siècle. Voir Jean-François Féraud, *Dictionnaire critique de la langue française*, Mossy, 1787-1788, article « Motif », p. B693a : « *Motiver*, c'est rapporter les raisons, les motifs d'un avis, d'un arrêt. Tous les Conseillers *motivèrent* leur avis ». On constate une évolution similaire dans la cinquième édition du *Dictionnaire de l'Académie française*, 1798, article « Motif », p. 132 : « On appelle *Motif de crédibilité*, ce qui peut raisonnablement porter à croire une chose, indépendamment des preuves démonstratives ; et cela se dit principalement en parlant des preuves de la vérité de la Religion. ».

⁹ En droit français, le « motif » est défini comme la « raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif ». Voir Nouveau Code de procédure civile, art. 455.

¹⁰ Tony Sauvel, « Histoire des jugements motivés », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 71, 1955, p. 5.

¹¹ À l'obligation de motiver en droit français correspondent des catégories linguistico-juridiques très proches dans les autres pays de droit civil et de langue latine : *obligo di motivazione* en portugais, *motivación* en espagnol et *motivazione* en italien, par exemple.

Les participants au colloque sur la motivation organisé par l'Association Henri Capitant en 1998 s'étaient mis d'accord pour adopter la définition suivante de la motivation : « l'ensemble des motifs d'un jugement » où motif est défini comme la « raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif (*Nouveau Code de procédure civile*, art. 455) ; dans leur ensemble, raisons (nécessaires ou surabondantes, exactes ou erronées, suffisantes ou non) que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait. »¹². Cette définition, autant utile soit-elle, reste trop générale. Il ne suffit pas de fournir n'importe quel type de raison pour qu'une décision soit motivée : la raison avancée doit posséder un lien d'une certaine nature avec la question considérée (par exemple, une décision portant sur la validité d'un contrat public ne saurait être motivée par une règle du Code civil concernant les régimes matrimoniaux, ou encore, une décision de condamnation pénale qui justifierait la culpabilité du prévenu sur la base de sa couleur de cheveux serait motivée, mais de façon arbitraire). Le lien spécifique qui doit exister entre une décision et sa motivation peut être qualifié de « lien par domaine » : le motif de droit doit relever du même champ juridique que la décision à motiver, tandis que le motif de fait doit être pertinent au regard des circonstances qui font l'objet du litige. Mais ce lien, en lui-même, est encore insuffisant : pour reprendre l'exemple de la motivation d'une décision portant sur la validité d'un contrat public, il ne suffit pas de citer n'importe quelle règle du droit des contrats publics. La règle choisie doit posséder certaines relations logiques avec la décision à motiver.

Cette première définition de la motivation étant trop formelle et abstraite pour cerner le cœur de la motivation, certains juristes ont considéré qu'une définition matérielle serait préférable. Ainsi, Michel Troper propose une définition qui s'inscrit dans la lignée de Hans Kelsen : « tout discours tendant à justifier une décision quelconque en montrant qu'elle est conforme ou compatible avec une norme supérieure »¹³. Selon lui, l'élément essentiel d'une motivation est la justification par une raison juridique certes, mais une raison juridique d'un certain type, c'est-à-dire, en l'occurrence, d'un type *hiérarchiquement supérieur*. La motivation par une norme appartenant à un même domaine ou par une norme d'un même niveau hiérarchique ne suffit pas. Une décision motivée est une décision conforme à l'ordonnement juridique, donc conforme à une norme supérieure. Pourtant, si cette définition kelsénienne peut à la rigueur être défendue à propos du droit français et des pays de droit civil en général, elle est plus difficilement applicable aux systèmes de *common law* où les règles du précédent et de la *stare decisis* impliquent qu'une décision de justice est souvent motivée par référence à des précédents de même niveau hiérarchique. Cette définition matérielle risque donc de se révéler trop spécifique pour pouvoir servir de définition de travail dans une analyse comparée des cours souveraines. En effet, il nous faudrait une définition qui puisse à la fois s'appliquer aux phénomènes de motivation caractéristiques du droit français, mais aussi satisfaire aux exigences du concept de motivation dans d'autres systèmes juridiques, comme ceux de la *common law*.

¹² Association Henri Capitant, *La Motivation. Tome III/Limoges-1998*, Paris: L.G.D.J., 2000, p. 1.

¹³ Michel Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », in Chaïm Perelman, dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 287.

Dans l'état actuel de mes recherches, je pense donc que la meilleure définition de la motivation pourrait s'exprimer de la façon suivante : « discours tendant à justifier une décision en montrant qu'elle est conforme ou compatible avec *une norme plus générale* ». Cette définition s'inspire des théories du juriste américain Frederick Schauer, qui développe l'idée selon laquelle donner des raisons pour justifier une action ou une décision constitue avant tout un effort de généralisation¹⁴. Lorsque l'on avance une raison militante en faveur d'un raisonnement ou d'un plan d'action, cette raison est *a priori* plus générale que la conclusion qu'elle justifie. Par exemple, on justifiera dans un cas particulier l'interdiction de discriminer sur la base du genre entre deux candidats à l'embauche par le principe plus général de l'égalité entre les sexes. Habituellement, lorsque nous disons qu'un terme est plus général qu'un autre, nous voulons dire que le premier englobe le second, comme dans : « genre humain \supset bipèdes ». La même chose est vraie des règles juridiques : « Si Paul est coupable de vol et s'il est mineur, il ne doit pas être puni » est moins général que « Si X est coupable de vol, X doit être puni, sauf exception ». Quand un juge motive sa décision, il fait ordinairement référence, soit à une règle préexistante sous laquelle le cas présent peut être subsumé — ou avec laquelle il peut être comparé —, soit à une nouvelle règle qui inclut d'autres cas outre celui analysé *hic et nunc*. Donner une raison en faveur d'un cas particulier consiste donc à transcender ce cas particulier.

Pour conclure cette analyse préliminaire, la définition de travail de la notion de motivation utilisée au cours de cette recherche comporte deux éléments essentiels : 1) Une motivation doit reposer sur des raisons d'une certaine nature, c'est-à-dire relevant d'un certain domaine. Un argument qui constitue une raison juridiquement acceptable pour décider *p* dans un cas n'est pas nécessairement valable pour justifier la même décision dans d'autres circonstances. En ce sens, la motivation est dépendante de son contexte. 2) Une motivation doit reposer sur des raisons qui entretiennent certaines relations logiques avec la décision à motiver. Ces relations sont soit des relations hiérarchiques (norme supérieure), soit des relations d'inclusion (norme plus générale).

2—Quelles cours souveraines ?

Cette recherche porte sur l'histoire et l'analyse des décisions des cours souveraines et vise en particulier à comparer les trois cours souveraines françaises (la Cour de cassation, le Conseil d'Etat, et le Conseil constitutionnel), d'une part, avec un certain nombre de cours étrangères (la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour suprême américaine, à titre principal, mais aussi avec la Cour suprême du Royaume Uni, à titre subsidiaire). Ce qui ne saurait manquer de frapper le juriste à la lecture de cette liste de juridictions est son caractère disparate. Celui-ci aurait bon droit de s'exclamer : « Mais comment peut-on mettre dans un même sac des cours suprêmes nationales type Cour de cassation, des cours supranationales type Cour européenne des droits de l'homme et des cours

¹⁴ Frederick Schauer, « Giving Reasons », *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995, p. 644.

constitutionnelles spécialisées type Conseil constitutionnel ? Quel est le rapport entre des juridictions si hétérogènes ? ».

Il convient en effet de préciser les différences qui distinguent ces cours et les raisons pour lesquelles on a néanmoins choisi de les étudier ensemble. Commençons par caractériser leurs différences :

— Cour suprême¹⁵. Une cour suprême est une juridiction de dernier ressort située au sommet de la hiérarchie judiciaire, l'exemple paradigmatique étant la cour suprême américaine, puisqu'il n'existe qu'une seule juridiction supérieure dans le système judiciaire états-unien. En France, une cour est dite « suprême » lorsqu'elle se situe au sommet d'un ordre juridictionnel, alors qu'il existe une autre cour, elle-même suprême pour un autre ordre de juridiction, qui vient limiter la suprématie de la première. La Cour de cassation française est ainsi au sommet des tribunaux et des cours d'appel de l'ordre judiciaire tandis que le Conseil d'Etat est la juridiction suprême dans les contentieux d'ordre administratif.

— Cour supranationale. Une cour internationale est le résultat d'un traité entre Etats souverains qui décident de se doter d'un organe juridictionnel commun compétent pour trancher les litiges résultant de l'application d'un traité international. Une cour internationale devient « supranationale » lorsqu'il existe une intégration mutuelle entre la jurisprudence de la cour internationale et les ordres juridiques nationaux des Etats membres, par le biais, par exemple de l'« effet direct » des décisions de la cour supranationale, par l'existence d'un droit de recours individuel par les citoyens des Etats membres, ou encore par la supériorité hiérarchique des décisions de la cour supranationale sur les cours souveraines nationales. Dans le domaine juridique européen, la définition de « cour supranationale » décrit normalement la Cour de justice de l'Union européenne, alors que la Cour Européenne des droits de l'homme serait plutôt une cour internationale¹⁶. Néanmoins, au moment actuel de l'intégration européenne, dès lors que la CEDH a atteint dans les systèmes juridiques des Etats signataires un niveau au moins supralégislatif, parfois même constitutionnel, et que la Cour de Strasbourg remplit le rôle d'une sorte de « quatrième niveau de juridiction », il est généralement admis que l'on puisse utiliser la définition de cour supranationale pour caractériser cette dernière.

¹⁵ Voir Pelayia Yessiou-Faltsi, dir., *The role of the supreme courts at the national and international level : reports for the Thessaloniki International Colloquium, 21-25 may 1997*, Thessalonique : Sakkoulas, cop., 1998.

¹⁶ En principe les, arrêts de la CEDH ne tranchent *stricto sensu* que le cas d'espèce; ils n'ont qu'un caractère déclaratoire et n'ont pas, en tant que tel, et sous réserve de ce que peut prévoir tel ou tel système juridique national, d'incidence directe sur le droit interne. Les interprétations dégagées par la Cour ont toutefois une autorité dite de la « chose interprétée » qui conduit très souvent les autorités judiciaires nationales à considérer que les interprétations de la Cour s'imposent en tant qu'interprétation authentique de l'instrument juridique international.

— Cour constitutionnelle¹⁷. L'idée même de Cour constitutionnelle, c'est-à-dire de tribunal spécialisé habilité à contrôler la conformité des lois et règlements à la Constitution, est de facture relativement récente. La paternité de la notion de justice constitutionnelle, au sens où un système juridique disposerait d'un tribunal constitutionnel distinct de l'appareil juridictionnel de droit commun, et ayant l'autorité de contrôler la constitutionnalité des normes législatives et réglementaires, est généralement attribuée au théoricien du droit Hans Kelsen, qui fut aussi le premier président et père fondateur de la Haute cour constitutionnelle autrichienne¹⁸. Le modèle kelsénien ou « européen » s'oppose au système dit « américain » dans lequel la justice constitutionnelle est confiée à l'ensemble de l'appareil juridictionnel ordinaire. Dans le modèle européen, contrairement au modèle américain, il n'existe pas de cour suprême généraliste au sommet de la hiérarchie juridictionnelle, mais une juridiction constitutionnelle située en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci¹⁹.

Les cours supranationales et les cours constitutionnelles spécialisées sont des tard-venues dans le paysage juridique. La Cour de justice de l'Union européenne remonte à 1952 tandis que la Cour européenne des droits de l'homme, initialement créée en 1959, n'acquiert son statut actuel de juridiction indépendante qu'en 1998 avec le Protocole 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui élimine l'étape préliminaire de la Commission des droits de l'homme et fait de la CEDH une juridiction unique et permanente²⁰. La première juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement des contentieux constitutionnels fut la Haute cour constitutionnelle d'Autriche, établie en 1920. Les cours constitutionnelles se multiplièrent dans la deuxième moitié du vingtième siècle et se répandirent notamment en Europe à chaque vague de démocratisation, par exemple en Espagne et au Portugal dans les années 1970 et en Europe de l'Est après 1989²¹. Ces cours constitutionnelles diffèrent souvent du modèle kelsénien, mais elles partagent généralement des caractéristiques qui les distinguent de la Cour suprême américaine, notamment le fait qu'elles détiennent en principe le monopole de l'application des normes constitutionnelles, puisque les tribunaux ordinaires de leurs systèmes juridiques respectifs ne sont pas habilités à contrôler la conformité des lois ou

¹⁷ Voir Lech Garlicki, « Constitutional courts versus supreme courts », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, 2007, pp. 44-68.

¹⁸ L'article fondateur de Hans Kelsen sur le sujet est le suivant : « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Vol. 45, 1928, pp. 197-257. Voir aussi Hans Kelsen, « Judicial Review of Legislation : A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, Vol. 4-1, 1942, pp. 183-200. Kelsen utilise l'expression *Verfassungsgerichtsbarkeit* pour désigner la notion de justice constitutionnelle.

¹⁹ Voir Constance Grewe, Olivier Jouanjan, Eric Maulin, Patrick Wachsmann, dir., *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz : Paris, 2005.

²⁰ Conseil de l'Europe, éd., *Human Rights: A Continuing Challenge for the Council of Europe*, Strasbourg : Council of Europe Press, 1995, p. 9.

²¹ Voir Bojan Bugarcic, « Courts as Policy-Makers : Lessons from Transition », *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, 2001, pp. 247-288 ; Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago : University of Chicago Press, 2000 ; Wojciech Sadurski, dir., *Constitutional Justice, East and West : Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, La Haye et New York : Kluwer Law International, 2002.

du règlement à la Constitution.

Historiquement, les cours supranationales et constitutionnelles procèdent d'un même mouvement de rejet des institutions d'avant-guerre. Le continent européen a été dévasté par la deuxième guerre mondiale : pour renouveler les efforts de paix et de coopération après la fin du conflit, les dirigeants de la région s'attachent à ériger des institutions garantes de la démocratie, tant au plan interne qu'externe. La traduction de cet effort en matière juridictionnelle est la création de cours constitutionnelles dans l'ordre juridique interne afin de garantir la protection des droits fondamentaux, et la participation aux nouvelles cours supranationales au niveau externe afin de préserver la paix et la coopération économique dans la région européenne²². Mais ces nouvelles cours ne sont pas sans rivales. Elles voient le jour alors que chaque Etat est riche d'une longue tradition juridictionnelle et possède généralement une ou plusieurs cours suprêmes à la légitimité déjà bien établie. C'est dans ce contexte que la comparaison entre cours souveraines trouve son sens. Comme on y reviendra dans le premier chapitre, du point de vue de l'étude de la motivation, la similitude essentielle entre cours supranationales, constitutionnelles et suprêmes est que celles-ci sont toutes « souveraines » au sens où leurs décisions sont rendues en dernier ressort et sont insusceptibles de recours.

La question qui sous-tend cette recherche est donc la suivante : les juges motivent-ils leurs décisions de façon spécifique lorsque celles-ci sont insusceptibles de recours ? Autrement dit, est-ce que, lorsqu'il s'agit de motiver les jugements, la position d'une cour comme « souveraine » transcende des différences aussi fondamentales que celles qui opposent cours suprêmes, cours supranationales et cours constitutionnelles ?

3—Méthodologie

La méthodologie de la recherche est double, à la fois empirique et comparative.

1—Approche empirique : il s'agit avant tout de donner la parole aux auteurs des motivations, les juges et leurs assistants eux-mêmes, car le débat doctrinal sur la motivation reste trop souvent théorique et éloigné des techniques professionnelles de production des motivations. Mon travail a donc consisté en partie à mener des entretiens semi-directifs auprès d'une série d'acteurs juridiques impliqués dans la motivation des décisions (magistrats, personnel des services juridiques des cours tels que les *clerks* américains ou les référendaires européens, etc.). Cette approche empirique est combinée à une démarche plus classique au sens où j'ai également procédé à une recension et à une analyse critique des sources juridiques et doctrinales.

²² Ainsi dans son rapport présenté à l'assemblée consultative du Conseil de l'Europe le 5 septembre 1949 portant sur la création du Conseil de l'Europe et d'une nouvelle Cour par le traité de Londres, le délégué français Pierre-Henri Teitgen souligne dans le Préambule « la volonté commune des Etats Membres de bâtir l'Union Européenne selon les principes du droit naturel, de l'humanisme et de la démocratie » et la consolidation du « sentiment de sécurité de leurs ressortissants. »

2—Approche comparée : par ailleurs, il n'existe pas une seule et même technique de motivation que l'on retrouverait à l'identique dans toutes les cours souveraines : chaque système juridique, voir chaque cour, a développé au fil du temps une forme d'idiosyncrasie en la matière. C'est pourquoi, en tant que tel, mon parti pris d'entreprendre une étude mêlant cours françaises et étrangères implique l'adoption d'une démarche de droit comparé.

METHODE EMPIRIQUE

La partie empirique de la recherche s'est concentrée sur trois « terrains » principaux, destinés à illustrer les trois systèmes juridiques comparés à titre principal, à savoir le droit français, le droit européen et le droit américain. Mon collègue Pasquale Pasquino et moi avons passé chacun plusieurs journées d'observation au Conseil d'Etat et à la CEDH. Ce travail d'observation a été complété par dix-sept entretiens réalisés, certains conjointement par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino, et d'autres par l'un ou l'autre individuellement.

Les entretiens, de type semi-directif, ne prétendent pas constituer des entretiens biographiques destinés à dégager des tendances lourdes en fonction de facteurs précis. Ils visent avant tout à collecter des représentations, des explications, des justifications du travail de motivation des décisions de justice opéré par les magistrats et le personnel non judiciaire (par « personnel non judiciaire », je désigne tous les employés d'une juridiction, temporaires ou permanents, qui ne sont pas juges, mais qui participent néanmoins, à des degrés divers, au processus de production des décisions). Le matériau empirique finalement retenu pour cette recherche article consiste essentiellement en des entretiens, beaucoup moins en observation d'audiences ou de la vie de la juridiction. En ce sens, je prétends étudier des points de vue justificatifs *ex post* à propos de l'activité des magistrats, plutôt que cette activité elle-même.

1- Terrain français : le Conseil d'Etat

Dans une première phase, Pasquale Pasquino et moi-même avons initié notre enquête au Conseil d'Etat, où nous avons réalisé trois séries d'entretiens, complétés par deux journées d'observation qui nous ont permis d'assister aux réunions de travail d'une sous-section. Par ailleurs, en décembre 2010, je me suis glissée dans la peau des stagiaires de l'EFB (École de Formation professionnelle des Barreaux de la Cour d'Appel de Paris) qui effectuent leur stage dans une juridiction administrative. En effet, avant que leur stage ne débute, le Conseil d'Etat leur dispense une semaine de formation, qui comprend une journée dédiée à la motivation des décisions de justice (enseignée par un conseiller d'Etat et intitulée « La rédaction de la motivation des décisions juridictionnelles »). Cette formation m'a permis non seulement de m'initier à la technique de rédaction couramment utilisée par les magistrats administratifs, mais aussi de m'éclairer sur la façon dont les magistrats eux-mêmes perçoivent leur rôle en matière de motivation.

2- Terrain européen : CEDH et CJUE

Nous avons effectué deux voyages à Strasbourg afin d'enquêter sur les pratiques de motivation de la CEDH. Cela nous a donné l'occasion de passer deux journées à observer la Cour de l'intérieur, en particulier le fonctionnement du greffe, de parcourir les espaces communs, ainsi que de visiter certains des bureaux des juges et des juristes du greffe. Le 7 janvier 2011, nous avons réalisé deux premiers entretiens avec des juges de la Cour. Le 14 juin 2011, nous avons réalisé un entretien avec un troisième juge de la Cour ainsi que deux entretiens avec des juristes du greffe issus de deux pays différents. Par ailleurs, afin de confirmer notre intuition selon laquelle la CEDH connaît un système de motivation singulier par rapport au modèle de la communauté européenne, nous avons réalisé un entretien avec un ancien référendaire de la CJUE le 15 décembre 2011.

3- Terrain états-unien : la Cour suprême américaine

À l'occasion d'un séjour de recherche aux Etats-Unis durant l'automne-hiver 2010, nous avons pu mener l'essentiel de notre travail d'enquête sur la motivation des décisions de justice dans un système de *common law*. Le 14 octobre 2010 nous avons ainsi réalisé un entretien avec un juge fédéral américain. Nous avons aussi réalisé quatre entretiens avec des anciens *clerks* de la Cour suprême :

- Le 29 novembre 2010, nous avons rencontré une personne ayant été *clerk* en 2002-2003.
- Le 3 décembre 2010 nous avons réalisé une personne ayant été *clerk* en 2007-2008.
- Le 7 décembre 2010 nous avons rencontré une personne ayant été *clerk* en 1957-1958.
- Le 21 octobre 2011 nous avons rencontré une personne ayant été *clerk* en 1978-1979.

4-Autres terrains : éléments de comparaisons externes

Afin de disposer d'éléments de comparaison externes à ces trois terrains, Pasquale Pasquino et moi-même avons réalisé un entretien avec un ancien *clerk* « étranger » de la Cour suprême israélienne, le 20 novembre 2011²³. Par ailleurs, j'ai de mon côté réalisé un entretien avec un Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni le 8 mars 2012. Le 16 mai 2012, j'ai également réalisé un entretien avec un conseiller référendaire à la Cour de cassation française.

ANONYMAT DES SOURCES

Toutes les personnes interrogées pour cette recherche ont été présentées avec des garanties d'anonymat et de confidentialité, c'est pourquoi je me réfère à elles par des lettres qui n'ont aucune relation avec leurs noms et j'évite de préciser le titre exact de leurs fonctions (par exemple, président de la juridiction *x*) lorsque celui-ci risque de les identifier trop clairement. Par ailleurs, pour assurer leurs anonymat, j'ai rédigé l'ensemble du rapport au masculin, bien qu'un certain nombre de personnes décrites

²³ La cour suprême israélienne fait partie des quelques cours souveraines nationales de part le monde, aux côtés notamment de la Cour constitutionnelle sud-africaine, de la cour constitutionnelle italienne, de la cour constitutionnelle coréenne, à recruter tous les ans un certain nombre de jeunes juristes étrangers afin d'éclairer la cour sur l'état du droit dans d'autres juridictions.

soient des femmes (sur les dix-sept juges ou juristes interviewés, cinq étaient des femmes.)

Avant d'exploiter le matériau empirique retenu, ce rapport concentre un premier chapitre à une exploration historique de la notion de motivation et de certains des problèmes théoriques soulevés par celle-ci. Le second chapitre dégage deux grandes cultures organisationnelles à l'œuvre dans les juridictions étudiées et recense les procédures de motivation qui y sont suivies. Enfin, le troisième chapitre se tourne vers les enjeux contemporains posés par la pratique de motivation.

Chapitre 1 : Histoire et théorie de la notion de motivation

1—Hypothèse socio-théorique : l'essor de la motivation, indissociable de l'essor des cours souveraines

Les cours supranationales et constitutionnelles voient le jour alors qu'il existe déjà dans chaque grand système juridique occidental un style de motivation bien établi, ou du moins une certaine technique de rédaction des décisions de justice. Historiquement, ce style a souvent été façonné par les hautes juridictions civiles et pénales, comme la Cour de cassation en France ou le tribunal impérial de Leipzig en Allemagne. Toutefois, si les cours constitutionnelles et les cours supranationales se sont greffées sur des cultures de motivation préexistantes, elles ont fait évoluer le style des décisions en fonction de leurs besoins spécifiques.

Au moment de leur création, l'un des arguments principaux avancé à l'encontre des cours constitutionnelles comme des cours supranationales, fut celui de leur illégitimité en raison de leur caractère anti-démocratique. La « difficulté contre-majoritaire », selon l'expression consacrée du juriste américain Alexander Bickel, souvent désignée comme le problème du « gouvernement des juges »²⁴ par les commentateurs français, représente toujours l'un des paradigmes dominants animant le débat sur les cours souveraines²⁵. Selon la tradition politique occidentale, dans une démocratie représentative, la légitimité des organes de l'Etat provient du peuple, seul détenteur supposé de la souveraineté²⁶. Le législateur, en tant que représentant du peuple, est censé incarner la volonté générale. Selon cette théorie, les cours constitutionnelles, comme les cours supranationales ou suprêmes, dès lors qu'elles ne sont pas des institutions représentatives — leurs membres ne sont pas élus — et que leurs décisions peuvent aboutir à écarter des lois votées par des assemblées législatives, souffrent d'un déficit de légitimité démocratique. Comment des juges de carrière, ou nommés par le biais d'un processus politique, ne disposant d'aucune légitimité démocratique, peuvent-ils faire obstacle à des gouvernements et des assemblées législatives élus au suffrage universel, c'est-à-dire aller à l'encontre de la volonté de la majorité, ce que reflète l'expression « difficulté contre-majoritaire » ? Cela n'about-il pas nécessairement à un affrontement entre le peuple et les cours ?

Pour pallier ce déficit démocratique, les cours souveraines ont néanmoins

²⁴ Edouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris : Giard, 1921, p. 276.

²⁵ En anglais « counter-majoritarian difficulty ». Voir Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven : Yale University Press, 1962, p. 16.

²⁶ Le gouvernement représentatif est celui dans lequel la nation, titulaire de la souveraineté en délègue l'exercice à des représentants pour qu'ils agissent en son nom. La nation en tant que personne morale a nécessairement besoin de personnes physiques, ce sont les représentants.

développé, depuis le milieu du vingtième siècle, une forme de légitimité concurrente qui leur est propre. Alors que le pouvoir judiciaire dans son ensemble était vu, sous la Révolution française, comme un mal nécessaire, un « pouvoir nul », pour reprendre l'expression de Montesquieu, au début du vingt-et-unième siècle, une cour souveraine forte, qu'elle soit nationale ou supranationale, apparaît comme une garantie de l'état de droit et de la démocratie, contre les intérêts particuliers des partis politiques et autres groupes organisés — au niveau national — et des États — au niveau international. Que s'est-t-il passé entre temps ? La notion de motivation et son évolution sont la clé de ce nouvel ordre institutionnel. D'un instrument procédural destiné à favoriser le contrôle des juges, la motivation est devenue la source d'un nouveau pouvoir judiciaire, qui permet aux cours contemporaines de communiquer avec des audiences plus vastes que jamais. Traditionnellement présentée comme un acte de pure application de la norme, la décision de justice est aujourd'hui envisagée comme un acte de persuasion. A ce titre, la motivation des décisions de justice n'est plus cantonnée à son rôle de garantie contre l'arbitraire des juges ou l'erreur judiciaire, destinée à faciliter le contrôle des tribunaux, mais elle est devenue au contraire un facteur de légitimation du pouvoir des juges.

Alors qu'en droit interne la notion de motivation trouve son origine dans le souci révolutionnaire de brider le pouvoir des cours d'Ancien Régime, les techniques de motivation actuelles aboutissent à l'effet exactement inverse : les cours développent leur jurisprudence et augmentent leur influence au moyen de motivations plus en plus détaillées et publicisées. Aujourd'hui, l'obligation de motivation est souvent présentée et promue par les juges comme un droit du justiciable et du public, plutôt que comme contrainte visant à restreindre le pouvoir judiciaire. Le Conseil constitutionnel rattache ainsi la motivation au principe de légalité des délits et des peines²⁷. Selon lui, l'obligation pour une juridiction de motiver ses arrêts est de nature « à éviter l'arbitraire »²⁸. L'exigence de l'acceptation des décisions des cours par les justiciables et les autres organes de l'État a conduit les cours à mettre en place des procédures de prise de décision exemplaires. Si les cours souveraines d'aujourd'hui ne disposent toujours ni de l'épée, ni de la bourse, ni même de l'initiative, puisqu'elles ne peuvent s'auto-saisir, elles sont néanmoins perçues comme les modèles d'une nouvelle forme de légitimité démocratique reposant sur la délibération et la justification des décisions.

Les cours souveraines se sont dotées de procédures de décision capables de prolonger la mémoire des origines dans le présent. Leur essor procède d'une logique

²⁷ Ainsi, dans sa décision du 13 août 1993, le Conseil constitutionnel a pris en compte l'obligation d'une motivation spéciale pour juger que la peine d'interdiction du territoire pour certaines infractions au séjour « au regard de la gravité de l'infraction » ne méconnaît pas le principe de légalité des peines et la liberté individuelle. Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 41 et 42. C'est également comme une garantie du principe de légalité des délits et des peines que le Conseil constitutionnel a jugé, s'agissant de la Cour pénale internationale, « que sont également de nature à éviter l'arbitraire la motivation, exigée par l'article 74 du statut, de la décision rendue par la chambre de première instance, ainsi que la motivation de l'arrêt de la chambre d'appel prévue par l'article 83 ». Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, cons. 22.

²⁸ Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999, Cour pénale internationale, Rec. 29, cons. 22.

délibérative plutôt qu'électorale : des juges indépendants examinent la conformité des décisions politiques à des valeurs et des normes plus anciennes et de rang souvent supérieur. A la loi du plus grand nombre inhérente au suffrage universel, fait place une logique du raisonnement et de la contradiction. Cette catégorie de légitimité est encore renforcée lorsque la scène politique est divisée. L'expansion de la justice constitutionnelle et supranationale a ainsi favorisé l'apparition de motivations de plus en plus longues, dans un nombre croissant d'institutions publiques et surtout, de motivations de plus en plus publicisées et débattues, non seulement par les autres juridictions et institutions publiques, mais aussi par le grand public.

Originellement circonscrite en France aux décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire, l'obligation de motiver les décisions de justice semble aujourd'hui s'imposer comme modèle de la bonne prise de décision dans le domaine public entendu au sens large²⁹. L'obligation de motiver les jugements est générale : elle s'applique à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire³⁰. Un jugement est nul lorsqu'il ne contient pas de motifs propres à justifier sa conclusion ou son « dispositif »³¹. L'obligation de motivation fut d'abord étendue aux décisions rendues par les juridictions de l'ordre administratif³². L'administration, elle, a longtemps été épargnée par cette contrainte et son principe d'action semblait être celui de la non-motivation des décisions³³. Pourtant, des textes de plus en plus nombreux sont venus imposer une motivation dans certaines circonstances ou dans certains domaines, à tel point que l'on a pu penser que le principe de non-motivation était devenu lettre morte³⁴. La loi du 11 juillet 1979 constitue en ce sens un point de basculement en imposant la motivation de toutes les décisions administratives individuelles défavorables³⁵. Depuis, le mouvement s'est accéléré et la tendance, voire l'obligation de motiver, s'est étendu progressivement à un nombre croissant d'autorités administratives indépendantes³⁶.

²⁹ Le décret des 16-24 août 1790 posa pour la première fois dans l'ordre juridique français le principe de la motivation des jugements. La loi du 28 avril 1810 parachève l'ouvrage en déclarant nuls les arrêts qui ne contiendraient pas de motifs.

³⁰ Nouveau code de procédure civile, art. 455 ; Code de procédure pénale, arts. 485 & 593.

³¹ Crim. 18 janv. 1996, *Bull. crim.* N° 34.

³² Notamment depuis que le Conseil d'État a relevé que les arrêtés des conseils de préfecture (aujourd'hui supprimés), ayant les mêmes caractères que les jugements rendus par les tribunaux de l'ordre judiciaire, doivent eux aussi être motivés : CE, *Fouquet*, 12 décembre 1818, S., t. I, p. 234.

³³ Hélène Pauliat, « La motivation des actes administratifs unilatéraux », in Travaux de l'Association Henri Capitant, éd., *La Motivation*. Tome III/Limoges-1998. Paris : L.G.D.J., 2000, p. 50.

³⁴ Serge Sur, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, juil.-août 1974, pp. 349-367.

³⁵ Loi n° 79-587 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, JO 12 juil. 1979, p. 1711.

³⁶ À titre d'exemple, on peut citer la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle indiquant que les refus d'autorisation d'usage de fréquence doivent être motivés (art. 32). Dans le même esprit, l'art. 95ter du code des marchés publics prévoit, en cas d'appel d'offres ouvert, que la personne responsable du marché, lorsqu'elle a fait son choix, avise tous les autres candidats du rejet de leurs offres, « elle communique à tout candidat qui en fait la demande par écrit les motifs du rejet de son offre ».

Le législateur lui-même n'est pas resté à l'écart de cette évolution³⁷. En effet, quoique non soumis à une obligation de motiver, il est de plus en plus enclin à justifier ses lois, selon diverses modalités³⁸. La motivation se fait parfois sous forme d'un exposé formel des objectifs de la loi ou bien d'un énoncé solennel d'un principe fondamental dans l'article premier de la loi. Plus généralement, les lois d'orientation et de programmation contiennent nombre de déclarations d'intention et de principes justificatifs. La motivation a donc manifestement le vent en poupe, mais cet engouement ne doit pas occulter le fait que certaines institutions publiques échappent à toute obligation juridique de motiver leurs décisions, tandis que d'autres ne sont tenues que de motiver une partie seulement des leurs. Autrement dit, l'on se trouve face à trois situations déontiques :

1. *Obligation de motivation* : certaines institutions ont une obligation explicite de motiver leurs décisions, par exemple, les tribunaux ou les administrations, pour les décisions individuelles défavorables.
2. *Permission de motivation* : d'autres institutions jouissent du privilège de ne pas être soumises à une obligation de motivation et disposent donc d'un pouvoir discrétionnaire en la matière : ainsi, les assemblées parlementaires ont le loisir de justifier (ou non) les lois.
3. *Interdiction de motivation* : un troisième groupe se compose d'institutions auxquelles il est interdit de révéler leurs raisons, ou du moins pour certaines de leurs décisions. C'est le cas des organes chargés de missions stratégiques, comme les services secrets ou diplomatiques. C'était aussi traditionnellement le cas des jurys au pénal³⁹.

Dans les démocraties contemporaines, le phénomène d'extension de l'obligation de motiver les décisions à un nombre toujours croissant de représentants de l'État s'explique en partie par l'influence exercée par les cours souveraines. En effet, ces juridictions ont progressivement imposé, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, l'idée selon laquelle la « bonne décision publique » doit reposer sur des motivations explicites et largement accessibles au public. Ce phénomène n'a pas été étudié dans sa globalité et ses ressorts théoriques ont été négligés. Ce rapport vise à proposer et à évaluer une série d'hypothèses rendant compte de cet essor.

³⁷ Anne-Marie Leroyer, « La motivation des lois », in Travaux de l'Association Henri Capitant, éd., *La Motivation*. Tome III/Limoges-1998. Paris : L.G.D.J., 2000, p. 88.

³⁸ Non seulement par la voie des débats parlementaires et autres travaux préparatoires qui voient se multiplier les documents accompagnant les lois, qu'il s'agisse d'exposé des motifs, de rapports de présentation ou d'études d'impact mais aussi par des techniques de rédaction des textes législatifs, comme des articles premiers, qui ressemblent en réalité souvent à des préambules ou la formulation d'objectifs dans les textes législatifs. Voir Nicolas Molfessis, dir., *Les mots de la loi*, Paris : Economica, 1999.

³⁹ Tel est toujours le cas pour les jurys dans les systèmes de *common law*, mais depuis l'arrêt de la CEDH *Taxquet c. Belgique* du 16 nov. 2010, les jurys des Etats signataires de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de tradition civiliste sont tenus d'assurer une forme de motivation indirecte, ne serait-ce que par le biais de la présentation aux jurés de questions précises permettant de comprendre le verdict.

2—La position spécifique des cours souveraines

Les cours souveraines se trouvent dans une position paradoxale en termes de motivation. Elles se situent soit *au sommet* de la hiérarchie des tribunaux dans un système juridique donné, soit *à l'extérieur* de cette hiérarchie, mais dans une position de surplomb. La Cour suprême des Etats-Unis illustre la première situation, tandis que le Conseil constitutionnel français, et plus généralement les juridictions constitutionnelles spécialisées, illustrent la seconde. Tandis que les décisions de la Cour suprême américaine s'imposent à toutes les juridictions états-uniennes, il n'existe pas de relation disciplinaire officielle entre les trois cours souveraines françaises.

En France, la communication entre juges souverains s'est développée de façon spontanée au moyen, notamment, de la motivation. Comme le souligne Jacques Meunier, si de leur côté les juges ordinaires exécutent les décisions du Conseil constitutionnel⁴⁰, conformément aux prescriptions de l'article 62, alinéa 3 de la Constitution (« Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. ») et prennent largement en compte sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel, pour sa part, et sans qu'aucune obligation juridique ne pèse sur lui, prend aussi largement en considération leurs solutions⁴¹. À cette occasion, des interactions naissent entre les juges. Le juge constitutionnel est notamment amené à s'inspirer de la jurisprudence des juges ordinaires pour garantir la réception de ses interprétations par ces derniers.

En principe, la notion même de motivation suppose qu'une institution cherche à rendre compte de son action ou de ses décisions dans la mesure où celles-ci sont susceptibles d'être attaquées par la voie d'un recours. En ce sens, toute motivation comporte une part défensive puisque les décisions de justice s'inscrivent dans un système où les procédures de recours ouvrent la porte à la réformation ou à l'annulation des décisions de première et parfois aussi de deuxième instance. C'est pourquoi la motivation a souvent été analysée comme un instrument destiné à permettre et à faciliter le contrôle d'une décision d'un tribunal par un tribunal de rang hiérarchique supérieur. Or, la spécificité des cours souveraines, dans cette perspective, est que se situant au sommet ou à l'extérieur du système juridictionnel, leurs décisions sont finales au sens où elles ne sont pas susceptibles de recours. Il s'agit de juridictions qui statuent en dernier ressort sans qu'il y ait possibilité de faire appel de leurs arrêts ou décisions. Bien entendu, cette affirmation doit être nuancée dans le cas français puisque les décisions des cours souveraines françaises peuvent dans certaines circonstances faire l'objet d'un recours

⁴⁰ Un exemple classique à cet égard se trouve dans les arrêts de la Cour de cassation du 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*, souvent présentés comme les premières manifestations de la prise en compte par la Cour de cassation des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel, en l'occurrence en matière d'atteintes aux libertés individuelles.

⁴¹ Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel – essai d'analyse stratégique*, Paris : L.G.D.J. ; Bruxelles : Bruylant, 1994, notamment p. 334. Voir aussi Arnaud Derrien, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, N° 105, 2003, pp. 41-52.

auprès des juridictions européennes. Plus généralement, même là où il n'existe pas de recours possible devant une juridiction quelconque, certaines décisions des cours souveraines peuvent néanmoins être cassées par une révision constitutionnelle ou même une loi ordinaire dans les cas où la décision n'a pas de portée constitutionnelle ou législative⁴².

Si les cours souveraines motivent leurs décisions, et souvent de façon plus rigoureuse et détaillée que les autres juridictions, qui sont pourtant, elles, sujettes à appel, c'est donc pour d'autres raisons que de celles de faciliter les voies de recours. D'où le paradoxe inhérent à cette recherche : alors que traditionnellement la philosophie politique a assimilé la notion de pouvoir souverain à l'absence d'explication, les Cours souveraines d'aujourd'hui passent leur temps à se justifier.

Pendant des siècles, en effet, la caractéristique essentielle du pouvoir souverain, qu'il s'agisse de celui émanant du Pape, des empereurs, des rois ou des princes, était qu'il procédait par la voie du commandement, c'est-à-dire sans motivation. La maxime du souverain baroque, empruntée à Juvénal, était la suivante : *sic volo sic jubeo, stat pro ratione voluntas*, que l'on peut traduire par : « ainsi je le veux, ainsi je l'ordonne et que ma volonté tienne lieu de raison ». Il n'était nullement question de permettre aux sujets de discerner à quel titre les décisions étaient prises. Au Moyen-Âge, le pouvoir de rendre justice appartient au roi, et la justice est rendue au nom du roi par des officiers, par « délégation » (c'est « la justice déléguée »). En même temps qu'il leur délègue le pouvoir de juger, tout se passe comme si le roi délèguait également sa souveraineté, excluant toute idée de justification de la sentence. Cette conception du pouvoir souverain, d'abord théorisée par Bodin⁴³, trouve son expression paradigmatique chez Hobbes, qui déclare dans le *Léviathan* : « Il y a COMMANDEMENT quand un homme dit *Fais ceci*, ou *Ne fais pas ceci*, et qu'on ne peut attendre d'autre raison que la volonté de celui qui le dit. De cela, il s'ensuit manifestement que celui qui commande prétend de cette façon à son propre avantage, car la raison de son commandement est sa seule volonté personnelle, et l'objet propre de la volonté de tout homme est quelque bien pour lui-même. Il y a CONSEIL quand un homme dit *Fais ceci* ou *Ne fais pas ceci*, et qu'on déduit ses raisons d'un avantage que tire du conseil celui à qui l'on parle. Et de cela, il est évident que celui qui donne un conseil prétend seulement (quelle que soit son intention) au bien de celui à qui il le donne. »⁴⁴.

Quelques trois siècles plus tard, lorsque l'on parle de « cour souveraine », on entend le concept de souveraineté en un sens exactement inverse de celui qui prévalait au seizième et au dix-septième siècles. Au vingt-et-unième siècle, plus une cours est

⁴² Si le pouvoir constituant, le plus souvent entre les mains du législateur, est en désaccord avec une décision de la cour suprême ou constitutionnelle, il peut passer outre en modifiant la Constitution elle-même. Bien entendu, en raison de la longueur et de la difficulté des procédures de révision constitutionnelle, cette possibilité n'est que très rarement mise en application.

⁴³ Voir en ce sens Simone Goyard-Fabre, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris : P.U.F., 1989, p. 91.

⁴⁴ Hobbes, *Leviathan*, Chap. 25.

souveraine — au sens où ses décisions sont finales et insusceptibles de recours — c'est-à-dire, plus une cour est à même de « commander », pour reprendre le vocabulaire hobbesien, plus elle est tenue, par des normes à la fois juridiques et culturelles, d'expliquer et de justifier ses décisions. La motivation n'est pas ici destinée à convaincre les collègues de l'institution de rang hiérarchique supérieur du bien-fondé de la décision, puisqu'encore une fois la cour souveraine se situe par définition au sommet ou à l'extérieur de l'édifice juridictionnel, mais à communiquer avec différentes audiences, qui vont des autres juridictions au grand public, en passant par le barreau, les différents organes de l'Etat, la doctrine, les médias, etc. Les cours souveraines sont donc à l'origine d'un nouveau type de justification, qui au lieu d'exercer une fonction purement « interne » à l'ordre juridictionnel, s'adresse potentiellement à tous les citoyens, dans un mouvement de légitimation ou de re-légitimation de l'institution juridictionnelle elle-même.

En Europe continentale, les juridictions constitutionnelles spécialisées qui se sont multipliées au cours de la seconde moitié du vingtième siècle ont été le fer de lance dans le processus d'expansion et d'approfondissement de la motivation des décisions de justice. Les tenants et les aboutissants de cet engouement contemporain pour la motivation n'ont pas encore été élucidés. L'objectif premier de mon travail est donc de combler cette lacune. Mais avant de commencer à formuler plus avant mes hypothèses sur les raisons de cet enthousiasme contemporain pour la justification, un interlude historique s'impose. Le cas français est fascinant car historiquement, c'est pour préserver leur souveraineté et leur indépendance (à l'égard du pouvoir royal essentiellement) que les magistrats se sont défendus de motiver leurs décisions dès le treizième siècle. À la même époque, en Angleterre, les juges de *common law* ont adopté la pratique exactement inverse : c'est pour affirmer leur indépendance par rapport au roi et à la chancellerie royale qu'ils se seraient mis à développer une jurisprudence en donnant les raisons de leurs décisions, d'abord oralement, puis par écrit.

3—Petite histoire de la motivation

1—Sur l'histoire tortueuse du principe de motivation en droit français

Dans leur travail magistral sur la question, les historiens du droit Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy distinguent deux grandes périodes : celle de l'Ancien Régime et celle de la France moderne post-révolutionnaire⁴⁵. J'adopte ici cette chronologie.

⁴⁵ Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion, dir., *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe – XVIIIe siècles)*, Paris : éditions la mémoire du droit, 2005 ; Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy, « La non motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé », in W. Hamilton Bryson et Serge Dauchy, dir., *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions. Volume 1: Case Law*, Berlin : Duncker & Humblot, 2006, pp. 87-116.

Le principe de non-motivation sous l’Ancien-Régime

Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy montrent que dès le milieu du treizième siècle, le roi, désireux d’imposer sa souveraineté, favorise l’adoption d’un système d’appel qui se développe à la suite de la création du parlement de Paris, puis d’autres parlements provinciaux, tous des cours souveraines. L’une des grandes innovations à cette époque est le fait que les décisions de justice sont consignées par écrit dans des registres, même si ce n’est que de façon minimale et non motivée, encore bien loin des recueils de jurisprudence. Les archives judiciaires n’étaient alors pas publiques, et les non-initiés n’avaient probablement pas accès à ces registres. Dans l’ancien droit, l’absence de motivation constitue la règle, même si dans les premières décennies de son existence, le parlement de Paris semble avoir pris la peine d’expliquer ses décisions⁴⁶. Ce souci s’est révélé à travers l’insertion dans ses arrêts de la formule explicative « *judicatum est quod... quia...* », c’est-à-dire : « il a été jugé que telle personne avait droit à telle chose pour telle raison ». Toutefois, dès les années 1330, le parlement cesse d’utiliser la formule⁴⁷.

De façon générale, la motivation des décisions des cours souveraines reste exceptionnelle, ou en tout cas sa trace écrite l’est, car il est possible que le prononcé s’accompagnât parfois d’explications orales données par le juge⁴⁸. Dans son histoire du parlement de Paris, Félix Aubert rappelle ainsi, comme s’il s’agissait d’une vérité axiomatique : « On sait que ses arrêts, [ceux du parlement] contrairement à ceux des autres juges, n’étaient pas motivés précisément parce qu’étant sans appel ni les magistrats, ni les parties n’avaient d’intérêt à connaître ces motifs. »⁴⁹. De fait, dès les années 1330 toute trace de motivation disparaît jusqu’à la Révolution⁵⁰. L’absence de motivation des jugements s’est imposée de façon générale dans la pratique judiciaire française, le pouvoir royal ayant même légiféré pour l’interdire dès 1344⁵¹. La motivation (« *quia* ») est remplacée par une formule précisant que la décision a été prise « *ex causa* » au civil ou prononcée au pénal « pour les cas résultants du procès ».

La non-motivation n’est pas l’apanage des seuls cours souveraines à cette époque. Philippe Godding note ainsi que « des tribunaux, même de rang modeste, n’éprouvent pas

⁴⁶ Félix Aubert, *Histoire du parlement de Paris des origines à François Ier, 1250–1515*, Paris 1894.

⁴⁷ Tony Sauvel, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux Cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548.

⁴⁸ D’après Philippe Godding, cette situation n’est pas propre au cas française puisqu’il en va de même pour le Reichshof en Allemagne et le Conseil de Braibant. Philippe Godding, *La Jurisprudence, Typologie des sources du Moyen-Âge occidental*, fasc. 6, Turnhout : Brepols, 1973, p. 21, n. 20.

⁴⁹ Félix Aubert, *Histoire du parlement de Paris des origines à François Ier, 1250–1515*, Paris : Picard, 1894, p. 134.

⁵⁰ Jean Hilaire, « Jugement et jurisprudence », *Le procès*, Vol. 39, 1995, p. 183–184.

⁵¹ Philippe Godding, « Jurisprudence et motivation des sentences », in Chaïm Perelman et Pierre, dir., *La motivations des décisions de justice*, Bruxelles : Bruylant, 1978, p. 50-53. Il s’agissait alors d’empêcher la discussion des arrêts par les justiciables et de laisser aux juges la faculté de trancher des espèces similaires selon l’équité, l’idée étant de ne pas lier la Cour par un précédent.

non plus la nécessité de justifier leurs décisions »⁵². Ceci s'explique en partie par le fait que la procédure de l'appel, par laquelle un tribunal supérieur fait réformer le jugement d'un autre, n'a commencé à se développer qu'à partir du treizième siècle et ce, de façon très progressive en raison de la lente émergence d'une hiérarchisation des juridictions, à partir de la création du parlement au treizième siècle, puis avec l'affirmation de la puissance absolue du roi à partir du quatorzième siècle et la création du Grand Conseil, formant une sorte de cour supérieure aux autres tribunaux, chargée d'examiner les pourvois adressés au souverain, puis enfin la montée en puissance du Conseil du roi. Selon l'historien Claude Fleury, « comme une Cour ne casseroit jamais son propre arrêt, et qu'une autre Cour souveraine le feroit inutilement, parce qu'elles s'estiment toutes égales, il n'y a que le Conseil privé où l'on puisse se pourvoir en cassation parce que le roi y est réputé présent »⁵³.

L'appel tel qu'il se développe à l'origine dans le cadre de la justice seigneuriale est une attaque personnelle contre le juge : d'après Montesquieu, « Saint Louis dit-il, dans ses Établissements que l'appel contient félonie et iniquité... Appeler son seigneur de faux jugement, c'était dire que son jugement avait été fausement et méchamment rendu : or, avancer de telles paroles contre son seigneur, c'était commettre une espèce de crime de félonie. »⁵⁴. En cas d'appel, le juge était tenu de se défendre en produisant une réponse qui, selon Sauvel, « pouvait invoquer tout autre chose que ce qui avait dicté sa décision. Il pouvait alléguer des faits nouveaux, des preuves nouvelles, des raisonnements autres que ceux qu'il avait retenus lors de la première instance. Il se défendait lui-même, par tous les moyens, bien plus qu'il ne défendait son jugement et les raisons de celui-ci. »⁵⁵. Même lorsqu'un système d'appel véritable se développe, les cours souveraines — les parlements et conseils supérieurs des provinces — n'exigent pas des tribunaux inférieurs qu'ils motivent leurs décisions, sans doute en partie parce que les cours souveraines statuaient à nouveau au fond.

Officiellement, la non-motivation est rattachée au principe du secret des délibérés, posé pour la première fois par l'ordonnance du 11 mars 1344 comme conséquence du serment prêté par le magistrat de « tenir ses délibérations secrètes » le jour de sa réception au parlement. Le magistrat astreint au secret doit donc s'abstenir de révéler son opinion ou celle des autres juges qui ont participé avec lui à la décision d'une affaire. Le secret ainsi conçu vise à protéger à la fois la justice et les juges. La justice, car il serait inconvenant de laisser apparaître les divisions alors que la décision est censée être l'expression de la justice qui ne peut parler que d'une seule voix. Les juges, car ceux-ci doivent pouvoir s'exprimer sans être exposés à aucune pression extérieure et sans craindre d'éventuelles représailles⁵⁶.

⁵² Philippe Godding, *La Jurisprudence, Typologie des sources du Moyen-Âge occidental*, fasc. 6, Turnhout : Brepols, 1973, p. 20.

⁵³ Claude Fleury, *Institution au Droit français*, Paris : É. Laboulaye et R. Dareste, A. Durand, 1858, t. I, p. 272.

⁵⁴ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XXVIII, Chap. 27.

⁵⁵ Tony Sauvel, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux Cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, p. 531.

⁵⁶ Voir Roger Perrot, *Institutions judiciaires*, 12ème éd., Paris : Montchrestien, 2006, p. 482.

Mais selon l'historien Robert Jacob, le principe du secret des délibérés a une fonction moins noble : « A l'évidence, le culte du secret et son lien au serment a rapport avec la dépersonnalisation prononcée qui caractérise l'exercice de la justice depuis le Moyen Age. Tout acte de justice est rendu au nom du roi (comme il l'est aujourd'hui au nom du peuple français) et dans cette souveraineté abstraite se dissolvent les opinions individuelles, désormais indicibles »⁵⁷. A cette fonction de dépersonnalisation du principe de non-motivation s'ajoute une raison stratégique d'importance : si le parlement dissimule les raisons de ses décisions, c'est également pour s'assurer un pouvoir pratiquement sans contrôle parce qu'il sait que cette absence de motivation le dispense de rendre des comptes aux plaideurs et au roi. Les juges refusaient en effet d'indiquer leur raisonnement ou les textes juridiques fondant leurs décisions non seulement pour respecter la souveraineté du roi et l'image de la justice, mais aussi pour ne pas être liés par un précédent que d'autres plaideurs auraient pu leur opposer⁵⁸.

Les magistrats deviennent propriétaires de leurs charges à cette époque⁵⁹ ; des dynasties se constituent, et une « aristocratie parlementaire » se développe. Les magistrats ont intérêt à défendre un esprit de corps : ils forment une classe sociale nouvelle en rivalité avec la noblesse d'épée. L'historien Jean Égret note ainsi que « soucieux d'être bien composés, plusieurs Parlements exigent une noblesse pleinement acquise des candidats qui ne sont pas fils de magistrats »⁶⁰. Le jugement sans motifs devient un véritable privilège des gens de justice (une « norme professionnelle » diraient les sociologues aujourd'hui). Ne pas fournir de motifs, c'était empêcher toute discussion, non seulement de la part des justiciables, mais surtout de la part des autres cours dont le parlement annulait les arrêts (même si l'on pourrait objecter que l'absence de motifs poussait aux procès et aux appels puisqu'en l'absence de raisonnement explicite, il était toujours possible de tout soutenir et de tout plaider). Ce qui est incontestable est que l'absence de motivation interdisait que l'on tire un argument certain d'un arrêt puisque son fondement juridique demeurait inconnu, ce qui évitait, par la même occasion, qu'un précédent soit clairement établi et qu'une jurisprudence se développe, venant lier les juges contre leur gré.

⁵⁷ Robert Jacob, « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale », in *Juger les juges, Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la magistrature*, AFHJ, Actes du colloque des 5-6 décembre 1997, Paris : La documentation française, 2000, p. 17.

⁵⁸ Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit : principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, pp. 236-237.

⁵⁹ Paradoxalement, la vénalité des charges a contribué à accentuer l'indépendance des juges d'ancien régime, notamment par opposition au système de la *common law*. Grâce au système des charges, les juges français ne sont pas choisis par le bon plaisir du roi et ne pouvaient être démis sauf dans des circonstances extraordinaires. À la même époque, le roi d'Angleterre jouissait du droit absolu de choisir ses juges royaux et de les renvoyer comme bon lui semblait, même si en pratique les rois firent un usage très limité de leur pouvoir de révocation, en tout cas jusqu'au bras de fer qui opposa les Stuarts aux juges de *common law* au dix-septième siècle.

⁶⁰ Jean Égret, « L'aristocratie parlementaire française à la fin de l'Ancien Régime », *Revue Historique*, t. 208, fasc. 1, 1952, p. 7. Égret note toutefois qu'à l'exception du très sélectif Parlement de Rennes, la plupart des parlements accueillent plus ou moins ouvertement des ennoblis de fraîche date et quelques roturiers.

Des juges sans audience face à des critiques de plus en plus virulents

Qu'en était-il des justiciables et de leurs conseils? Comment avaient-ils connaissance des précédents sur lesquels ils appuyaient parfois leurs requêtes? Depuis le Moyen Âge, en principe, les juridictions ordinaires ne communiquaient pas leurs registres. Tout se passe comme si les décisions de justice n'ont pas d'audience en dehors des magistrats et des parties. Le principe de non-motivation fut régulièrement rappelé par la législation royale jusqu'à la fin de l'Ancien Régime; le pouvoir royal poursuivait le même but en interdisant la publicité des registres et la motivation des jugements⁶¹. A défaut d'un système de publication et de diffusion des arrêts, les jugements restaient donc souvent confidentiels et leur utilisation dans d'autres procès par les plaideurs était donc rendue extrêmement difficile. Il est significatif que Félix Aubert, dans son histoire du parlement de Paris, écrive : « Le parlement se trouvant cour souveraine, dont on ne pouvait appeler, les jugements, les arrêts se donnaient en l'absence comme en la présence des parties »⁶². Les arrêts n'étaient pas publiés, sauf de façon punitive. En effet, au parlement de Paris, les « arrêts très importants comme ceux rendus contre les ennemis du Roi se publiaient à grand son de trompe et à cri solennel à la table de marbre et au perron de marbre, au parvis du palais, puis dans différents quartiers de la ville. »⁶³.

Au cours des deux siècles qui précèdent la Révolution française, une série de voix dissidentes se fait jour pour militer en faveur de décisions de justice motivées. Outre quelques individus isolés et insolites, ce courant rebelle se développe tant du côté des pouvoirs en place que du peuple.

1) Des critiques isolés

Dans la seconde moitié du quatorzième siècle, une première voix dissidente se fait entendre, avec un personnage haut en couleur. L'extraordinaire Raoul Spifame († 1563), savant ésotériste, descendant d'une famille de la noblesse napolitaine, auto-proclamé « dictateur et garde du sceau impérial et royal », passa une partie de sa vie à imaginer de fausses ordonnances qu'il attribua à Henri II et rassembla dans un ouvrage publié en 1556. Présentées sous la forme d'un recueil de trois cent neuf arrêts et édits du roi, l'ouvrage contient en réalité une multitude de suggestions de réformes de l'organisation

⁶¹ Bernadette Auzary-Schmaltz, « Les recueils d'arrêts privés au Moyen Age », in Alain Wijffels, éd., *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports, Vol. 1 : Essays*, Berlin : Duncker & Humblot, 1997, pp. 227-228; Serge Dauchy, « Les recueils privés de « jurisprudence » aux Temps Modernes », in Alain Wijffels éd., *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports, Vol. 1 : Essays*, Berlin : Duncker & Humblot, p. 242.

⁶² Félix Aubert, *Histoire du parlement de Paris des origines à François Ier, 1250-1515*, Paris : Picard, 1894, p. 133.

⁶³ Félix Aubert, *Histoire du parlement de Paris des origines à François Ier, 1250-1515*, Paris : Picard, 1894, p. 136.

judiciaire, politique et législative⁶⁴. Spifame invente notamment le texte qui, selon lui, a imposé la motivation des décisions judiciaires, qualifié « d'arrêt du roi Henri II en 1552 » :

« Le Roy voulant que les procez et differendz de ses subjects et regnicoles soyent iugez par les loix de sa couronne royale & imperiale, & non par les loix des Empereurs rois des Romains anciens et modernes qu'il n'entend recognoistre pour supérieurs et inférieurs exprimerons aux dictons de leurs sentences & iugemens la cause expresse & speciale d'iceux, pour en faire une loy generale & donner forme au jugemens des procès futurs fondez sur mesmes raisons & differens comme portans l'interpretation de ses statuts & ordonnances... »

Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy relèvent que Spifame justifie sa proposition de manière traditionnelle en invoquant le souci d'assurer le triomphe des lois royales sur le droit romain, mais sa proposition est très moderne (ou peut-être inspirée de la *common law* anglaise) dans la mesure où il affirme la nécessité d'une jurisprudence investie d'une mission d'interprétation de la loi et où il annonce qu'une telle jurisprudence ne saurait exister en l'absence de motivation.

2) Une dissidence venue d'en haut

La cause de la motivation des décisions de justice trouve un héraut de conséquence dans le Conseil du roi, au travers sa lutte contre la toute-puissance des parlements. Le conflit larvé opposant les parlements au Conseil du roi est bien connu⁶⁵. Comme l'a montré Tony Sauvel, les tensions s'aggravent au fur et à mesure que le « Conseil d'État privé » ou « Conseil des parties », l'instance du Conseil du roi se rapportant aux matières proprement judiciaires au sein du Conseil du roi, développe ses prérogatives, notamment celle de réviser les décisions émanant des parlements par le biais des procédures de la cassation et de l'évocation. La cassation consistait à annuler une décision rendue par un tribunal, tandis que l'évocation était une intervention dans une instance en cours afin d'ôter au juge ordinaire la connaissance d'une contestation et de conférer à d'autres juges le pouvoir de la décider. L'absence de motivation des arrêts des cours souveraines était un obstacle à ces procédures, si bien que le Conseil développa la technique de la motivation *a posteriori* avec la demande d'envoi ou d'apport des motifs que les tribunaux inférieurs étaient tenus de rédiger après coup.

Au départ, la cassation n'est pas « une voie de recours offerte aux justiciables, mais le corollaire du pouvoir normatif du monarque : le Conseil du roi peut ainsi saisir,

⁶⁴ *Dichaerchia Henrici regis christianissimi progymnasta*, 1556, sans lieu, ni imprimeur, in 8°. Connue sous le nom des *Arrêts royaux*.

⁶⁵ Voir numéro spécial sous la direction d'Olivier Chaline, « Cassation et évocations : le Conseil du roi et les Parlements au XVIIIe siècle », *Histoire, Economie & Société. Époques moderne et contemporaine*, Vol. 29, 2010.

par évocation, un arrêt rendu en violation des ordonnances, et le casser. »⁶⁶. Ce n'est qu'à la fin du seizième siècle que la cassation s'ouvre aux justiciables. Dès lors la recherche des motifs devint une préoccupation récurrente, si bien qu'un règlement de procédure du 28 juin 1738 codifia la règle de la demande des motifs en ces termes : « Lorsque, sur le rapport fait au conseil, de la requête en cassation, il aura été jugé à propos de demander les motifs de l'arrêt ou du jugement contre lequel ladite requête sera présentée, lesdits motifs seront envoyés au greffe du conseil par le procureur général, ou par les juges qui auront rendu ledit arrêt »⁶⁷. Mais il s'agit là d'une mesure limitée : la demande de motifs n'est nullement obligatoire ; elle est laissée à la discrétion du Conseil. Par ailleurs, la mesure n'a pas pour but de faire connaître aux justiciables les raisons du jugement, puisque que les parties ne sont pas en mesure d'initier la demande de motif ou de consulter les motifs produits. Les motifs sont strictement destinés au Conseil et restent couverts par le secret du délibéré⁶⁸. La non-publicité des motifs est explicitement requise puisque ceux-ci doivent être « envoyés cachetés, et remis en cet état au sieur rapporteur de la requête en cassation »⁶⁹.

Cette procédure motivation sur demande et *a posteriori* présente toutefois l'intérêt de souligner le lien qui associe encore à l'époque la notion de pouvoir souverain au privilège de ne pas devoir rendre raison de sa volonté. Le Conseil du roi occupe une place si centrale dans la monarchie absolue qu'il se confond avec la personne du roi, il *est* le roi. Toute décision du Conseil est une décision du roi. Ainsi, tandis que les membres du Conseil privé exercent la justice retenue du roi et que leurs décisions sont assimilées à celles du roi, même si ce dernier n'a pas pris part à la décision, les magistrats des cours souveraines ne sont en réalité souverains qu'en tant qu'ils représentent le souverain par délégation et jugent « au nom et comme à la place » du roi. Traduite dans le langage de la motivation, cette différence essentielle explique que le Conseil lui-même ne motive pas ses arrêts⁷⁰, même s'il a le pouvoir de demander aux cours souveraines de dévoiler leurs raisons. Gilbert de Voisins note que la demande est « un acte de supériorité que le Roi exerce sur ses cours en leur demandant ainsi raison de leurs jugements »⁷¹. Le Conseil, en

⁶⁶ Xavier Godin, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie & société*, N°29-3, 2010, p. 20.

⁶⁷ *Isambert*, tome XXII, p. 49.

⁶⁸ La sollicitation des motifs a lieu avant que le Conseil n'ait pris la décision d'admettre la demande en cassation, le but étant de permettre au Conseil, par l'analyse des motifs, de déterminer si la requête est fondée. « Lorsque le conseil, soit en ordonnant l'envoi des motifs, ou après les avoir vis, jugera que la demande en cassation mérite d'être instruite contradictoirement avec toutes les parties intéressées, l'arrêt qui interviendra, ordonnera seulement que la requête en cassation leur sera communiquée ». *Isambert*, tome XXII, p. 49

⁶⁹ *Isambert*, tome XXII, p. 49.

⁷⁰ Cf. Émile Chénon qui considère d'abord que les arrêts du Conseil sont rendus « par un nombre indéterminé de juges, sans publicité, sans plaidoiries, sans ministère public, par des magistrats amovibles, qui ne sont pas même tenus de motiver leurs arrêts, et qui sont présidés par le chancelier, c'est-à-dire par l'homme qui a le plus de pouvoir sur eux ». Émile Chénon, *Origines, conditions et effets de la cassation*, Paris : L. Larose et Forcel, 1882, p. 56-57.

⁷¹ Pierre Gilbert de Voisins, *Vues sur les cassations d'arrests et de jugements en dernier ressort*, Paris : Sirey, 1958 ; Michel Antoine, éd., « Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, pp. 1-33.

sa qualité d'organe judiciaire suprême chargé d'exercer le droit de supériorité du roi sur ses tribunaux, a utilisé une forme d'obligation de motivation sur demande afin de faire respecter son autorité. Ce lien entre motivation, réformation et hiérarchie judiciaire se retrouve jusqu'à l'époque contemporaine.

3) Un mouvement d'opinion publique avant l'heure

Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy montrent que les revendications en faveur de la motivation des décisions de justice s'expriment à travers les doléances des états généraux comme on le verra plus loin en détail⁷². Par exemple, en 1560, aux états d'Orléans, la noblesse demande, en partie par jalousie à l'égard du pouvoir des magistrats, que les arrêts soient motivés. Elle cherche à favoriser la formation d'une jurisprudence censée permettre une meilleure administration de la justice et contrer le pouvoir grandissant des parlementaires. Mais le Conseil du roi refuse de donner droit à leur requête et rétorque « qu'il ne se pouvoit rien ordonner sur cet article et qu'il falloit le laisser à la religion des juges »⁷³. Cette réponse est particulièrement intéressante parce qu'elle montre qu'à toute époque, la question de la motivation, loin d'être régie par un principe rigide, relève de la pratique et des usages judiciaires et n'est pas à l'abri de jeux stratégiques entre institutions rivales.

4) Une pratique en marge : les recueils privés de jurisprudence

Même si les cours souveraines entendent bien maintenir leur prérogative de non-motivation, afin de renforcer leur autorité, elles souhaitent en même temps que leurs décisions, ainsi que les motifs qui les ont guidés, soient publicisés, au moins dans une certaine mesure. Certains juges favorisent donc l'apparition et le développement de recueils de jurisprudence, en contribuant parfois à les nourrir dans la mesure où les arrêtistes se recrutent parfois parmi les magistrats ou bénéficient de leurs confidences⁷⁴.

Ces recueils se développent dès le Moyen-Âge mais ils demeurent privés ou officieux, au sens où ils sont élaborés à l'initiative de particuliers. Les auteurs sont généralement des magistrats, des clercs ou des greffiers, à savoir des initiés qui ont accès aux archives judiciaires et aux bruits de couloirs. Des avocats et des procureurs sont parfois auteurs, qui assistent régulièrement aux audiences et peuvent relater les opinions avancées par les juges. Ces recueils se limitent souvent à résumer la règle de droit appliquée dans chaque décision et constituent avant tout des manuels de formation juridique et des aide-mémoire pour les praticiens. Certains recueils, par exemple celui de Jean le Coq, sont plus diserts, allant parfois jusqu'à rapporter des opinions dissidentes de

⁷² Véronique Demars-Sion et Serge Dauchy, « La non motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit français : un usage controversé », in W. Hamilton Bryson et Serge Dauchy, dir. *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions. Vol. 1: Case Law*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006, pp. 87-116.

⁷³ Georges Picot, *Histoire des états généraux*, 2^e éd., t. 2, Paris : Hachette, 1888, p. 303.

⁷⁴ Voir Serge Dauchy et Véronique Demars-Sion, dir., *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe-XVIIIe siècles)*, Paris : éditions la mémoire du droit, 2005.

certaines juges ou même commenter ou critiquer la décision. De façon générale, les arrêtistes révèlent bien plus d'informations que les archives judiciaires, indiquant même les motifs de la décision, soit qu'ils y aient eux-mêmes participé, soit qu'il aient eu connaissance des motifs à l'audience ou par une source interne, soit qu'ils procèdent à une déduction à partir des éléments disponibles (comme les arguments de la partie gagnante ou les conclusions du ministère public lorsque les juges ont adopté la même solution). La diffusion de ces recueils est variable. Tandis que certains sont destinés à un large public, d'autres sont avant tout conçus comme des documents à usage personnel, interne à une famille ou à un avocat, à transmettre aux générations qui suivent.

Malgré ces voix dissidentes et quelques entorses ici et là, l'usage de ne pas motiver s'est poursuivi jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. Il faudra donc attendre la Révolution française pour que les juges se voient obligés à fournir une véritable motivation de leurs jugements.

2—Le principe de motivation depuis la Révolution française

Le décret des 16-24 août 1790 pose pour la première fois dans l'ordre juridique français le principe de la motivation des jugements. L'article 15 du titre V de la loi de 1790 définit quatre parties distinctes devant composer tout jugement motivé : « La rédaction des jugements, tant sur l'appel qu'en première instance, contiendra quatre parties distinctes... dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement seront exprimés... »⁷⁵. Ces parties sont les suivantes :

- 1- Le nom et les qualités des plaideurs ;
- 2- « Les questions de fait et de droit qui constituent le procès » ;
- 3- « Le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction et les motifs qui auront déterminé le juge seront exprimés » ;
- 4- Le dispositif.

Il y eût un débat particulièrement intéressant à l'Assemblée nationale sur la formulation de la troisième partie: le rapporteur Thouret demandait qu'elle exprime « le résultat des faits reconnus ou constatés et *le texte de la loi* qui avait déterminé les juges » (au lieu des « motifs » qui auront déterminé le juge), ce qui revenait à éliminer tout raisonnement et supposait une concordance parfaite entre les faits de la cause et telle ou telle disposition de la loi. Mais le constituant Chabroux fit observer qu'il y avait peu de lois précises, et demanda avec succès qu'on impose à la place l'obligation d'exprimer les motifs. En somme, les motifs furent exigés pour remédier à l'absence possible de textes, ce qui souligne d'emblée le potentiel de création jurisprudentielle et d'autonomisation du pouvoir judiciaire en germe dans le principe d'obligation de motivation.

⁷⁵ Jérôme Mavidal et Emile Laurent, *Archives parlementaires*, t. 10, Paris : C.N.R.S., 1969, p. 7255.

La nouvelle obligation de motivation représente avant tout une réforme populaire et non pas une lubie imposée d'en haut ou résultant d'élucubrations abstraites des philosophes des Lumières, qui s'étaient montrés relativement discrets sur la question. Si Montesquieu a vu la nécessité d'une jurisprudence dans *L'esprit des lois*⁷⁶, il ne dit pas un mot de la motivation. Le jugement est pour lui une simple affirmation, le juge ne devant être qu'une « bouche de la loi »⁷⁷, ce qu'on a traditionnellement interprété comme la théorie du juge-syllogisme. Beccaria va un peu plus loin : selon lui, le jugement du juge ne doit comporter qu'un seul syllogisme, dont la majeure est constituée par la loi applicable, la mineure, par le cas d'espèce et la conclusion, par la sentence, mais il ne nous dit pas si le juge doit consigner sa démonstration par écrit⁷⁸. Enfin, Voltaire, pourtant si critique du pouvoir judiciaire, ne dit presque rien de la non-motivation des décisions, si ce n'est une boutade en passant : « Y a-t-il quelque honte à rendre raison de son jugement ? »⁷⁹.

En fait, l'opinion publique naissante avait été ici beaucoup plus loin que les philosophes : les trois ordres critiquaient la fameuse formule « pour les cas résultant du procès » depuis près d'un siècle et demandaient que tous les jugements, et non pas seulement les jugements criminels, soient motivés⁸⁰. En effet, en matière pénale, lorsque la procédure était devenue écrite et secrète, les parlements avaient adopté la formule honnie des justiciables de « pour les cas résultant du procès » qui les dispensait d'indiquer les causes des condamnations⁸¹. Dès 1614, les états de Paris avaient rouvert le débat. Le troisième ordre avait réclamé, en sus de lois écrites encadrant le pouvoir des juges, la motivation des arrêts, au moins ceux « donnés sur l'interprétation des coutumes ou points de droit » parce qu'en ce cas les motifs « serviroient eux-même de loy ».

D'après Corinne Bléry, les cahiers de doléance font large place à la réforme judiciaire, notamment à la question de la motivation, puisque les trois ordres exigent des juges qu'ils mentionnent dans leurs jugements pénaux l'énoncé des faits, une motivation en droit, le juge devant préciser la nature du délit et les chefs de l'accusation, les preuves sur lesquelles le juge s'est fondé, la citation du texte de la loi ou même son extrait (ce qui va plus loin que la pratique actuelle des visas en France !)⁸². D'après elle, le tiers état de Toulon réclame que soit « ajouté en queue des sentences et arrêts, un procès-verbal d'opinion dans lequel les juges qui auront été d'un avis contraire au jugement, donneront les motifs particuliers à leur opinion », c'est-à-dire des opinions séparées sur le modèle anglo-saxon, toujours inconnu à ce jour des juridictions françaises.

⁷⁶ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre VI, Chap. 1 et 4.

⁷⁷ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XI, Chap. 6.

⁷⁸ Beccaria, *Des délits et des peines*, § 4.

⁷⁹ *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Chap. XXIII, in *Mélanges*, éd. De la Pléiade, 1965, p. 825.

⁸⁰ Sur l'origine et l'utilisation de cette formule, voir Arlette Lebigre, « “Pour les cas résultant du procès”, Le problème de la motivation des arrêts », *Revue d'histoire de la justice*, N° 7, 1994, p. 30.

⁸¹ André Laingui et Arlette Lebigre, *Histoire du Droit pénal*, t. 2, Paris : Cujas, 1980, p. 104 et note 10.

⁸² Corinne Bléry, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790? », *Revue histoire de la justice*, N° 4, 1991, n° 4, pp. 79-97.

Un aspect significatif de ce mouvement de société avant la lettre en faveur de la motivation fut l'engouement pour les « mémoires judiciaires » à la fin du dix-huitième siècle, témoignage de la soif de transparence de la société française face au secret des tribunaux⁸³. Ces mémoires judiciaires sont des textes privés dans la mesure où leur usage est censé être limité aux seuls tribunaux. Rédigés par des avocats et remis aux juges avant la sentence, ils se présentent sous la forme de plaidoyers autobiographiques développant avec force détails les faits et les moyens de la cause. En pratique, nombre de ces mémoires sont publiés et vendus, véritables *best sellers* tirés parfois en des milliers d'exemplaires. L'un des auteurs résume ainsi la situation : « Les mémoires, imprimés sans nécessité, répandus avec profusion, sont devenus moins la défense des clients qu'un objet d'amusement et de curiosité pour le public, bien plus une affaire de commerce dans la librairie et une spéculation l'intérêt pour les avocats. »⁸⁴. Alors qu'un règlement du 18 mars 1774 tente d'endiguer le phénomène, la controverse se fait encore plus vive, les défenseurs des mémoires présentant leur publicité comme une arme pour combattre l'arbitraire des juges.

3—Conséquence de cette histoire sur la motivation à la française

Les grands réformateurs du dix-huitième siècle, Montesquieu et Beccaria en tête, ont proposé une approche résolument formelle du raisonnement juridique, fondée sur la syllogistique de la tradition aristotélicienne. Pour Montesquieu, l'on sait que le juge ne doit être qu'une « bouche de la loi »⁸⁵, et pour Beccaria, son jugement ne doit comporter qu'un seul syllogisme⁸⁶. La doctrine du syllogisme judiciaire, reprise par les révolutionnaires français, est avant tout un outil de soumission du juge du nouveau régime qui doit oublier qu'il est un individu animé de préférences et de subjectivité et se contenter d'appliquer mécaniquement les règles générales posées par le législateur. Ainsi, selon Montesquieu, le pouvoir des juges doit être comme « invisible » et « nul », ce qui le conduit à rejeter la professionnalisation des magistrats au profit de jurés tirés périodiquement au sort parmi les citoyens. Idéalement, pour les révolutionnaires de 1790, il faudrait aussi se passer de juges, mais comme c'est impossible en pratique, ils font tout pour minimiser leur influence, et en premier lieu, ils les soumettent à une obligation de motivation.

Cette vieille suspicion à l'égard du juge n'a pas tout à fait disparu des esprits et des institutions juridiques, comme en témoigne la Constitution française actuelle qui parle d'« autorité judiciaire » et non du « pouvoir judiciaire »⁸⁷. Tout se passe comme si la prescription de Montesquieu régnait toujours sur les esprits. Significativement, la doxa enseignée aux étudiants de droit lors de leur première année d'études demeure celle du

⁸³ Sarah Maza, « Le Tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 42, 1987, pp. 73-90.

⁸⁴ Cité par Sarah Maza, « Le Tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 42, 1987, p. 78.

⁸⁵ Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XI, chap. 6.

⁸⁶ Beccaria, *Des délits et des peines*, § 4.

⁸⁷ Cf. Titre VIII, intitulé « De l'autorité judiciaire ».

sylogisme judiciaire. On ne manque pas d'asséner aux futurs juristes qu'une décision de justice doit toujours revêtir la forme logique de l'application d'un *modus ponens*. La majeure est donnée au juge, c'est la règle de droit générale tirée de la Constitution, de la loi ou du règlement, qui doit régir les faits en question, la mineure, ce sont les faits qu'il doit établir lui-même (s'il s'agit d'une juridiction du fond), et la conséquence en résulte par simple déduction. Par exemple :

Majeure: Les voleurs doivent être punis d'une peine de prison.
Mineure: Gaston est un voleur.
Conclusion: Gaston doit être puni d'une peine de prison.

Cette présentation n'est pas si anachronique dans la mesure où les décisions judiciaires françaises, y compris celles des cours souveraines, obéissent toujours à un canon bien établi qui suit la trame suivante :

LA COUR
LE CONSEIL D'ETAT
LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Vu [la Constitution, notamment son article... les articles... et... du Code... la loi n°... l'ordonnance n°...];

Attendu que...;

Considérant que... ;

Que... ;

PAR CES MOTIFS,

[CASSE, REJETTE, DECIDE, ETC.].

Article 1^{er} : La requête... L'arrêté... de ... est... [rejetée, annulé, etc.].

L'arrêt français traditionnel adopte bel et bien, encore aujourd'hui, la forme syllogistique qui lui a été imposée en 1790 afin de brider le pouvoir des juges de l'Ancien Régime. Il consiste généralement en une phrase unique et rédigée à la troisième personne du singulier, le sujet étant la juridiction et la décision étant censée être collégiale. Le juge rapporteur ne figure pas en tant qu'individu dans l'arrêt, qui n'est pas supposé se faire écho de l'opinion personnelle de ses auteurs. L'arrêt est conçu comme une pure application de la loi, rendu « au nom du peuple français », par l'institution elle-même (« La Cour »), et non par des individus faillibles. L'arrêt « vise » les textes dont il est fait

application en les citant par un numéro⁸⁸. Les visas sont ainsi caractérisés par leur place et par leur rôle : figurant avant les motifs et le dispositif, ils ont vocation à regrouper les textes applicables, dans un ordre reflétant en principe une hiérarchie entre les normes applicables. Quand le texte de l'article de loi est paraphrasé dans l'arrêt, ou même quand il est cité, c'est sans guillemet. Placés en exergue du jugement, les visas indiquent les éléments que le juge a « vus » avant de rendre sa décision ; les visas ne renseignent qu'indirectement sur la motivation de la décision⁸⁹.

L'arrêt des cours souveraines françaises vise à produire une image du juge réduit à la mise en œuvre d'une démarche de simple confrontation entre des normes hiérarchisées, sans possibilité de développer ouvertement une réflexion sur l'opportunité d'appliquer telle ou telle norme, sur la façon préférable de l'interpréter, sur les conflits éventuels de jurisprudence, ou encore sur les enjeux politiques, sociaux et économiques de la décision, etc. L'arrêt reste entièrement univoque et ne suggère jamais la possibilité d'autres solutions⁹⁰. Le modèle français repose sur une logique de la verticalité : une norme inférieure est confrontée à une norme supérieure dont découle la décision juridictionnelle⁹¹. Le paradoxe français, cependant, consiste en ceci que l'obligation de motivation des décisions de justice, initialement posée afin de museler les juges et assurer le triomphe de la loi, s'est progressivement transformée en instrument d'émancipation, en particulier pour les cours souveraines. En effet, au lieu de limiter leurs motivations à une fonction de vérification de l'application pure et simple de la norme supérieure, les cours souveraines se sont mises à développer des jurisprudences et à *communiquer* avec leurs audiences.

4—Une fonction de communication de la motivation

⁸⁸ En matière judiciaire, l'obligation est posée par l'article 1020 du Nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « l'arrêt vise le texte de loi sur lequel la cassation est fondée ». Voir André Perdriau, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *Juris-Classeur périodique*, 1986, I, p. 3257. En matière administrative, l'article R. 741-2 du Code de justice administrative précise quelles sont les « mentions obligatoires de la décision » : celle-ci doit contenir « le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application ».

⁸⁹ Le lien entre motivation et visas est illustré par la souplesse de la jurisprudence administrative, admettant que la motivation puisse suppléer à l'insuffisance des visas. L'absence de visas rédigés en bonne et due forme ne vicie pas le jugement, si sa motivation renseigne suffisamment sur les moyens et conclusions des parties ainsi que sur les textes appliqués. Pour un état de la jurisprudence, voir René Chapus, *Contentieux administratif*, Paris : Montchrestien, 11^{ème} éd., 2004, p. 997, n° 1173-3.

⁹⁰ Exemple cité par le doyen André Perdriau : employeur condamné par un conseil des prud'hommes à payer diverses indemnités à un de ses salariés s'est pourvu en cass. La Cour de cass a rejeté un tel recours le par le simple « attendu que le jugement n'encourt pas les griefs du moyen » (Cass, 22 novembre 1995, ch. soc. (sur pourvoi n° 92-43.785 T). Voir André Perdriau, « Des "arrêts brevissimes" de la Cour de cassation », *Juris-Classeur périodique*, Doctrine, n° 3943, 1996, pp. 257-262.

⁹¹ En réalité, la formulation des visas revêt parfois une importance stratégique, l'exemple le plus connu étant la décision du Conseil constitutionnel *Liberté d'association* de juillet 1971, qui vise « la Constitution et notamment son préambule » et étend donc le bloc de constitutionnalité. Voir Décision 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, Rec. 29.

Mon hypothèse est que si les cours souveraines d'aujourd'hui motivent leurs décisions, et le plus souvent, de façon bien plus précise et plus détaillée que toute autre institution, c'est que la motivation y exerce une fonction bien différente que celle envisagée par les révolutionnaires. A la différence des juridictions du fond, pour lesquelles il reste vrai que la motivation joue un rôle disciplinaire, les cours souveraines se sont affranchies du rôle disciplinaire initialement attribué à la motivation et ont développé à sa place une nouvelle forme de motivation visant à communiquer et à légitimer. Dans une cour souveraine, la motivation n'est pas destinée principalement à convaincre les parties au litige ou les collègues de l'institution de rang hiérarchique supérieur du bien-fondé de la décision, comme c'est le cas pour le juge du fond, mais à communiquer avec différentes audiences, qu'il s'agisse des juridictions de rang égal ou inférieur, des autres organes de l'État, ou du public dans son ensemble.

Ce nouveau type de motivation, exerce à la fois une fonction « interne » et une fonction « externe » à la juridiction. A travers leurs arrêts, les cours souveraines construisent leurs réputations auprès de différentes audiences, allant des collègues de la juridiction au grand public, en passant par toutes sortes d'audiences intermédiaires, ce qui leur permet d'accroître leur influence politique, juridique et sociale sur la société. La motivation représente ainsi un double instrument de communication : communication « interne » avec les autres juridictions, nationales ou internationales, et communication « externe » avec les autres organes étatiques, le barreau, la doctrine, les médias, et le grand public, dans la mesure où les motifs avancés dans les arrêts s'adressent potentiellement à tous les citoyens.

1—Communication interne

Pourquoi et comment la motivation constitue-t-elle un instrument de communication entre juges, non seulement au niveau national, mais aussi au niveau international⁹² ? Prenons comme exemple le cas français. Les trois juridictions françaises interviennent dans des domaines distincts : la Cour de cassation contrôle les actes privés ; le Conseil d'État, les actes administratifs ; quant au Conseil constitutionnel, il a pour mission de vérifier la constitutionnalité des lois et traités internationaux. Les rapports entre ces trois institutions sont limités. Comme on l'a vu plus haut, d'après la Constitution, il n'existe pas de hiérarchie entre ces juridictions ; elles sont toutes les trois des cours souveraines, indépendantes d'un point de vue organique. Leurs décisions sont insusceptibles de recours les unes auprès des autres. Leurs différentes missions laissent apparemment peu de place au dialogue et à la compétition : comment des juridictions qui interviennent dans des domaines si différents pourraient-elles entrer en relation ?

La motivation fonctionne de plus en plus comme un élément de communication inter-juridictionnelle, permettant aux magistrats de communiquer à propos des normes

⁹² Anne Marie Slaughter, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003, pp. 191-220.

communes qui leur servent de référence dans leur contrôle. Dans la mesure où il n'existe pas de dialogue formel, de relation institutionnelle officielle entre les trois organes, la circulation de l'information entre juges se développe de façon spontanée au moyen de motivations interposées. Les normes constitutionnelles sont à cet égard un terrain d'échanges privilégié. Comme le souligne Jacques Meunier, si, de leur côté, les juges ordinaires exécutent les décisions du Conseil constitutionnel⁹³, conformément aux prescriptions de l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, et prennent largement en compte sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel, pour sa part, et sans qu'aucune obligation juridique ne pèse sur lui, prend aussi largement en considération leurs solutions⁹⁴. À cette occasion, des interactions naissent entre les trois cours.

Nous avons ici affaire à un domaine où la contrainte est impuissante : chaque cour étant souveraine, il est impossible de la contraindre à accepter une solution proposée par une autre. Bien entendu, il existe parfois des formes d'obligation venant limiter leur liberté. Ainsi, en vertu du principe de primauté du droit communautaire, les juridictions des États membres de l'Union européenne sont tenues de respecter les solutions dégagées par la juridiction communautaire « suprême », la Cour de justice de l'Union européenne⁹⁵ ou par la Cour européenne des droits de l'homme, qui juge en dernier ressort des litiges mettant en œuvre une obligation garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme⁹⁶. Mais là où la contrainte est inopérante, il faut en passer par des argumentations et un travail de conviction, d'où le rôle primordial de la motivation dans le dialogue inter-juridictionnel. Cet effort de conviction suppose une forme de réciprocité. Au niveau national du moins, plus une juridiction fait preuve de déférence et d'attachement vis-à-vis de la jurisprudence d'une autre juridiction, plus cette dernière sera à son tour encline à prendre en compte les solutions de la première. À l'inverse, là où la réciprocité fait défaut, une forme de compétition se développe. Cela peut aboutir à des divergences persistantes entre juges⁹⁷.

⁹³ Un exemple classique à cet égard se trouve dans les arrêts de la Cour de cassation du 25 avril 1985, *Bogdan et Vuckovic*, souvent présentés comme les premières manifestations de la prise en compte par la Cour de cassation des solutions dégagées par le Conseil constitutionnel, en l'occurrence en matière d'atteintes aux libertés individuelles.

⁹⁴ Jacques Meunier, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel – essai d'analyse stratégique*, Paris : L.G.D.J. ; Bruxelles : Bruylant, 1994, notamment p. 334. Voir aussi Arnaud Derrien, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, N° 105, 2003, pp. 41-52.

⁹⁵ Le principe de primauté est un principe non inscrit dans les traités CE et UE. Il a été dégagé par la Cour de justice dans l'arrêt du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa contre Ente Nazionale per l'Energia Elettrica*. Dans l'arrêt *Simmenthal* de 1978 la CJCE a confié aux juges nationaux la mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire, y compris le droit créé par la jurisprudence de la CJCE.

⁹⁶ En vertu de l'article 46, § 1 de la Convention, les Etats signataires « s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties ». Cet engagement implique pour l'Etat défendeur des obligations juridiques bien précises. Il s'agit, d'un côté, de mesures en faveur de requérants pour faire cesser l'acte illicite s'il se perpétue et en effacer, autant que possible, les conséquences (*restitutio in integrum*), et, de l'autre, de prendre les mesures nécessaires pour éviter de nouvelles violations semblables.

⁹⁷ Ce fut notamment le cas entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat à propos de la question du silence gardé par l'administration. Ce silence signifiait, selon le Conseil constitutionnel, une décision de rejet, tandis qu'il représentait, pour le Conseil d'Etat, une décision d'acceptation. Comparer en ce sens la

Pour pouvoir convaincre, il faut d'abord expliquer. L'utilisation de la motivation dans une optique de communication accentue donc la fonction pédagogique de la motivation, censée convaincre du bienfondé de la décision, donner de bonnes raisons de s'y soumettre. Ainsi, en dépit de la persistance du style syllogistique, on constate ici et là des évolutions, surtout du côté du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, qui pour certaines décisions particulièrement complexes, orientent leurs motivations vers le modèle des dissertations doctrinales, organisées en titres et sous-titres. Il faut sans doute y voir la volonté des cours d'être comprises non seulement par leurs audiences internes, mais aussi par des audiences externes.

Le dialogue des cours est le plus souvent implicite, mais il est parfois pleinement assumé, se manifestant par des références expresses aux décisions d'autres juridictions. Même si, à la différence des juridictions anglo-saxonnes, les cours souveraines françaises et européennes restent relativement timides en matière de références explicites à la jurisprudence d'autres cours, les références implicites sont de plus en plus courantes, à tel point que Pierre Pescatore, l'un des pères de l'Europe ayant siégé comme juge à la CJUE pendant dix-huit ans, a pu parler de l'émergence d'un « pouvoir judiciaire européen »⁹⁸. Cette fonction de communication interne de la motivation soulève de nombreuses questions, comme celle de savoir si le « dialogue » des juges par le biais de la motivation amène les juridictions à devenir plutôt concurrentes ou partenaires. Est-ce que ce mouvement conduit, en définitive, à ce que les décisions rendues par les différentes cours ne soient pas isolées, mais intégrées dans un corpus cohérent de décisions de justice? Une réponse exhaustive à ces interrogations dépasserait le cadre de la présente recherche, mais la fonction de communication externe de la motivation permet d'en éclairer certains enjeux sous-jacents.

2—Communication externe

De nos jours, nombre de juristes, politologues et sociologues présupposent que les motivations des cours souveraines s'adressent non pas seulement aux seules parties et à aux audiences internes décrites plus haut, mais aussi à une série d'audiences externes telles que le barreau, la doctrine, les médias et, de façon plus générale, le grand public. Il s'agit là d'une thèse à la fois descriptive et normative.

Du point de vue descriptif, cette thèse, originellement développée à propos des

décision *Protection des sites*, 69-55 L, 26-6-1969, et l'arrêt *Commune de Bozas*, 27-2-1970.

⁹⁸ Par exemple entre la CJUE et la CEDH. Voir Sionaidh Douglas-Scott, « A Tale of Two of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing Europe Human Rights Acquis », *Common Market Law Review*, Vol. 43, 2006, pp. 629-665. Voir plus généralement Francis G., Jacobs, « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, pp. 547-56.

juges américains⁹⁹, si elle s'applique sans trop de difficulté aux juridictions européennes, doit être nuancée à propos des cours françaises. Y compris aux Etats-Unis, ce n'est que depuis relativement récemment que les juges se sont mis à toucher des audiences externes de plus en plus large. Dans les années 1950, Anthony Lewis fut l'un des premiers journalistes américains à se spécialiser dans le suivi de la Cour suprême, pour le compte du *New York Times*. Ce type de journalisme spécialisé est encore pratiquement inconnu des cours souveraines françaises et européennes. Les cours souveraines nationales des pays européens ne sont devenues connues du grand public que depuis peu. Longtemps, leurs décisions ont surtout été lues et commentées par la doctrine et les professionnels du droit, mais elles n'ont effectivement commencé à faire l'objet de débats dans les médias et parmi le grand public qu'à partir des années 1970-80. Pour se limiter à l'exemple français du Conseil constitutionnel, il a fallu attendre que celui-ci ne devienne véritablement « constitutionnel » à la suite de sa décision *Liberté d'association* de 1971, et non plus « chien de garde de l'exécutif », pour que ses décisions connaissent un large retentissement auprès des Français.

La thèse de la communication externe doit être également nuancée au sens où, à la différence de ce qui se passe aux Etats-Unis, ce ne sont, côté européen, pas tant les juges qui communiquent de façon individuelle au travers d'opinions individualisées au style bien reconnaissable, mais plutôt la juridiction dans son ensemble, en tant qu'institution collégiale parlant d'une seule voix, puisque les juges français, et dans une moindre mesure, les juges européens, ne sont pas des personnalités publiques singularisées. Une enquête récente réalisée aux Etats-Unis par FindLaw — la filiale de Thomson Reuters spécialisée dans la mise en ligne de contenus juridiques — déplore que seul un Américain sur trois soit capable de nommer au moins un juge de la Cour suprême américaine¹⁰⁰. Mais combien de Français pourraient citer le nom d'un juge de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat, voire un conseiller constitutionnel ? Combien de citoyens européens connaissent au moins un juge de la CJUE ? Combien de ressortissants des États signataires de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme sont à même d'indiquer le nom d'un juge de la CEDH ?

Il existe toutefois un point de convergence européen/état-unien en matière de communication externe des cours souveraines : le développement irrésistible de leur présence en ligne au moyen de sites Web de plus en plus complets, mettant les arrêts à la disposition du public dans des délais souvent extrêmement brefs, arrêts parfois accompagnés de communiqués de presse, de dossiers documentaires et autres commentaires. Certaines cours ont des stratégies très agressives en matière de communication externe, qui exploitent les nouveaux médias : on ne compte plus les blogs de juridictions, les comptes Twitter (le Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat, la Cour suprême du Royaume Uni, la CEDH, et la CJUE ont des comptes Twitter officiels), les pages Facebook, etc. Bref, des deux côtés de l'Atlantique, même si c'est à des degrés

⁹⁹ Lawrence Baum, *Judges and Their Audiences : A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton : Princeton University Press, 2006.

¹⁰⁰ Mark Hansen, « Two-Thirds of Americans Can't Name Any U.S. Supreme Court Justices, Says New FindLaw.com Survey », *American Bar Association Journal*, 20 août 2012.

variables, les cours souveraines se considèrent comme des acteurs publics qui ont pour mission de rendre leurs décisions accessibles et compréhensibles au plus grand nombre.

En son sens normatif, la thèse de la communication externe impose de reconceptualiser la notion de motivation des décisions de justice dans la mesure où des motifs laconiques et présentés sous forme syllogistique, souvent incompréhensibles aux profanes, ne pourraient toucher toutes les audiences externes visées. Le philosophe John Rawls va encore plus loin, qui soutient que les motivations des décisions des cours souveraines, parce qu'elles ont vocation à s'adresser à l'ensemble d'une communauté nationale (ou internationale), doivent être soumises à ce qu'il appelle la contrainte de la « raison publique »¹⁰¹. D'après lui, « ... la raison publique est la raison des citoyens égaux qui, constitués en corps collectif, exercent le pouvoir politique et coercitif ultime les uns sur les autres en promulguant des lois et en amendant leur constitution. »¹⁰²

La contrainte de la raison publique signifie que les motifs justifiant le dispositif d'une décision de justice doivent non seulement être clairs et explicites, mais doivent aussi être acceptables par l'ensemble des membres de la société, ce qui exclut le recours par les juges à des arguments tirés de ce que Rawls nomme des « doctrines compréhensives », c'est-à-dire des doctrines philosophiques, morales, politiques, économiques, etc. Toutes ces doctrines sont véhiculées par la société civile et forment ce que Rawls appelle la « culture environnante » (« *background culture* »)¹⁰³. Dans une société démocratique caractérisée par un pluralisme moral, politique et religieux, les décisions publiques (qu'il s'agisse des décisions des juridictions ou des lois votées par le parlement) doivent être justifiées par des raisons publiques au sens où elles sont admissibles par tous. Les raisons non publiques sont les raisons avancées par les citoyens lorsqu'ils agissent non pas d'abord en tant que citoyens d'une communauté politique nationale, mais au titre d'une association regroupant des intérêts privés, comme une église, un syndicat, une université, un club privé, etc. Dans ce cadre, il est parfaitement convenable qu'ils fassent appel à des doctrines compréhensives afin de motiver leurs actions et décisions. Mais lorsqu'ils s'expriment à titre de citoyens engagés dans des activités telles que celles de candidats aux élections, de législateurs ou de juges suprêmes, Rawls exige qu'ils se cantonnent au domaine de la raison publique. Ainsi, les juges des cours souveraines sont invités à résoudre les litiges en ne faisant appel qu'à des raisons publiques, et doivent mettre entre parenthèses leurs croyances religieuses, leurs convictions morales et leurs engagements particuliers. Les références à la parole de Dieu, les appels à l'autorité des maîtres ou les arguments moraux sur le sens de la vie bonne sont, dans cette théorie, frappés de nullité.

Paradoxalement, la thèse Rawlsienne ne semble pas poser problème pour la motivation à la française dans la mesure où les arrêts français sont si désincarnés,

¹⁰¹ En particulier dans « The Idea of Public Reason Revisited », in Samuel Freeman, éd., *Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 573-615.

¹⁰² John Rawls, *Libéralisme Politique*, Paris : P.U.F., 2001, pp. 261-214.

¹⁰³ John Rawls, « The Idea of Public Reason Revisited », in Samuel Freeman, éd., *Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 576.

n'employant que des arguments juridiques dépersonnalisés, qu'ils n'ont pratiquement jamais l'occasion de recourir à des raisons non publiques. Mais le revers de la médaille est que les motivations françaises, en dépit de leur ambition de toucher des audiences externes, restent souvent cryptiques et difficilement accessibles aux non-initiés qui n'ont pas accès aux motivations exogènes telles que les conclusions éventuelle des avocats généraux ou des rapporteurs public, les éléments d'explication possibles avancés dans le rapport annuel de la juridictions, les commentaires doctrinaux, etc.¹⁰⁴, qui elles, permettent réellement de comprendre le sens et la portée des décisions de justice.

Pour conclure, l'histoire et la théorie française de l'obligation de motiver les décisions de justice est particulièrement tumultueuse dans la mesure où le principe reste tiraillé entre une interprétation disciplinaire qui en fait un instrument de contrôle des juges et une interprétation créative qui y voit un outil de communication pour les juges à des fins de développement de leur jurisprudence et d'extension de l'influence juridique, politique et sociétale des cours souveraines. Le chapitre suivant introduit la méthodologie du droit comparé afin de comprendre comment les motivations françaises, en dépit de leur apparence syllogistique, procèdent néanmoins d'un énorme travail de réflexion, de contradiction et de délibération, qui explique la prétention des cours souveraines à atteindre un public de plus en plus large.

¹⁰⁴ Mitchel de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford et New York : Oxford University Press, 2004; Frédéric Descorps Declère, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, N° 40, 2007, Études et commentaires, pp. 2822-2828.

Chapitre 2 : Deux types de cultures organisationnelles internes aux cours souveraines

I—De la motivation comme notion juridique à la motivation comme production professionnelle

Traditionnellement, les travaux juridiques sur la motivation des décisions de justice s'intéressent avant tout à l'« *output* » d'une cour, c'est-à-dire à son produit fini, les arrêts tels qu'ils sont publiés, plutôt qu'aux processus de production de ces arrêts, que Bruno Latour nomme « la fabrique du droit »¹⁰⁵. Tout se passe comme si les décisions de justices émergeaient *ex nihilo*, délivrées par des oracles, dont on ignore tout ou presque du mode de divination. En France, la hantise du « sociologisme » est en effet telle que les juristes se refusent souvent à considérer les facteurs dits « extra-juridiques » à l'œuvre dans le droit en général et dans l'élaboration des décisions de justice en particulier. La récente publication des procès verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel ayant eu lieu il y a vingt-cinq ans ou plus représente une exception à cet égard dans la mesure où les auteurs présentent et analysent les échanges entre conseillers constitutionnels qui se sont déroulés pour mieux comprendre leurs décisions¹⁰⁶. Toutefois, comme le fait remarquer l'ancienne conseillère constitutionnelle Dominique Schapper, ces comptes rendus « ne font apparaître qu'une part limitée de ce qui se passe réellement puisqu'ils ne donnent aucune information sur le travail et les débats qui ont précédé la séance plénière »¹⁰⁷. En insistant souvent sur le caractère exclusivement « juridique » de la motivation et en négligeant sa dimension culturelle, professionnelle, stratégique, voire politique, les juristes affirment sans doute leur propre légitimité à commenter la jurisprudence. Ils interprètent les décisions de justice en s'attachant avant tout à leur portée interne au droit, là où les sociologues ont plutôt tendance à y voir les reflets d'une structure organisationnelle donnée. En ce sens, la présente étude adopte un point de vue sociologique dans la mesure où elle s'intéresse aux motivations des décisions de justice en tant que produits finis des cours souveraines et non pas en tant qu'instruments d'élucidation de leur jurisprudence.

Lorsqu'ils ne commentent pas les motivations en termes purement juridiques, les juristes se portent généralement sur le style et la structure des motifs¹⁰⁸. Concernant

¹⁰⁵ Bruno Latour, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris : La Découverte, 2004.

¹⁰⁶ Bertrand Mathieu et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris : Dalloz, 2009.

¹⁰⁷ Dominique Schnapper, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, pp. 28-9.

¹⁰⁸ Voir par exemple Pierre Mimin, *Le style des jugements*, 4^e éd., Paris : Librairies techniques, 1970 ; Raymond Lindon, *Le style et l'éloquence judiciaires*, Paris : Albin Michel, 1968 ; Robert Catherine et Jean-Michel Jarry, *Le style administratif*, Paris : Albin Michel, 1996 ; Fanny Malhière, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel) : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Thèse de doctorat soutenue le 10 décembre 2011 à l'Université Montpellier I ; Pierre Estoud, *Les jugements civils : Principes et méthodes de rédaction*, Paris : Litec, 1988.

d'abord la structure, plusieurs questions sont mises en avant : s'agit-il d'une « phrase voulue unique » (selon la tradition française) ou plutôt d'un « ensemble composé » (selon le modèle de la Cour suprême des Etats-Unis)? La décision est-elle divisée en parties et sous-parties ? L'utilisation des titres et des sous-titres est-elle de mise ? La cour cite-t-elles les précédents explicitement ? Comment le raisonnement juridictionnel est-il construit ? Quelle place accorde-t-il au cadre juridique, aux faits de l'espèce, à la déduction logique? Certains juristes se préoccupent aussi du style et de la longueur de la motivation : y a-t-il personnalisation et subjectivisation ou formulation objective de la décision ? Y a-t-il un souci de concision, voire de laconisme ou bien privilégie-t-on un exposé détaillé des raisons ayant conduit le juge à la solution retenue ? Le dispositif : est-il unanime ou majoritaire ? Y a-t-il des spécificités dans sa rédaction ? Au nom de qui la décision est-elle rendue ?

Sur la base de ce type d'interrogations, on peut distinguer trois grands modèles de rédaction des motivations des décisions de justice :

1— À un extrême, on trouve la pratique traditionnelle anglaise consistant à délivrer des motifs « *seriatim* », c'est-à-dire chaque juge l'un après l'autre. Un à un les membres de la formation de jugement expriment personnellement leur opinion — oralement ou par écrit — sans qu'aucun effort ne soit fait pour dégager une motivation commune qui serait celle de la juridiction ou de la formation de jugement considérée comme entité collective¹⁰⁹. Même si les juges sont d'accord, il n'y a pas en principe de décision unique et en tout cas jamais de décision anonyme, puisque chaque juge doit individuellement développer sa position, ou indiquer qu'il se rallie à l'opinion de l'un ou l'autre de ses collègues. La motivation *seriatim* avait jusqu'à récemment un sens institutionnel fort pour la cour souveraine anglaise, à savoir l'ancienne instance judiciaire de la Chambre des Lords, devenue depuis 2009 la Cour suprême du Royaume Uni, dans la mesure où en théorie, les juges (appelés « Law Lords ») ne faisaient que *recommander* une solution aux membres du parlement. C'est ce que souligne un ancien Law Lord interrogé pour cette recherche : « à la Chambre des Lords (...), qui n'était pas une juridiction, mais faisait partie du parlement, et où les arrêts étaient techniquement des discours (« *speeches* »), il était absolument naturel pour ceux-ci d'être *seriatim* puisqu'il s'agissait de discours à l'attention des Chambres, dans le but de recommander un résultat particulier dans une affaire »¹¹⁰. La cour suprême des Etats-Unis, mise en place en 1790, rendit pendant ses premières années d'existence ses jugements *seriatim*, suivant la tradition anglaise, jusqu'à ce que John Marshall, nommé président de la cour en 1801, ne mette fin à cette pratique¹¹¹. À l'époque, le Président des Etats-Unis, Thomas Jefferson,

¹⁰⁹ Louis Blom-Cooper et Gavin Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Oxford : Clarendon Press, 1972, pp. 81-82, et p. 523. Cette pratique fut temporairement abolie par Lord Mansfield au King's Bench en 1756, mais demeura jusqu'à récemment le mode de motivation dominant au Royaume Uni. Aujourd'hui la Cour suprême du Royaume Uni ne délivre plus que rarement cinq opinions séparées. Voir Alan Paterson, *The Law Lords*, Toronto et Buffalo : University of Toronto Press, 1982, pp. 109-10.

¹¹⁰ Entretien avec L.C, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012, traduction Mathilde Cohen.

¹¹¹ Kermit L. Hall *et al.*, éd., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York :

fervent anti-fédéraliste, donc à l'opposé sur l'échiquier politique du fédéraliste Marshall, fût le grand défenseur des opinions *seriatim*, qu'il préconisait pour quatre raisons principales : 1) elles constituaient selon lui une garantie de transparence et de responsabilité, 2) elles montraient que chaque juge avait effectivement considéré et compris le cas d'espèce, 3) elles permettaient de moduler le poids d'un précédent sur la base de la répartition des votes des juges et 4) elles permettaient aux futurs juges d'opérer revirement de jurisprudence sur la base du raisonnement de leurs prédécesseurs¹¹².

2— À un autre extrême, la motivation à la française ne laisse transparaître aucun désaccord ou même aucune tonalité individuelle : c'est l'artifice post-révolutionnaire de la phrase unique et impersonnelle, qui commence par « au nom du peuple français » et s'achève par le dispositif. Le jugement français se compose d'une seule phrase avec un seul sujet, généralement le nom de la juridiction : « La Cour de cassation », « Le Conseil d'État », ou « Le Conseil constitutionnel », et un seul verbe, que l'on découvre parfois plusieurs pages plus loin : « casse et annule », « rejette », « décide », etc. La motivation à la française n'explique pas dans le corps de l'arrêt les raisons pour lesquelles les juges ont décidé de suivre telle ou telle règle et de l'interpréter de telle ou telle façon : l'arrêt ne se rapporte ni à la jurisprudence ni à la doctrine et n'ouvre pas la possibilité d'autres solutions. Les cours françaises n'autorisent pas les opinions séparées et continuent de produire des arrêts qui se présentent comme issus de la formation de jugement conçue comme entité indivisible, ne manifestant pas la moindre trace de discordance ou d'hésitation (la Cour de justice de l'Union européenne suit en ce sens l'exemple français). La décision de justice n'est pas censée refléter une opinion personnelle et l'identité du juge rapporteur, auteur de la décision, n'est donc pas généralement connue. Lorsque l'arrêt est suivi des noms des juges, par exemple, de celui du président de la juridiction ou du juge rapporteur, ou encore des membres ayant siégé, il s'agit d'une fonction d'authentification et de régularité formelle de l'acte et non pas d'une déclaration d'adhésion au contenu de la décision. Le résultat du vote de la formation de jugement n'est pas non plus indiqué sur l'arrêt.

3— Enfin, le modèle intermédiaire serait le modèle américain, qui, comme on vient de le noter, voit le jour à la Cour suprême sous la présidence de Marshall (1801-1835). Ici, une « *opinion* » rédigée par l'un des juges est adoptée par une majorité de la Cour et peut s'accompagner d'opinions séparées en cas de désaccord entre juges, qu'il s'agisse d'opinions dissidentes ou concordantes. Chaque juge écrit à titre individuel, à la première personne, et signe son opinion, ou indique explicitement s'il joint l'une des opinions rédigées par un autre juge. Contrairement au modèle anglais, il existe en principe une opinion majoritaire que l'on peut attribuer à la juridiction comme entité collective. Ce style américain mit quelques décennies à se mettre en place : durant les premières années de sa présidence, le président Marshall, désireux de renforcer le pouvoir judiciaire en faisant parler la Cour d'une seule voix, parvint tant bien que mal à imposer une opinion unique pour la Cour, assez proche somme toute du modèle français, puisque

Oxford University Press, 1992, pp. 779-80.

¹¹² Kermit L. Hall *et al.*, éd., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York : Oxford University Press, 1992, p. 305.

cette opinion était généralement entièrement rédigée par Marshall et signée par lui et non par les autres juges¹¹³. La première décision de la Cour dans ce style fut *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. 1 (1801)¹¹⁴. Ce n'est qu'après le départ de Marshall de la Cour que les opinions séparées revinrent au goût du jour et se multiplièrent à un rythme croissant au cours du vingtième siècle.

Ces trois modèles ont une très grande valeur heuristique pour comprendre les différences de style entre les motivations des cours souveraines, mais ils ne nous disent pas grand-chose sur la manière dont les motivations sont produites. Or, le parti pris de cette étude, tel qu'annoncé plus haut, est de s'intéresser au style et à la structure de l'arrêt non comme des fins en soi, mais en tant que ceux-ci reflètent le processus de production de la décision. Afin de mieux comprendre la motivation, il faut l'envisager, c'est l'une de mes hypothèses de recherche, non pas d'abord comme une opération juridique, mais plutôt comme une tâche *professionnelle* comme une autre qui incombe aux juges et qui obéit donc à des principes d'organisation du travail et, notamment, de division du travail au sein d'une juridiction donnée¹¹⁵. Il est d'ailleurs remarquable que les procédures de décision des juges, qu'il s'agisse de la façon dont ils distribuent les dossiers parmi les membres de la cour, les instruisent, rédigent leurs arrêts, ou délibèrent, constituent un angle mort du droit processuel ou tout du moins une zone de flou. Ni les textes législatifs, ni les règlements de procédure internes des cours étudiées ne viennent dicter les méthodes de travail des juges en matière de motivation, lesquels ont donc développé au fil des ans, voire des siècles, des cultures et des usages plus ou moins établis. Il en résulte une certaine malléabilité de l'élaboration des décisions selon les juridictions, et au sein de chaque juridiction, selon les chambres et la personnalité de leurs présidents, sans que ne soient nécessairement entreprises des tentatives de rationalisation. C'est donc en creux, en négatif, que le processus de motivation doit être saisi, non seulement à travers la lecture de la littérature secondaire ou autobiographique retraçant les processus décisionnels des cours souveraines, mais aussi, et surtout, à partir de l'enquête de terrain menée dans le cadre de cette recherche qui a permis de recueillir des témoignages des auteurs des motivations eux-mêmes.

¹¹³ M. Todd Henderson, « From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent », *Supreme Court Review*, 2007, p. 304.

¹¹⁴ La théorie communément avancée pour expliquer le nouveau style de motivation est stratégique et politique. Lorsque Marshall accède à la présidence de la Cour en 1801, le pouvoir judiciaire est le pouvoir le plus faible et demeure le dernier bastion pour les « fédéralistes » puisque Jefferson vient de remporter l'élection présidentielle de 1801 et les fédéralistes contrôlent le Congrès. Voir Kermit L. Hall *et al.*, éd., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York : Oxford University Press, 1992, p. 780.

¹¹⁵ Sur l'idée que les juges sont soumis à des normes professionnelles au même titre que tous les autres professionnels, voir notamment Richard Posner, « What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing as Everybody Else) », *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3 1993, pp. 1-41 ; Richard Posner, « Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach », *Florida State University Law Review*, Vol. 32, 2005, pp. 1259-80 ; Frank H. Easterbrook, « What's So Special About Judges? », *University of Colorado Law Review*, Vol. 61, 1990, pp. 773-82 ; Dan Simon, « A Psychological Model of Judicial Decision », *Rutgers Law Journal*, Vol. 30, 1998, pp. 1-142 ; Frederick Schauer, « Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior », *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 68, 2000, pp. 615-36 ; Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, « Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases », *Cornell Law Review*, Vol. 93, 2007, pp. 1-44.

Mon objectif dans ce chapitre est de montrer l'importance de ce que j'appelle la « culture organisationnelle interne » d'une juridiction pour comprendre le type de motivation qui y a cours. Les arrêts eux-mêmes sont silencieux sur leur mode de production. Leur seule lecture est insuffisante, en tout cas, pour permettre au chercheur de comprendre le phénomène de motivation. Autrement dit, ce chapitre vise essentiellement à déterminer ce qui se passe dans la cour *en amont*, avant la publication de l'arrêt. Quels sont les processus de décision en place conduisant à telle ou telle rédaction des motifs ? Comment s'opère la division du travail entre magistrats, d'une part, et, d'autre part, entre magistrats et le personnel non judiciaire de la cour ? Combien de fois est-ce que la formation de jugement se réunit-elle ? Que se passe-t-il au cours de ces réunions ? À quel moment y-a-t-il véritablement délibération collégiale sur l'affaire ?

Mes recherches m'ont permis de distinguer, parmi les juridictions étudiées, deux grands types de cultures organisationnelles internes, qui vont de pair avec des formes de motivation très différentes, la première que j'appelle la culture ou modèle « *ex ante* » et la seconde, que j'appelle « *ex post* ».

Un premier groupe de cours souveraines concentre en effet le travail de préparation et de rédaction de la motivation en amont, dans un temps chronologiquement *antérieur* au délibéré de la formation de jugement censé aboutir à la décision finale. Dans ces cours, le délibéré porte non seulement sur la question de savoir quel dispositif adopter, mais aussi sur un ou plusieurs projets de motifs *déjà* rédigés à l'appui des solutions proposées. Dans le modèle *ex ante*, la décision collégiale porte donc simultanément sur la détermination du dispositif et des motifs.

Inversement, un deuxième groupe de cours souveraines diffère l'effort de motivation jusqu'à une phase chronologiquement *postérieure* au délibéré : les motifs ne sont rédigés qu'après que la décision a été prise quant au dispositif. Dans ces cours, la décision collégiale prise lors du délibéré porte avant tout sur la solution, tandis que la recherche des motifs est une affaire plus individuelle, revenant aux seuls juges chargés de rédiger le jugement.

Cette distinction entre deux types de cultures organisationnelles internes permet de remettre en cause l'image conventionnelle des cours souveraines comme « cours collégiales » pour lesquelles le moment fondateur dans l'élaboration de la motivation serait le « délibéré », instance solennelle de délibération réunissant face-à-face sur chaque dossier tous les membres de la formation de jugement pour une discussion approfondie et égalitaire (au sens où chaque membre aurait une opportunité égale d'influencer la solution). Bien au contraire, la modélisation proposée dans ce chapitre vise à montrer que la motivation des décisions de justice repose avant tout sur une culture professionnelle de *division du travail*. Or, comme l'a montré le sociologue du travail américain Everett Hughes, toute division du travail implique des formes d'interactions entre collègues et consiste dans le fait que différentes tâches constituent les parties d'une totalité et que

l'activité de chacun contribue au produit final¹¹⁶. Appliquée aux cours souveraines, cette thèse sociologique permet de comprendre que les juges y travaillent toujours en interaction avec des collègues, même quand ils sont censés travailler seuls. Ce travail commun déborde largement le contexte supposément central du délibéré proprement dit. Ce qui caractérise les cultures organisationnelles *ex ante* est que les juges y passent beaucoup de temps à « pré-délibérer » par petits groupes avant le délibéré, tandis que dans les cultures *ex post*, les juges « post-délibèrent » par petits groupes après le délibéré.

Ce que j'ai pu observer des juridictions françaises et européennes y révèle la prédominance d'une culture *ex ante*, tandis que les juridictions anglo-saxonnes se rattachent à une culture *ex post*. Dans ce qui suit, je présente d'abord le modèle *ex ante* en utilisant à titre principal les données recueillies lors de l'enquête de terrain réalisée au Conseil d'État et à la Cour européenne des droits de l'homme et, dans une moindre mesure, à la Cour de cassation, au Conseil constitutionnel, et à la Cour de justice de l'Union européenne. Dans une deuxième partie, je me penche sur le modèle *ex ante* en m'appuyant avant tout sur le cas de la Cour suprême américaine, tout en empruntant des exemples à la Cour suprême du Royaume Uni.

II—La culture organisationnelle *ex ante*

Dans une culture juridictionnelle *ex ante*, ce qui compte avant tout pour les membres de la formation de jugement, c'est de parvenir à un relatif consensus *avant* le jour où l'affaire sera mise en délibéré, même si cela nécessite dans certains cas la tenue de multiples réunions préparatoires, en petit ou grand comité, des discussions prolongées avec les collègues les plus réticents et toutes sortes de compromis qui peuvent aboutir à obscurcir la motivation publiquement annoncée dans l'arrêt. Au niveau de l'organisation de la décision, la modélisation proposée dans cette partie se traduit par un découpage en deux temps, quel que soit le contentieux ou la juridiction : une phase supposément individuelle de mise en état de l'affaire et une phase de décision collective, censée concentrer l'effort délibératif.

1—L'instruction : une phase individuelle ou par « petit groupe » ?

Dans une cour *ex ante*, le travail de motivation commence dès qu'une affaire est attribuée à la formation de jugement ou au juge rapporteur. Pour certaines cours, comme le Conseil d'État ou la Cour de cassation, la pratique est pour le président de chambre ou de sous-section de désigner un juge rapporteur dès lors qu'un pourvoi — ou une requête

¹¹⁶ Everett C. Hughes, « Social Role and the Division of Labor », *Midwest Sociologist*, Vol. 17, 1956, pp. 3-7.

— sont admis¹¹⁷. Pour d'autres cours, comme le Conseil constitutionnel ou la CJUE, c'est au président de la juridiction qu'il revient d'attribuer les affaires à un juge rapporteur¹¹⁸. À la CEDH, la distribution est opérée par les juristes du greffe, sauf pour les affaires jugées en grande chambre, qui sont, elles, en raison de leur très grande importance, attribuées directement par le président de la cour.

Le juge rapporteur

La fonction de juge rapporteur, loin d'être universelle, est spécifique à la division du travail qui a cours dans les juridictions *ex ante* et semble être une caractéristique de ce que l'on pourrait appeler le mode opératoire français. Tandis que les cours collégiales des pays de *common law* sont attachées à l'idée selon laquelle tous les membres de la formation de jugement s'informent à armes égales des éléments du dossier et arrivent au délibéré sans qu'il y ait eu de pré-attribution de l'affaire à l'un d'entre eux, les cours françaises connaissent une division du travail judiciaire entre, d'une part, un juge dit « rapporteur », chargé de prendre connaissance du dossier et de préparer un ou plusieurs documents destinés à faciliter la décision collective et, d'autre part, le reste de la formation de jugement, qui ne lit le plus souvent le dossier que cursivement. La figure du juge rapporteur, loin d'être de facture récente, existe en France depuis le dix-septième siècle au moins dans le cadre, notamment, de la procédure formalisée au Conseil du roi pour les cassations, que Xavier Godin décrit de la façon suivante :

« Les requêtes portées au Conseil (...) sont préalablement et obligatoirement examinées par des commissaires. Le chancelier, par ordonnance dite de *committitur*, désigne un maître des requêtes rapporteur de l'affaire, auquel le greffier remet les pièces jointes à la demande. Puis, dans les trois mois, le dossier est également communiqué à trois ou quatre conseillers d'État choisis au sein du bureau des requêtes en cassation. Le rapporteur est pleinement maître de son instruction et jouit d'une grande liberté d'action. Il dispose de deux moyens : d'abord les consultations et demandes d'avis – adressées à des personnes extérieures au Conseil – ; ensuite la communication aux commissaires du Conseil. (...) Gilbert de Voisins indique (...) que l'avis unanime du rapporteur et des commissaires du bureau des cassations suffit pour les faire rejeter et arrêter ainsi la procédure. (...) Cependant, un seul suffrage favorable suffit à faire porter la requête au prochain Conseil. (...) Lors de la séance du Conseil, le chancelier donne d'abord la parole au rapporteur qui rend compte des faits et moyens des parties ; le chancelier lui demande alors son avis et les raisons qui le motivent. Après discussion, il prend les avis

¹¹⁷ Mais cette désignation peut parfois avoir lieu avant : par exemple lorsque le secrétariat général du Conseil constitutionnel pressent une saisine probable, le Président désigne immédiatement un « pré-rapporteur » pour commencer le travail préparatoire.

¹¹⁸ À la CJUE cette distribution s'opère en collaboration avec le premier avocat général qui distribue les dossiers destinés à faire l'objet de conclusions parmi les avocats généraux de la cour. Le premier Président du Conseil constitutionnel, Léon Noël, s'attribua ce pouvoir de nommer le rapporteur d'une décision alors que les textes ne le prévoyaient que dans le cas du contentieux électoral. Voir Joël Boudant, « Le président du Conseil constitutionnel », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 103, 93e année, 1987, pp. 589-676.

des conseillers d'État du bureau des cassations, en commençant par le moins ancien, puis les avis des autres maîtres des requêtes, des conseillers d'État et, enfin, celui du doyen du Conseil. Les affaires sont jugées à la pluralité des suffrages ; il n'y a jamais de partage au Conseil, le chancelier ayant voix prépondérante. Aucun nombre de juges n'est fixé pour rendre un arrêt. Le greffier porte sur son plumitif les noms de ceux qui sont présents au Conseil, les affaires qui y sont rapportées, les différents avis et celui qui a prévalu. »¹¹⁹ Comme on le verra par la suite, la procédure actuelle à la Cour de cassation et, dans une moindre mesure, au Conseil d'Etat, restent étonnement similaires à cette trame.

La mission du juge rapporteur connaît des variantes selon les juridictions : la CJUE ou la Cour de cassation connaissent une relative spécialisation des juges rapporteurs en fonction de compétences juridiques spécifiques, tandis que le Conseil d'Etat fonctionne avec un pool de rapporteurs généralistes (même s'ils tendent à être plus juniors que les autres membres de la sous-section). Dans un troisième scénario, par exemple, au Conseil constitutionnel ou à la Cour européenne des droits de l'homme, la fonction de rapporteur est dévolue à tour de rôle à tous les membres de la cour, sans considération d'ancienneté ou de l'objet de l'instance.

Dans une culture organisationnelle *ex ante*, le travail de motivation commence en principe de façon solitaire puisque le juge rapporteur est dans un premier temps seul face au dossier, tenu de prendre connaissance des faits disputés, de l'histoire procédurale de l'affaire, des arrêts des cours inférieures, de la jurisprudence et des normes de référence applicables, de la doctrine, et parfois d'autres éléments factuels ou juridiques (par exemple, si l'affaire soulève une question scientifique ou médicale, le rapporteur peut chercher à s'éclairer sur les enjeux de la décision avec l'aide de documentalistes ou en prenant contact informellement avec des experts). En outre, le rapporteur a pour mission de rédiger au moins deux types de documents à l'attention de la formation de jugement : un document qui se veut plutôt objectif, qu'on appelle « rapport » à la Cour de cassation et au Conseil constitutionnel, « rapport préalable » à la CJUE, « note » à la CEDH, ou « note de synthèse » au Conseil d'Etat, ainsi qu'une proposition d'arrêt, connu sous les noms de « projet de jugement », « d'arrêt », « de motif », ou encore « de décision ». A la Cour de cassation, le rapporteur rédige aussi un troisième type de document appelé « avis »¹²⁰, qui se veut subjectif et exprime son opinion personnelle : soit les raisons de son choix pour une solution déterminée, soit celles de ses hésitations. Une fois prêts, ces divers textes sont communiqués aux autres juges du collège, de plus en plus fréquemment par voie électronique, puisqu'ils peuvent être uploadés sur un « répertoire intranet » ou « bureau virtuel » ou encore envoyés par email. Ils demeurent toutefois des documents de travail internes à la juridiction qui n'ont pas vocation à devenir publics dans la mesure où ils sont couverts par le secret du délibéré¹²¹.

¹¹⁹ Xavier Godin, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie et société*, Vol. 29-3, 2010, pp. 29-30.

¹²⁰ L'avis était anciennement connu sous le nom de « note ».

¹²¹ La Cour de cassation impose que soient détruits les papiers personnels qui ont été utilisés par les conseillers afin de garantir le secret des délibérés même pour l'avenir, mais une exception est faite pour les rapports qui sont désormais communiqués aux parties et à l'avocat général avant l'audience. Le Conseil

Le rapport est un texte plus ou moins objectif selon la juridiction (il est par exemple censé être objectif à la Cour de cassation, tandis qu'il est admis au Conseil d'Etat qu'il comporte une grande part de subjectivité), qui se compose principalement : 1) d'une présentation des faits et de la procédure (ce qui signifie, pour une juridiction constitutionnelle, l'examen de la genèse de la loi ou disposition réglementaire contestée), 2) d'un résumé des moyens, 3) de l'identification du ou des points de droit faisant difficulté éventuelle à juger, 4) d'une discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine, ainsi que, dans certaines juridictions, 5) de l'analyse des différentes solutions possibles et de l'inclination du rapporteur et de ses raisons. Certains éléments du rapport peuvent donc jouer le rôle d'une motivation complémentaire de l'arrêt, même si celle-ci reste le plus souvent interne à la juridiction. Selon le conseiller référendaire de la Cour de cassation interrogé pour cette recherche, la partie 4) est la plus délicate à rédiger car, sans dévoiler son opinion, le rapporteur doit s'efforcer de présenter l'état du droit positif qui peut faire incliner la solution résolument vers un rejet ou une cassation : « le rapport a quand même un rôle, je ne dirais pas de motivation supplémentaire, mais au moins de compréhension ou de justification complémentaire, on va dire ça comme ça »¹²². D'autres juridictions sont plus ouvertes à l'expression de la subjectivité du rapporteur, comme le raconte un ancien référendaire de la Cour de justice de l'Union européenne : « il y a déjà une petite partie personnelle où le juge rapporteur dit "à mon avis, c'est une affaire qui va aller plutôt dans ce sens, avec tel juge, etc. " »¹²³. Un maître des requêtes au Conseil d'Etat va encore plus loin : « un bon rapporteur, parce qu'après, c'est très inégal, bien sûr, mais le vrai métier de rapporteur, pour moi, c'est à la fois d'exposer sa position, et donc il écrit d'abord aussi pour lui, pour expliquer quelle va être sa position, et expliquer pourquoi il propose tel projet d'arrêt. Ca, il y a ce côté argumentaire avec un argumentaire qui cherche à convaincre. Mais en même temps, s'il est bon, il doit aussi montrer quelles sont les autres solutions qui pourraient être envisageables, quitte à les fermer. Il ouvre des portes et il les ferme, mais il est censé ne pas présenter que sa position, mais expliquer pourquoi finalement il retient sa position, cette position-là. »¹²⁴.

Les projets d'arrêts rédigés par le rapporteur ne diffèrent en rien des autres arrêts de la cour en question, si ce n'est que le rapporteur peut en proposer plusieurs en cas de doute ou y ajouter des « variantes » figurées entre crochets « [...] », qui constituent des propositions de motivations ou de solutions alternatives ou complémentaires dont il conviendra de discuter lors du délibéré proprement dit¹²⁵.

d'Etat conserve ces documents préparatoires pour ses futurs membres sans les verser aux archives. Au Conseil constitutionnel, la non-publicité est temporaire dans la mesure où le contenu du rapport est repris lors du délibéré et versé dans le procès-verbal, mais reste inaccessible pendant soixante ans compte-tenu des règles adoptées par le Conseil pour ses archives.

¹²² Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

¹²³ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

¹²⁴ Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

¹²⁵ Entretien avec un référendaire de la Cour de cassation, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

Le travail par « petit groupe », une forme de contrôle de qualité des motivations

La solitude du juge rapporteur est cependant toute relative dans la mesure où la phase d'instruction, en principe pré-délibérative, puisqu'elle précède le délibéré proprement dit de plusieurs semaines, voire mois, est en réalité caractérisée par de multiples interactions entre le rapporteur et d'autres membres de la cour, qu'il s'agisse d'autres magistrats ou du personnel administratif, que je caractérise de « petits groupes » au sens des sociologues et des psychologues, c'est-à-dire un ensemble de personnes rassemblées par une tâche commune et entre lesquelles se tissent des relations directes et continues¹²⁶. Les membres d'un petit groupe interagissent sur la base d'une obligation commune de résoudre un ou plusieurs problèmes et en principe une grande partie de leurs interactions a lieu face à face. A la Cour de cassation et au Conseil d'Etat, ces petits groupes rassemblent le rapporteur à d'autres juges du collège, cependant que dans les juridictions où le rapporteur n'écrit pas lui-même le rapport et le projet de jugement, ou en tout cas, pas le premier jet, des réunions avec le personnel non judiciaire sont organisées.

Au Conseil d'Etat, le travail par petit groupe est formalisé dans la mesure où un contre-rapporteur, connu sous le nom de « réviseur », est désigné par le président de la sous-section en même temps que le juge rapporteur afin de passer au crible le travail du rapporteur. Un maître des requêtes du Conseil d'Etat décrit les fonctions de réviseur de la façon suivante : « Le réviseur, il est là d'abord pour vérifier que le rapporteur ne s'est pas trompé, parce qu'il peut très bien commettre des erreurs, ne pas voir un arrêt, oublier une jurisprudence, mal comprendre une jurisprudence. Donc il y a un côté contrôle qualité, inspecteur des travaux finis, si vous voulez. Et puis, il y a ce côté, lui aussi doit contribuer au débat. Donc, c'est lui qui doit tester la solution de la sous-section... du rapporteur, pardon. Et, éventuellement, apporter sa propre solution, qui peut être différente du rapporteur. Et c'est là que ça va être intéressant, et pourquoi la collégialité, finalement, est une collégialité qui échange, c'est que lorsqu'ils vont venir devant la sous-section, le rapporteur va présenter son projet d'arrêt, mais le réviseur va dire « je suis d'accord », ou « je ne suis pas d'accord », et si je ne suis pas d'accord, voilà, quelle est ma solution. »¹²⁷.

Le réviseur examine le dossier transmis par le rapporteur et rédige en réponse une courte « note de révision » (parfois simplement manuscrite, quelques heures avant la séance d'instruction) en cas de désaccord ou d'éclairage différent. Un conseiller d'Etat précise qu'il « y a plusieurs catégories de désaccords, ça peut être ou bien un complément, parce que c'est une lacune du rapporteur, soit parce qu'il n'a pas vu un moyen, soit parce qu'il a vu un moyen mais il n'a pas vu une jurisprudence qui permettait de répondre au moyen, soit parce que... voilà, ça c'est un complément, vous voyez ? Ou

¹²⁶ Eloise C. Snyder, « The Supreme Court as a Small Group », *Social Forces*, Vol. 36, 1958, pp. 232-238 ; Voir Walter F. Murphy, « Courts as Small Groups », *Harvard Law Review*, Vol. 79, 1966, pp. 1565-1965 ; David Klein et Gregory Mitchel, dir., *The Psychology of Judicial Decision-Making*, Oxford et New York : Oxford University Press, 2010.

¹²⁷ Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

bien, le rapporteur a identifié deux solutions et en a choisi une, et le réviseur hésite et préfère la deuxième, et donc il va faire valoir un peu les arguments pour lesquels, quand même, il vaudrait mieux la deuxième, et là, tout le droit est fait de ça. »¹²⁸. Le réviseur apporte aussi ses observations directement sur le projet d'arrêt en introduisant des propositions de modifications, souvent par voie électronique, en utilisant l'option de suivi des modifications « track/change » du traitement de texte Word. En cas d'accord, le réviseur se contente de la simple mention « RAS » (rien à signaler). Cet échange entre rapporteur et réviseur peut avoir lieu entre quelques heures et quelques jours avant la première réunion de la formation de jugement et se répète après celle-ci : le rapporteur transmettra à nouveau son projet de jugement au réviseur après avoir opéré les modifications suggérées par ses collègues et le réviseur réexaminera ensuite le projet avant de le mettre en ligne sur le répertoire intranet.

À la différence du Conseil d'Etat, il n'existe pas au Conseil constitutionnel, à la Cour de cassation, à la CEDH ou à la CJUE de contre-rapporteur en la personne d'un « réviseur » chargé de vérifier le travail du rapporteur. Mais des formes de contrôle de qualité comparable y ont cours. À la Cour de cassation, la fonction de réviseur est dévolue à la « conférence » qui réunit le président et le doyen de section, c'est-à-dire les conseillers qui jouissent de la plus grande autorité et de la plus grande expérience en raison de leur rang hiérarchique et de leur âge. D'après un conseiller référendaire, « ils lisent chaque rapport, ils lisent tous les avis, et ils corrigent les arrêts (...) ils insèrent et barrent [dans le projet d'arrêt] les choses qui leur conviennent ou qui ne leur conviennent pas »¹²⁹. Le contrôle qui en résulte ne revêt donc pas la forme d'un dialogue oral entre juges, mais celle de mentions portées sur le projet d'arrêt : « il n'y a pas de tête à tête oral ou de contre-rapporteur, effectivement, il n'y a pas du tout de dialogue, c'est vraiment un travail solitaire, en fait. Et avec des échanges qui sont écrits », poursuit le même conseiller référendaire. La conférence peut approuver purement et simplement le projet, y apporter des corrections marginales, proposer des pistes de réflexions nouvelles, voire un projet entièrement nouveau. Elle peut aussi suggérer au rapporteur de consulter un conseiller d'une autre spécialité ou proposer une nouvelle orientation du dossier, le plus souvent vers une formation de jugement plus large que celle proposée par le rapporteur. L'avis de la conférence constitue d'ores et déjà un pré-délibéré d'autant plus important qu'il résulte de l'échange oral entre le président de la chambre et le doyen — même si le rapporteur en est exclu physiquement, il a tout intérêt à en tenir le plus grand compte. Les observations de la conférence sont mises en ligne immédiatement et accessibles sur les bureaux virtuels des magistrats. Chacun des juges appelés à délibérer du pourvoi dispose ainsi, non seulement des travaux initiaux du rapporteur, mais aussi des observations de la conférence apparaissant sur les documents informatisés sous forme d'encadrés, d'adjonctions ou de surlignages. Un débat peut ainsi s'instaurer dès avant l'ouverture de l'audience, principalement par échanges de courriers électroniques ; des préconisations de solution ou de rédaction peuvent également être transmises par la même voie, pour faire en sorte que les magistrats délibérants soient, au moment du choix de la décision à

¹²⁸ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 1^{er} juillet 2010.

¹²⁹ Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

l'audience, en possession de l'ensemble des éléments de solution disponibles.

Au Conseil constitutionnel, les conseillers rapporteurs ne sont pas les auteurs principaux des rapports et des projets de décision, qui sont préparés par les soins du service juridique, sous la direction du secrétaire général. Lors de la phase d'instruction, le conseiller rapporteur rencontre au moins une fois le secrétaire général ainsi qu'un ou plusieurs membres du service juridique pour discuter du projet de décision. Le rapporteur peut demander, s'il le souhaite, des compléments de recherche et des modifications du texte, parfois substantielles et parfois minimales. Jean-François de Montgolfier, membre du service juridique, précise ainsi : « Avant même qu'il distribue son projet de décision aux autres membres du Conseil constitutionnel, le rapporteur tient, avec le secrétariat général, le nombre de réunion qui lui paraissent nécessaire pour finaliser son projet. Il m'est difficile d'en dire plus sur la méthode de travail du rapporteur qui varie d'un rapporteur l'autre et même d'un dossier l'autre. »¹³⁰. Dans son ouvrage sur le Conseil constitutionnel, Dominique Schnapper décrit une évolution du travail du rapporteur, qui fut longtemps considéré comme le propriétaire quasi exclusif de son dossier. Elle cite l'ancien conseiller Jean-Claude Colliard, témoignant de ce que « les autres membres éta[ie]nt réduits à se faire leur propre opinion dans leur coin, comme ils le pouvaient » et que Michel Ameller, membre du Conseil 1995 à 2004, fut à l'origine d'une organisation du travail par petit groupe par son insistance à être présent lors des réunions préparatoires réunissant le rapporteur, les représentants du secrétariat général du gouvernement et des ministères concernés placés en position de « défenseurs » de la loi ou du décret, ainsi que, le cas échéant, les experts que le rapporteur peut décider de convoquer¹³¹. Lors de ces deux types de rencontres par « petits groupes » (celles internes à l'institution et celles intégrant des personnalités extérieures), le juge rapporteur s'engage dans une délibération parfois très approfondie des enjeux de la décision, des solutions envisagées et de la motivation susceptible d'être acceptée par le reste du Conseil.

La spécificité du juge rapporteur à la CEDH est qu'il est strictement encadré par la bureaucratie de la Cour. Chaque requête est attribuée par le greffe à un binôme composé d'un juge rapporteur et d'un juriste du greffe¹³², mais en réalité, c'est le juriste et non le juge qui accomplit le gros du travail de rédaction. Excepté pour la vingtaine d'affaires annuelles qui sont décidées par la grande chambre et pour lesquelles le président de la juridiction choisit directement le juge rapporteur, les magistrats ne sont pas consultés au sujet de la distribution des affaires, comme le souligne l'un des juges interrogés : « Je ne sais pas pourquoi je suis désigné [comme juge rapporteur] et je ne sais pas pourquoi je ne suis pas désigné. La décision est entièrement prise par le greffe. Formellement, peut-être

¹³⁰ Jean-François de Montgolfier, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », rapport présenté le 24 juin 2011 dans le cadre du colloque « La motivation des décisions des cours souveraines » organisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino.

¹³¹ Dominique Schnapper, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 129.

¹³² Le greffe compte actuellement près de 270 juristes employés de façon soit temporaire soit permanente. Les 47 juges sont répartis en cinq sections judiciaires, chacune de ces sections étant pourvue d'un greffier et d'un greffier adjoint. L'article 25 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose à cet égard que : « La Cour dispose d'un greffe dont les tâches et l'organisation sont fixées par le règlement de la Cour. Elle est assistée de référendaires ».

que le président de chaque section pourrait décider. Il y a sans doute une rotation. Même quand j'étais président de cette section, je ne sais pas comment c'était décidé. »¹³³. A la CEDH, les juristes du greffe sont les véritables chevilles ouvrières de la motivation, qui entrent en scène, chronologiquement, avant le juge rapporteur. Les dossiers sont attribués, selon l'origine et le degré de complexité de la requête, à des juristes juniors (les requêtes polonaises sont traitées par les juristes polonais, les requêtes françaises par les juristes français, etc.). Le juriste procède à un travail de mise en l'état du dossier de façon à le rendre intelligible, d'abord, pour le juge rapporteur, qui est parfois originaire d'un autre pays que celui dont est issu la requête et ensuite aux autres membres la formation de jugement¹³⁴. Le rôle des juristes ne s'arrête pas là : c'est eux qui rédigent la note du rapporteur et le projet de jugement (souvent plusieurs versions pour les cas délicats). Ils soumettent ces documents pour approbation au greffier de la section, qui opère un premier contrôle de qualité, comme le rapporte un juriste du greffe : « il [le greffier de section] lit la totalité, il demande des renseignements s'il faut demander des renseignements, il retravaille les paragraphes s'il faut retravailler les paragraphes, et à ce moment-là, s'il est d'accord, il signe. C'est avec sa signature seulement que le projet va ensuite au juge rapporteur. »¹³⁵. Ensuite, les documents sont transmis au juge rapporteur pour vérification et approbation : « le juge rapporteur lui, il signe s'il est d'accord, s'il n'est pas d'accord il peaufine, etc., et ça continue. Une fois qu'il est d'accord, c'est dirigé pour être à l'ordre du jour de la section, et à ce moment-là c'est soumis à tous les autres juges »¹³⁶.

Pour les affaires plus complexes, les juristes rencontrent le juge rapporteur en personne afin de discuter de leurs textes, mais le plus souvent c'est au greffier de section ou à son adjoint, des juristes chevronnés, qu'il revient dans ces situations de prendre le relai et de mener la discussion avec le juge rapporteur¹³⁷. Cette discussion est généralement informelle et relativement affranchie du poids de la hiérarchie, comme en témoigne un juriste du greffe : « le juriste se voit avec le juge rapporteur, (...) physiquement. Si le juriste a une position très forte qui est contraire à la position du juge, souvent [il y a débat]... Oui, oui, tout à fait, il y a des juges qui sont très ouverts à ça et c'est quelque chose de vivant, donc c'est naturel. »¹³⁸. Le rôle du juge rapporteur est donc

¹³³ Entretien avec B, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

¹³⁴ En effet, les requêtes, qui peuvent être rédigées dans l'une des dizaines de langues de la Cour doivent tout d'abord être traduites. Mais ce travail linguistique s'accompagne aussi d'un travail de traduction juridique dans la mesure où un grand nombre de requêtes sont rédigées par des non-juristes ou par des juristes peu compétents et/ou ignorants des procédures et des normes applicables.

¹³⁵ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹³⁶ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹³⁷ Ainsi, comme le note Michel de Salvia, « Il s'instaure, souvent, une sorte de dialogue à trois (référéndaire, greffier et juge) d'où est censée jaillir la meilleure solution à soumettre à la formation de jugement. » Voir Michel de Salvia, « L'administration d'une juridiction internationale : l'exemple du greffe de la cour Européenne des droits de l'homme », *Revue française d'administration publique*, Vol. 126, 2008, p. 339.

¹³⁸ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

sensiblement différent à la CEDH par rapport aux autres juridictions : sa tâche est de contrôler la qualité des projets de motifs préparés par le personnel non judiciaire, plutôt que de produire la première version des motifs¹³⁹. Il n'en reste pas moins que cette phase pré-délibérative procède déjà, comme dans les cours souveraines françaises, par petits groupes. Ainsi, pour les affaires jugées par la grande chambre, dès réception des documents approuvés par le juge rapporteur, très souvent le juge national (qui ne peut être rapporteur à la grand chambre) « va faire sa propre note en disant “voilà comment je vois l'affaire”, et en précisant son point de vue non seulement sur le droit national, mais aussi sur la situation politique, l'état d'esprit du pays, etc. »¹⁴⁰.

A Strasbourg, l'équivalent fonctionnel du contrôle de qualité opéré par le réviseur du Conseil d'Etat ou la conférence de la Cour de cassation serait le « jurisconsulte » et son équipe, qui jouent un rôle de coordination entre les différentes sections afin que soit assurée la cohérence de la jurisprudence de la Cour¹⁴¹. C'est au nom du maintien de cette sacro-sainte cohérence que le jurisconsulte, avec l'aide de la dizaine des membres de son service, peut intervenir dans la rédaction des motifs de toute affaire, soit d'emblée durant la phase d'instruction, soit plus tard au moment du délibéré et du projet d'arrêt final. Ses sources d'informations et ses moyens d'action sont si étendus qu'il m'est apparu comme une sorte de grand inquisiteur au sein de la Cour, autant respecté qu'il est craint¹⁴².

Le jurisconsulte reçoit en effet les dossiers hebdomadaires des cinq sections de la Cour et examine (ou fait examiner par ses collaborateurs) tous les projets d'arrêt. D'après un membre de ce service, « chaque semaine, nous allons — le jeudi — nous réunir. Chaque section aura deux personnes en charge, deux juristes qui vont faire le travail de lecture et de contrôle des dossiers de section, une semaine sur deux (...) Il y a un juriste qui va dire “tiens, je lis quelque chose qui n'est pas dans « la ligne du parti », comme on disait à l'époque soviétique, qui n'est pas dans l'orthodoxie...” Il y a quelque chose qui cloche. A ce moment là, il faut qu'on tire la sonnette d'alarme. »¹⁴³. Si le jurisconsulte constate une divergence ou un oubli de jurisprudence, quels sont ses moyens d'action ? « Si c'est des petites choses — des maladroites de style, des erreurs de référence jurisprudentielle etc., on n'en parle pas : le juriste va téléphoner au greffier de section et lui dire que quelque chose cloche, ce n'est pas très important. En revanche, si c'est quelque chose de sérieux, il y a quelque chose de nouveau, de bizarre, on s'écarte de la

¹³⁹ Mais en cela il ressemble à celui des membres du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁰ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁴¹ La CEDH s'est dotée d'un « jurisconsulte » en 2001. Le Comité de règlement des conflits de jurisprudence (CRB) a été créé en 2005. Il se compose du président de la Cour et des présidents de section. Sont aussi présents aux réunions, avec voix consultative, le jurisconsulte et les greffiers et greffiers adjoints de la Cour et des sections.

¹⁴² La légitimité des interventions du jurisconsulte est renforcée par son rôle au sein du « comité pour le règlement des conflits de jurisprudence », composé du Président de la Cour et des cinq présidents de section, qui se réunit environ deux fois par ans et sur invitation du jurisconsulte pour discuter des problèmes de cohérence ou de « discipline » rencontrés, pour reprendre le vocabulaire indigène. Le comité adopte des recommandations qui sont reprises sous la forme de directives.

¹⁴³ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

« ligne du parti », à ce moment là, [le juriconsulte] fait une observation écrite. »¹⁴⁴. Chaque semaine le juriconsulte prépare une note de mise en garde concernant les affaires qui présentent à ses yeux des problèmes, note diffusée par voie électronique à tous les juges de la Cour, ainsi qu’aux greffiers et aux chefs de division, ce qui « parfois mécontente les gens. Ils voudraient que tout reste entre amis »¹⁴⁵. Si ce rappel à l’ordre ne suffit pas et que l’affaire est d’une certaine importance, le juriconsulte peut déployer des moyens plus drastiques allant jusqu’à proposer le dessaisissement d’une section ou l’acceptation d’une demande de renvoi, afin que la grande chambre décide l’affaire. En dépit du but affiché de sauvegarde de la cohérence, en pratique, la finalité du contrôle par les services du juriconsulte n’est pas de bloquer toutes les évolutions jurisprudentielles, mais plutôt d’assurer un contrôle de qualité du travail réalisé par le binôme rapporteur-référendaire, comme le souligne l’un des membres du service : « mon rôle, important aussi, c’est de dire, avec mon équipe, “attention, si vous changez [de jurisprudence], il faut expliquer pourquoi”. On peut très bien avoir de bonnes raisons, mais il faut que ce soit fait dans la transparence, et donner des raisons vraiment solides. »¹⁴⁶. Dans ces situations de revirements jurisprudentiels potentiels, le juriconsulte voit sa fonction comme celle d’un facilitateur d’une meilleure motivation, plutôt que comme celle d’un réactionnaire hostile au changement en tant que changement.

Le double contrôle de qualité : la fonction d’avocat général

Certaines cours souveraines ont organisé pour les affaires supposées délicates¹⁴⁷ une forme de contrôle de qualité supplémentaire, bien connue des cours françaises en la personne de l’avocat général à la Cour de cassation ou du rapporteur public au Conseil d’Etat (anciennement connu sous le nom de « commissaire du gouvernement »)¹⁴⁸, mais aussi employée par d’autres cours puisque la Cour de justice de l’Union européenne utilise des avocats généraux. Le magistrat investi de ce rôle est censé agir en tiers neutre, ne participant pas ou plus au délibéré (CJUE, Cour de cassation), ou en tout cas en silence (CE), mais chargé de reprendre l’intégralité du dossier et de présenter des « conclusions » orales recommandant une solution donnée lors de l’audience (CE) ou après celle-ci (CJUE)¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l’homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁴⁵ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l’homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁴⁶ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l’homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁴⁷ Les dossiers qui passent en sous-sections réunies au Conseil d’Etat et ceux qui passent en chambres de cinq juges ou plus à la Cour de justice de l’Union européenne.

¹⁴⁸ Nicolas Rainaud, *Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d’Etat*, Paris : L.G.D.J., 1996, et Alain Lespagnol, *Les Commissaires du gouvernement auprès du Conseil d’Etat de 1850 à 1900*, Thèse de doctorat de droit, Université de Rennes I, 2001 ; Delphine Costa, « Jean Romieu, un artisan de la construction du droit administratif moderne », *Revue administrative*, Vol. 283, 1995, pp. 88-97 ; Pascale Gonod, dir., *Les Avocats au Conseil d’Etat et à la Cour de cassation*, Paris : Dalloz, 2002.

¹⁴⁹ C’est ce que précise l’art. L. 7 du Code de justice administrative : « Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de commissaire du gouvernement, expose publiquement, et en toute indépendance, son

La fonction d'avocat général est historiquement dérivée de celle du ministère public en matière civile, lequel est censé présenter, au nom de la loi, de l'intérêt général, des observations orales dans une affaire privée¹⁵⁰. Cependant, l'avocat général joue aujourd'hui à la Cour de cassation un rôle comparativement moindre qu'au Conseil d'Etat ou à la CJUE dans la mesure où il n'est pas impliqué dans la phase d'instruction et le plus souvent ne prononce pas de conclusions à l'audience, sauf dans les affaires extrêmement importantes. A la Cour de cassation, l'avocat général se contente dans la majorité des affaires, considérées comme simples, d'exprimer son accord avec le rapporteur¹⁵¹. Lorsqu'il intervient, à moins qu'il ne s'agisse d'une affaire portée en assemblée plénière ou en chambre mixte, sa contribution est souvent écrite. Après le dépôt par le rapporteur de son rapport, l'avocat général annonce aux parties et à la chambre son appréciation juridique et extra-juridique de l'affaire (contrairement à l'arrêt, qui reste contraint par les règles françaises de rédaction des motifs, l'avis peut discuter des implications économiques, financières ou sociales de tel type de décision).

Au Conseil d'Etat, une fois que la sous-section a adopté un projet d'arrêt, le dossier est transmis au rapporteur public, qui a assisté à la séance d'instruction et y a entendu parler du dossier. Un conseiller d'Etat décrit cette séquence de la façon suivante : « il [le rapporteur public] entend le rapporteur, il entend le réviseur, et il entend la discussion collégiale. Eventuellement, si lui, il a des idées, il peut aussi commencer à titiller, à dire "oui, mais moi je m'interroge, je me pose des questions, qu'est-ce qu'on fait dans ce cas-là, etc." Il peut, lui-même, participer à la discussion collégiale. Par contre, il ne votera pas. Il ne vote jamais, lui, de toute façon, il n'a aucun droit de vote. Mais il peut d'ores et déjà poser des questions. »¹⁵² A l'issue de cette séance, le rapporteur public étudie l'affaire et rédige des conclusions qui seront prononcées en public devant la formation de jugement¹⁵³. Selon un maître des requêtes, il « va devoir, un peu comme le réviseur, mais dans une optique différente, puisqu'il va devoir, lui, porter la parole, à la fois vérifier, là encore, un troisième contrôle qualité [après le contrôle individuel opéré par le réviseur et celui, collectif, qui résulte de la séance d'instruction], si vous voulez, donc, on est vraiment dans une chaîne de contrôle qualité, et en même temps, lui-même, commencer à discuter, mettre en perspective la solution, la tester, voir

opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent. »

¹⁵⁰ L'influence des juridictions judiciaires a conduit à la création au sein du Conseil d'Etat d'un « ministère public » par deux ordonnances des 2 février et 12 mars 1831. Voir Tony Sauvel, « Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Revue du droit public*, 1949, pp. 5-20 ; François Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris : P.U.F., 1995, p. 93 ; Nicolas Rainaud, *Le commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat*, Paris : L.G.D.J., 1996. La fonction s'est probablement développée, historiquement, pour combler le besoin d'une présentation orale des affaires étant donné le caractère écrit de la procédure française.

¹⁵¹ Arnaud Lyon-Caen, « A propos des observations orales dans les procédures écrites », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris : Dalloz, 2000, p. 421.

¹⁵² Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

¹⁵³ Si le président adjoint qui a présidé la formation de jugement estime qu'une affaire est susceptible de remettre en cause une jurisprudence, il peut l'évoquer devant « la troïka », instance informelle réunissant chaque semaine le président de la Section du contentieux et les trois présidents adjoints, qui peut décider de renvoyer l'affaire en Section ou en Assemblée.

s'il est d'accord ou pas d'accord, écrire des conclusions, et s'il n'est pas d'accord — soit pour des raisons de droit, c'est-à-dire parce qu'il pense qu'il y a une solution qui est plus opérationnelle, il peut revenir devant la séance d'instruction, ou envoyer un mail, ou faire une discussion informelle pour dire "je ne suis pas d'accord pour tel ou tel motif" et, éventuellement, tenter de rallier la sous-section à sa position. Ou bien, on rediscute, et on arrive à une autre solution. »¹⁵⁴. Dans la majorité des affaires, le rapporteur public est une sorte de vérificateur, qui a mis son visa, qui dit « c'est bon, ça marche, je suis d'accord, vous pouvez y aller »¹⁵⁵, mais « il y a quand même effectivement, dans quelques affaires — combien, je ne sais pas, dix pour cent, peut-être... une partie des affaires — un rôle important parce qu'il peut contribuer à faire changer la solution. »¹⁵⁶.

La fonction d'avocat général à la Cour de justice de l'Union européenne est loin d'être étrangère à la tradition française puisque celle-ci fut introduite sous l'impulsion de la délégation française lors des négociations du traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier en 1951 comme contrepartie de l'interdiction faite aux juges de la nouvelle cour de rédiger des opinions séparées¹⁵⁷. L'avocat général fut une solution de compromis : les uns et les autres s'accordèrent à l'époque sur le double impératif, pour la nouvelle juridiction, de présenter un front uni face à l'extérieur et de garantir l'anonymat aux juges afin de les protéger contre d'éventuelles pressions politiques venues de leurs pays d'origine. Mais ce faisant les parties contractantes introduisirent la culture organisationnelle interne française dans la nouvelle cour afin, en théorie¹⁵⁸, d'assurer un contrôle de qualité des décisions, ce que reflètent les termes du traité : « l'avocat général a pour rôle de présenter publiquement en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de Justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission... »¹⁵⁹. Comme le fait valoir un ancien référendaire, « il faut que vous voyiez le rôle de l'avocat général vraiment comme un *input* supplémentaire pour les juges. »¹⁶⁰. Tout comme en France, à la

¹⁵⁴ Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

¹⁵⁵ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

¹⁵⁶ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

¹⁵⁷ Voir Ami Barav « Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue internationale de droit comparé*, 1974, p. 811 et 819 ; Anthony A. Dashwood, « The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities », *Legal Studies*, Vol. 2, 1982, pp. 202–216. Il faut toutefois se rappeler que la France n'était pas isolée à l'époque, puisque moitié des Etats fondateurs de la CEE (France, Belgique et Pays-Bas), connaissaient la fonction d'avocat général dans leur système juridictionnel. Voir Michal Bobek, « A Fourth in the Court: Why Are There Advocates-General in the Court of Justice? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, p. 529.

¹⁵⁸ En pratique, l'exportation du modèle français à la jeune cour européenne n'est pas si surprenante : la Communauté européenne du charbon et de l'acier regroupait originellement cinq membres aux côtés de la France et sur les cinq, quatre connaissaient des institutions judiciaires très proches du système français : l'Italie, les Pays Bas, la Belgique et le Luxembourg, ces deux derniers étant en outre partiellement francophones. Dans ces conditions, l'Allemagne n'était pas politiquement en mesure de faire prévaloir sa tradition juridictionnelle.

¹⁵⁹ Article 222, deuxième alinéa, du traité instituant la Communauté européenne et 138 du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique.

¹⁶⁰ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 15 décembre 2011.

CJUE, l'avocat général n'intervient pas dans toutes les affaires, mais seulement dans les dossiers présumés délicats, traités par les chambres simples (à cinq juges) et les plénières. Il existe toutefois une différence chronologique essentielle entre l'intervention de l'avocat général et celle du rapporteur public ou de l'avocat général français. Contrairement à ce qui se passe au Conseil d'Etat où le rapporteur public a pris connaissance du projet de jugement avant de préparer ses propres conclusions (ainsi qu'à la Cour de cassation, où l'avocat général a pu étudier le rapport), à la CJUE, c'est l'avocat général qui amorce le débat, soit par le prononcé oral de ses conclusions pendant ou après l'audience, soit par la publication écrite de ses conclusions s'il n'y a pas eu d'audience¹⁶¹. Le juge rapporteur a certes brièvement résumé son rapport oralement lors d'une des réunions hebdomadaires de la cour, donc l'avocat général sait dans quel sens celui-ci entend trancher, mais comme le souligne un ancien référendaire, il ignore l'essentiel puisque le travail de rédaction de motivation opéré par le juge rapporteur ne commence qu'après l'intervention de l'avocat général : « avant de nous mettre à établir le projet de motifs, en général, quand même, on attend les conclusions de l'avocat général. »¹⁶². Le juge rapporteur décide à ce moment-là de « suivre » ou ne pas « suivre » les conclusions. Si donc l'avocat général opère à la CJUE une forme contrôle de qualité, il s'agit donc d'un contrôle *a priori* au sens où le rapporteur peut s'éclairer de son analyse avant d'élaborer son projet.

La question initiale de cette sous-partie était celle de savoir si l'instruction représente une phrase de travail véritablement individuelle, comme elle est couramment présentée par les magistrats et la doctrine, ou si un élément collectif ne vient pas s'immiscer dans le travail prétendument solitaire du rapporteur. S'il est vrai qu'il s'agit d'une phase individuelle, au double sens où celle-ci est chronologiquement antérieure au délibéré et n'inclut pas tous les membres de la formation de jugement, il est incontestable qu'un travail de pré-délibération collectif s'opère néanmoins, par petits groupes interposés.

2—Une phase collective : réunions, audience, délibéré

Les réunions préparatoires

Une fois que l'affaire est « mise en l'état », c'est-à-dire une fois que le juge rapporteur a fini de rédiger son rapport et son ou ses projets de jugement et, à supposer qu'il n'ait pas rencontré de résistance massive de la part de ses collègues, la phase considérée comme collective peut commencer (même si, comme on vient de le voir, l'on

¹⁶¹ A la CJUE toutes les conclusions des avocats généraux sont publiées sur le site internet de la cour dès leur prononcé, tandis qu'au Conseil d'Etat les conclusions restent la propriété intellectuelle du rapporteur public et ne sont publiées que s'il le juge opportun. Le rapporteur public n'a pas même l'obligation de les verser au centre de documentation du Conseil d'Etat, le Centre de Recherches et de Diffusion Juridique, même si certains le font volontairement. Toutefois aujourd'hui la majorité des conclusions des affaires de sections et d'assemblées sont publiées sur le site du Conseil d'Etat.

¹⁶² Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

peut soutenir que le travail collectif commence en réalité bien avant). Selon la juridiction et l'importance ou la complexité de l'affaire, avant le délibéré, sont organisées une ou plusieurs réunions collectives, connues sous diverses appellations, par exemple, « réunions de section » à la CEDH ou « séances d'instruction » au Conseil d'Etat. Ce qui caractérise ces instances est qu'elles réunissent physiquement l'ensemble des membres de la formation de jugement, dont une partie découvre l'affaire au travers la présentation orale du juge rapporteur accompagnée de la lecture du projet de jugement.

Avant la réunion, entre quelques jours et quelques semaines à l'avance, chacun des magistrats a reçu les textes préparés par le juge rapporteur (ou le personnel administratif). Si ayant étudié cette documentation, l'un des juges y voit une objection dirimante, il est considéré comme courtois de faire connaître son désaccord au préalable directement auprès du juge rapporteur, soit par email, soit par voie téléphonique, soit en personne, comme le suggère un conseiller référendaire de la Cour de cassation : « ça permet aussi d'aller voir le collègue et de lui dire "il y a peut être un problème" ; "je ne suis pas d'accord avec toi" »¹⁶³. Un juge de la CEDH déclare quant à lui : « mon système est que si je n'aime pas ce qui est proposé, je parle d'abord au juge rapporteur, pour lui dire que ça ne me va pas, peut-être qu'on devrait y réfléchir. Bien entendu, ça dépend de l'identité du juge rapporteur, de notre relation personnelle. Une autre possibilité est simplement d'écrire une note et de l'envoyer aux collègues bien en avance, entre quatre et cinq jours avant, pour tenter de les persuader qu'une autre approche serait préférable. »¹⁶⁴. Tout dépend donc du type de rapports qu'entretiennent les collègues et de la culture qui préside à la cour. Un ancien référendaire de la CJUE raconte ainsi : « Mais si de nulle part, personne ne vous prévient, et qu'il y a, par exemple, un cabinet qui, dans la formation, supposons le juge portugais, qui nous envoie un document pour le délibéré, qui est en fait une note pour le délibéré et qui est marqué qu'en fait, le projet de motifs ne tient pas debout, et que c'est difficile, qu'il faut réécrire, et qu'il propose une version alternative, c'est très dur, parce qu'on n'a pas pu, ni prévenir le juge qu'il y a une contrariété, ni, nous, essayer de discuter ou de raisonner avec le collègue. »¹⁶⁵.

Pour illustrer l'importance de ces réunions de travail, arrêtons-nous un instant sur l'exemple du Conseil d'Etat. Chaque sous-section se réunit lors de séances d'instruction hebdomadaires au cours desquelles les juges discutent des dossiers en cours d'instruction, une fois que ces derniers ont été inscrits à l'ordre du jour par les réviseurs. L'ordre de prise de parole est codifié, et avance grosso modo de la façon suivante : les personnes qui connaissent le mieux le dossier, suivies de celles qui sont les plus expérimentées, ouvrent le débat. Ainsi, le juge rapporteur initie la discussion, puis le réviseur assigné au dossier présente ses observations, puis un second réviseur de la section se prononce, puis souvent le rapporteur public s'exprime, enfin le débat s'ouvre au reste du groupe, et peut durer de

¹⁶³ Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

¹⁶⁴ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

¹⁶⁵ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

quelques minutes à plusieurs heures¹⁶⁶. Le poids des différents protagonistes dans les discussions n'est pas indépendant de la hiérarchie extérieure, puisque les rapporteurs sont souvent (mais pas toujours) de jeunes auditeurs, les réviseurs, des conseillers d'Etat confirmés, et les rapporteurs publics, des maîtres des requêtes au niveau d'expérience intermédiaire entre les deux premiers. Un membre du greffe est présent pour prendre des notes, souvent flanqué de stagiaires, en retrait et silencieux — excepté aux rares occasions où l'un des juges leur pose une question. Lors de mon enquête, les juges se rendaient à la réunion sans ordinateur portable, avec des dossiers en version papier, mais n'hésitaient pas à recourir à leurs i-phones pour vérifier la formulation d'un texte de loi ou chercher un précédent.

Ce qui m'a particulièrement frappé dans les séances d'instructions observées est l'attention portée par le président à l'état d'accord ou de désaccord de sa sous-section. Lors de la séance du 21 février 2011, par exemple, le président s'attachait à conclure la discussion de chaque affaire par un bilan : « Bon, sur cette affaire on est vraiment partagés », « Là, j'ai l'impression qu'il y a un quasi-consensus pour... », ou encore « pour l'affaire X on est à peu près d'accord, non ? De toutes façon, les deux projets du rapporteur là-dessus sont prêts. », etc¹⁶⁷. Ces séances d'instruction constituent véritablement des pré-délibérés au sens où les uns ou les autres, surtout les juges plus senior ou expérimentés, expriment ouvertement leurs réticences éventuelles et leur intention de voter contre le projet lors du délibéré si le rapporteur d'opère pas telle ou telle modification. J'ai pu ainsi être témoin de l'échange suivant entre le président, qui tentait de mettre fin à une mini-joute entre deux des juges les plus respectés de la sous-section :

- « — Le Président : Je propose qu'on y aille comme ça [au délibéré] et on verra.
- L'un des réviseurs de la sous-section [autre que le réviseur ayant contrôlé le dossier] : Attends, moi je ne me rallie au projet que si on dit clairement au préfet qu'il doit veiller au respect de l'environnement même si c'est dans le Code du sport. »¹⁶⁸

Ici, le juge pose donc comme condition de son ralliement une demande de modification de la motivation : il annonce qu'il ne votera en faveur du dispositif que si un certain motif est ajouté. Ce type de négociation, qu'il ait lieu avant ou pendant le délibéré, loin d'être unique au Conseil d'Etat, se retrouve dans d'autres juridictions, comme le note Dominique Schapper à propos du Conseil constitutionnel : « Parfois cette négociation tourne à une sorte de marchandage : je cède sur l'article 13, mais nous censurons l'article 42. »¹⁶⁹. Et d'ajouter : « Une décision n'a-t-elle pas finalement été adoptée parce que plusieurs conseillers craignaient, si on s'opposait à un rapporteur très engagé dans sa proposition de conformité ou de censure, de susciter des mesures de rétorsion lors d'une décision plus grave qui devait être débattue la semaine

¹⁶⁶ Chaque sous-section comporte un président et deux assesseurs, qui jouent le rôle de réviseurs, deux rapporteurs publics et un certain nombre de rapporteurs (une dizaine environ).

¹⁶⁷ Séance d'instruction au Conseil d'Etat, 21 février 2011.

¹⁶⁸ Séance d'instruction au Conseil d'Etat, 21 février 2011.

¹⁶⁹ Dominique Schnapper, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 274.

suivante ? »¹⁷⁰.

À l'issue de ces réunions préparatoires, lorsqu'un accord s'est dégagé en faveur d'un projet de jugement, le rapporteur finalise son texte en fonction de ce qui a été révélé par la discussion collective et clôture l'instruction (au Conseil d'Etat, le réviseur examine à nouveau le rapport et le projet de jugement, le corrige si besoin, puis lui appose la mention « projet visé le... par ** [initiales du réviseur] »). Le dossier peut alors être audiencé.

L'audience

Dans les cours *ex ante*, les audiences ont un rôle moindre que dans les cours *ex post*, ce qui est en partie dû à la prédominance de la procédure écrite dans les pays de droit civil. Souvent réservées aux affaires les plus délicates, les audiences sont courtes (elles durent rarement plus d'une heure) et ont un caractère nettement plus formel et moins interactif que celles des juridictions anglaises ou états-uniennes. Les juges tendent à rester assis en silence sans poser de questions aux plaideurs, tandis que les avocats se contentent souvent de répéter oralement leurs mémoires écrits.

Au Conseil constitutionnel, les audiences publiques sont une nouveauté très récente puisque les premières ont été mises en place en 2010 dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité. Jusqu'à présent ces audiences ont certes permis de donner la parole aux avocats des parties, mais les conseillers constitutionnels y sont demeurés des figures hiératiques derrière leurs bureaux. Il faudra sans doute attendre quelques années de pratique afin de pouvoir dresser un premier bilan du rôle et de la signification de ces audiences. A la Cour de cassation, l'audience publique laisse aux juges une plus grande marge d'expression, puisque celle-ci commence en principe par la lecture par le rapporteur de son rapport, lecture qui peut être suivie par les plaidoiries éventuelles des avocats aux Conseils, puis, s'il y a lieu, par les observations de l'avocat général et les répliques des avocats des parties¹⁷¹.

Au Conseil d'Etat, la fonction principale de l'audience est de permettre au rapporteur public de prononcer ses conclusions orales pour le bénéfice tant des parties que de la formation de jugement, parce qu'il reste encore vrai aujourd'hui qu'un grand nombre de conclusions ne sont pas diffusées par écrit. D'après un maître des requêtes, « c'est pour ça que nous, si vous voulez, si l'audience publique, contrairement à ce qui se passe chez le judiciaire... souvent, si vous allez à une audience de la Cour de Cassation, vous pouvez sortir un peu frustré, parce que les gens viennent... d'ailleurs, l'avocat général le plus souvent, ne fait pas de conclusions, pas de plaidoirie, et s'il en a, ça va être assez court, sauf pour les affaires très, très importantes, et les parties ne l'écouteront

¹⁷⁰ Dominique Schnapper, *Une Sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, pp. 276-7.

¹⁷¹ Arnaud Lyon-Caen, « A propos des observations orales dans les procédures écrites », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris : Dalloz, 2000, pp. 415-25.

avec pas toujours beaucoup d'attention. (...) il se passe vraiment des choses chez nous à l'audience, il se passe des choses parce que précisément, vous allez avoir l'éclairage du rapporteur public qui va être un vrai éclairage, vous aurez des conclusions systématiques, des conclusions qui normalement sont nourries ou argumentées, et par ailleurs, vous avez la possibilité de répondre au rapporteur public. Alors rapidement, de façon courte, mais vous avez la possibilité, si vous avez un avocat, en tous cas, un conseil, de lui répondre. »¹⁷².

Les juridictions européennes ne se démarquent guère des cours souveraines françaises en matière de culture orale. A la CEDH, un juriste du greffe décrit les rares audiences (réservées le plus souvent à la vingtaine d'affaires annuelles jugées par la grande chambre) de la façon suivante : « les audiences sont assez formelles, assez académiques, ... d'un autre côté, les audiences ont le mérite, aussi bien en chambre qu'en grande chambre, pour des affaires un peu confuses, ça oblige les parties à se concentrer et, parfois, à la fin de l'audience, on y voit quand même beaucoup plus clair. »¹⁷³. A la CJUE, les audiences ont un rôle plus important qu'à la CEDH puisqu'elles permettent non seulement aux parties de plaider, mais aussi à l'avocat général de présenter ses conclusions orales. Sous l'influence de juristes issus de pays de *common law*, les juges sont un peu plus actifs que dans les autres juridictions *ex ante*, posant parfois des questions aux avocats après la fin de leurs plaidoiries¹⁷⁴. Cette évolution vient néanmoins d'être en partie remise en cause puisqu'en 2012 la Cour a adopté de nouvelles règles de procédure visant à raccourcir les audiences (par l'élimination de la lecture par le rapporteur de son rapport) et à les limiter à un nombre très restreint d'affaires¹⁷⁵.

Le délibéré

Le délibéré proprement dit, c'est-à-dire le moment où le collège se réunit au complet pour trancher formellement une affaire, suit souvent immédiatement l'audience publique lorsqu'il y en a une, et peut durer entre quelques heures (le cas le plus fréquent) et quelques jours (dans certaines affaires exceptionnelles)¹⁷⁶. En principe, les délibérés des juges, qu'ils siègent dans des cours souveraines ou des tribunaux inférieurs, sont secrets, même si peu de textes juridiques ne viennent les encadrer¹⁷⁷. On en sait

¹⁷² Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

¹⁷³ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁷⁴ Voir K.P.E. Lasok et David Vaughan, édés., *Butterworths European Court Practice*, Londres : Butterworths, 1993, p. 108 ; Ian S. Forrester, « The Judicial Function in European Law and Pleading in the European Courts », *Tulane Law Review*, Vol. 81, 2007, p. 714.

¹⁷⁵ Voir les Règles de procédure de la CJUE, chapitre 8.

¹⁷⁶ Au Conseil constitutionnel, la délibération peut exceptionnellement s'étaler sur plusieurs séances (cf. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Rec. p. 18 sur la loi de nationalisation), voire sur plusieurs jours (n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, Rec. p. 78 ; n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 ; n° 86-208 DC des 1er et 2 juillet 1986, Rec. p. 78).

¹⁷⁷ Voir Guy Canivet, « Comprendre le délibéré ? Ou le « mystère de la chambre du conseil », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris : Dalloz, 2010, pp. 205-25.

généralement peu de chose, sinon que les cours collégiales sont censées prendre leurs décisions à la majorité des voix. Dans ce qui suit, je m'attache à décrire différentes formes de délibérés sur la base non seulement d'informations glanées dans la littérature secondaire, mais surtout à travers le témoignage des acteurs interrogés pour cette recherche. Bien entendu, en pratique, chaque délibéré peut procéder de façon sensiblement différente d'un autre et les descriptions qui suivent sont invérifiables de l'extérieur dans la mesure où je n'ai pu moi-même y assister.

A la Cour de cassation, d'après Jean-Luc Aubert, conseiller honoraire, le délibéré procède de la façon suivante : « La règle est que, une fois l'opinion du rapporteur exposée — c'est lui qui parle le premier dans le délibéré — avec ses justifications, l'ensemble de la formation est invité à opiner : chacun doit prendre parti—c'est une obligation — en faveur ou contre le projet d'arrêt établi par le rapporteur ou encore pour un rejet ou pour une cassation autrement motivés. Les opinions sont exprimées en suivant l'ordre décroissant d'ancienneté, en commençant par le conseiller-doyen pour aller jusqu'au plus jeune, avec cette nuance notable que le président parle en dernier. (...) lorsque le président s'exprime à son tour, les jeux sont souvent déjà faits, par l'effet d'une majorité qui s'est dégagée au fur et à mesure des prises de parole. »¹⁷⁸. D'après Guy Canivet, « Pour chaque affaire, le délibéré s'achève par adoption de l'arrêt dans sa version définitive par correction du projet retenu. La motivation fait l'objet d'une discussion parfois intense mais le renvoi à une autre audience pour parfaire la rédaction est rare. »¹⁷⁹. L'ancienne pratique du « rondeau » a été abolie, pratique selon laquelle « tout en délibérant en audience publique, chacun des membres de la Cour s'approchait du président pour lui donner son opinion à voix basse »¹⁸⁰. Le délibéré à la Cour de cassation est strictement réservé aux membres de la formation de jugement. Depuis la condamnation de la France par la CEDH, et contrairement à ce qui se passe au Conseil d'Etat avec les rapporteurs publics, les avocats généraux ne sont plus présents aux délibérés. De même, les greffiers sont exclus, alors que sont présents aux délibérés du Conseil constitutionnel des membres du secrétariat qui transcrivent les échanges des conseillers dans un procès verbal. De façon similaire, au Conseil d'Etat, des membres du service de documentation assistent aux délibérés aux fins d'établir un compte rendu.

Un conseiller d'Etat décrit ainsi les délibérés de sa section : « on prend chaque affaire dans l'ordre du rôle. Pour chaque affaire le rapporteur lit le projet, puis on ouvre le délibéré, d'une manière très informelle d'ailleurs, ce n'est pas du tout formaliste, comme à la cour de cassation ou dans certaines chambres. (...) Il suffit qu'il ait deux ou trois personnes qui disent « je ne suis pas d'accord » pour qu'on vote. Ca, ça dépend du déroulement du délibéré. Si certains — hier, on a voté à quelques reprises — si certains

¹⁷⁸ Jean-Luc Aubert, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, pp. 20-21.

¹⁷⁹ Guy Canivet, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation : pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Paris : Dalloz, 2009, p. 156.

¹⁸⁰ Guy Canivet, « Comprendre le délibéré ? Ou le « mystère de la chambre du conseil », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris : Dalloz, 2010, p. 216.

disent « non, là, vraiment, j'hésite », on vote, voilà. (...) A main levée. Et on voit alors, des fois, il y a une majorité, contrairement à ce qu'on aurait pu penser, des fois, c'est le président qui – parce qu'en général, le président s'abstient, il laisse voter les autres, mais on est en formation impaire, il n'y a pas une voix prépondérante, c'est impair. Mais, il s'abstient, et s'il y a équilibre parfait, eh bien il vote. »¹⁸¹. Le délibéré est d'autant plus court qu'il a été précédé de nombreuses discussions par petits groupes et de séances d'instruction. Si une dissension se fait jour entre la sous-section et le rapporteur public, la délibération commence par un « exposé du désaccord », par lequel le juge rapporteur explique pourquoi le projet adopté par la sous-section diverge des conclusions du rapporteur public. Toutefois, comme le fait remarquer un maître des requêtes, le juge rapporteur ne parle pas en son nom propre, mais au nom du collège : « ça peut être un jeu de rôles, d'ailleurs, assez amusant, parce que le rapporteur peut, lui, être en fait d'accord avec le rapporteur public, mais c'est quand même la parole de la sous-section qu'il doit porter, donc, dans ce cas là, il doit expliquer un projet qui n'est pas le sien. »¹⁸².

La tradition française, à l'œuvre au Conseil d'Etat, est que la formation de jugement sorte du délibéré avec un arrêt finalisé, prêt à être diffusé, ce qui implique parfois une réécriture partielle sur le siège, comme le raconte un conseiller d'Etat : « au moment du délibéré, alors il y a plusieurs options. Ou on adopte le projet, ou on l'adopte – c'est le plus fréquent d'ailleurs – mais avec des modifications, ou on ne l'adopte pas. (...) En fait, le cas le plus fréquent, dans 80% des cas, comme ça, à vue de nez, on fait des modifications sur place, qui sont assez minimes mais qui, quand même, peuvent conduire à rajouter un mot par-ci, un mot par là, à enlever... (...) Ou, ça peut avoir une répercussion sur le fond, sur le mode de raisonnement quand même. (...) On peut dire « là, non, il ne faut pas mettre cet argument, c'est hors-sujet », voilà. Ca on le fait sur place. De temps en temps, ça conduit à des modifications un tout petit peu plus substantielles, qui supposent vraiment de réécrire entièrement un considérant, et là, en général, c'est le boulot du rapporteur, mais qui le fait quand même en lien – et c'est lui qui a le dernier mot – avec le président de la formation de jugement. »¹⁸³. Les situations où l'arrêt doit être partiellement réécrit après le délibéré restent exceptionnelles. En revanche, le président de la formation de jugement signe l'arrêt et a donc toujours l'opportunité d'y mettre la touche finale.

Le délibéré du Conseil constitutionnel semble imiter la procédure législative, ce qui n'est pas complètement surprenant venant d'une institution récente, dont la majorité des membres avait jusqu'à récemment plus d'expérience comme hommes politiques habitués à la procédure parlementaire que comme membres d'une juridiction. Le conseiller rapporteur ouvre généralement le délibéré par la lecture du rapport, soit sous forme globale, soit question par question, selon le type et la complexité de l'affaire¹⁸⁴. Il n'y a pas d'ordre de parole pré-déterminé ou protocolaire : le président dirige les débats

¹⁸¹ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 1^{er} juillet 2010.

¹⁸² Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

¹⁸³ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

¹⁸⁴ Olivier Dutheillet de Lamothe, « Les modes de décision du juge constitutionnel », rapport présenté au séminaire international de justice constitutionnelle organisé par le Centre d'études constitutionnelles et administratives de l'Université catholique de Louvain à Bruxelles les 6 et 7 décembre 2001.

et donne la parole à ceux qui la réclament. A l'issue de la discussion générale, le rapporteur donne lecture du projet de décision, dont chaque considérant et proposition d'amendement est discuté et adopté par un vote à main levée, à l'image de l'adoption des articles d'une loi, avant un vote final sur l'ensemble de la décision¹⁸⁵. Qu'il s'agisse du vote intermédiaire ou du vote final, il se fait à la majorité des membres présents. En cas de partage, la voix du président est prépondérante¹⁸⁶, ce qui est typique de la procédure parlementaire, mais beaucoup moins des processus décisionnels juridictionnels puisque le président de la juridiction ou du collège est censé en principe n'être que *primus inter pares*. En pratique, il n'est pas rare que les conseillers s'abstiennent de voter, soit parce que la décision est manifestement consensuelle soit, au contraire, pour reprendre l'exemple proposé par Dominique Schnapper, parce que « la discussion a monté qu'un seul conseiller s'oppose à une décision, le président s'abstient de soumettre le problème au vote, à moins que cet opposant le demande, pour éviter ce qui pourrait sembler à certains une humiliation »¹⁸⁷.

A la CEDH, à l'invitation du président de section, le juge rapporteur ouvre le débat, suivi par le juge national (lorsqu'il s'agit de deux personnes différentes), puis par le reste de la formation de jugement, avant de procéder au vote final¹⁸⁸. Quand tout se passe bien et qu'il n'y a pas d'objection, les juges en viennent très vite au vote à main levée, vote qui porte sur un projet d'arrêt déjà entièrement rédigé. Ici comme ailleurs, chaque président de section a toutefois son propre style, donc la durée des délibérés « dépend du président. Les miennes étaient très courtes. Celles de *** étaient encore plus courtes, parfois c'était réglé en une demi-heure ou même moins. Certaines personnes sont plus tolérantes du blabla que d'autres. »¹⁸⁹. La durée du délibéré varie également en fonction du degré d'assentiment des membres au regard du projet de jugement ; comme le remarque un juriste du greffe qui a assisté à plus de trente ans de délibérés à la Cour, « on voit une sorte de compétition parfois, des juges qui veulent donner le « la », vont s'arranger pour parler en premier, pour quadriller le terrain et puis se placer, et essayer d'emporter l'adhésion, ça, c'est assez net dans certaines affaires. Mais il y a des affaires qui sont très consensuelles : très vite, on s'oriente vers une unanimité ou une quasi-unanimité. »¹⁹⁰. La décision se fait donc simultanément sur le dispositif et les motifs,

¹⁸⁵ Le vocabulaire de l'amendement est significatif de l'influence du modèle législatif. Si l'un des membres du Conseil autre que le rapporteur souhaite apporter des modifications, il peut proposer sous forme d'amendement soit écrits et distribués avant le délibéré soit oraux lors du délibéré.

¹⁸⁶ Art. 56 de la Constitution.

¹⁸⁷ Dominique Schnapper, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 300.

¹⁸⁸ Nina-Louisa Arold, qui a assisté à plusieurs délibérés à la CEDH, témoigne de ce que « différents présidents de section ont différents styles de procédure. Dans une section le juge rapporteur présentait toujours son rapport complet oralement, même si celui-ci était déjà sur la table sous la forme d'un projet de jugement. Dans une autre section, le président ne donnait la parole qu'au juge rapporteur et demandait si le juge national souhaitait apporter des amendements au projet de jugement. ». Nina-Louisa Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden et Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, note 205, p. 63.

¹⁸⁹ Entretien avec B, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

¹⁹⁰ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

selon un juge, « le système habituel est qu'il y a d'abord un vote concernant le dispositif et ensuite le président procède page par page pour s'enquérir des suggestions ou demandes de modifications »¹⁹¹. Il peut arriver à ce stade que certaines modifications de la motivation soient demandées, mais celles-ci sont plutôt rares et mineures. Après la clôture du délibéré, c'est à nouveau au binôme juge rapporteur-juriste du greffe qu'il incombe de préparer la version finale de l'arrêt, en intégrant le cas échéant les derniers changements apportés. Pour les affaires jugées en grande chambre, le délibéré procède de façon un peu plus formelle : « le président va procéder au vote, sur chaque point du dispositif, en commençant par le juge le moins ancien. On fera un vote pour chaque chose. Et une fois que tout est arrêté, à ce moment là, il va fixer un délai pour les opinions séparées. »¹⁹².

À la Cour de justice de l'Union européenne, les délibérés ne s'écartent pas significativement du modèle français tel qu'on le trouve à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat. Selon un ancien référendaire : « il y a vraiment un travail préalable au délibéré qui est super important. (...) si tout ce travail informel et formel a été fait, il se peut parfois qu'on renvoie un nouveau projet, pour le jour du délibéré, qui tient déjà compte de tout ça. Et si tout le monde a été honnête et que tout a été dévoilé avant, le délibéré est très rapide parce que, de ce que j'ai cru comprendre, ils lisent l'arrêt ensemble, le projet de motifs, et ils refont encore une fois, tout ça, tout ça, ça va, et ça peut être une demi-heure, ça peut être... Mais il se peut que certains n'aient pas dévoilé leurs cartes, parce qu'ils n'avaient pas le temps, pas l'envie, machin, donc, c'est là qu'ils se mettent à discuter. Et ça peut très bien déboucher sur un non accord, et là, le juge rapporteur est renvoyé à ses écritures, et donc, le juge rapporteur revient et c'est là qu'on est embêté, parce que nous, on n'a pas assisté au délibéré. Donc on doit réécrire quelque chose sans savoir... »¹⁹³.

Pour conclure, une caractéristique commune des juridictions *ex ante* est que la décision finale lors du délibéré s'opère sur un jugement déjà rédigé et délibéré, ce qui permet à l'arrêt d'être communiqué aux parties et au grand public dans un délai parfois extrêmement court. Ainsi au Conseil constitutionnel, la décision, accompagnée d'un dossier documentaire, est diffusée sur le site Internet quelques heures environ après la fin du délibéré. À la CJUE et la CEDH, en raison des impératifs de traduction, la communication de la décision est plus lente, mais le délai n'a rien de comparable avec les cours *ex post*, qui mettent parfois des mois après le délibéré pour rédiger et publier leurs arrêts. Afin de comprendre les raisons de cet intervalle entre délibéré et publication de l'arrêt, il convient à présent de se tourner vers l'étude de la culture organisationnelle *ex post*.

¹⁹¹ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

¹⁹² Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

¹⁹³ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

III—La culture organisationnelle *ex post*

Dans les cours souveraines qui suivent le modèle *ex post*, ce qui compte avant tout pour les juges, c'est de parvenir à un accord collectif sur le dispositif, non les motifs. Ce n'est qu'*après* cette décision collective que la recherche et la rédaction des motifs commence véritablement. Autrement dit, le délibéré ne représente pas un point d'arrivée, comme dans les cours *ex ante*, mais au contraire un *point de départ* de l'élaboration de la motivation. Au niveau de la structure décisionnelle, la modélisation se traduit par un découpage en trois temps : une phase de mise en état de l'affaire, une brève phase collective de délibéré durant laquelle les magistrats s'accordent sur un dispositif, et une phase de rédaction des motifs, qui est à nouveau principalement individuelle. La Cour suprême des Etats-Unis représente le parangon du modèle *ex post* et je me concentrerai donc sur son cas, tout en m'appuyant ici et là sur des exemples tirés de la Cour suprême du Royaume Uni.

1—La mise en état de l'affaire

Dans les pays de *common law*, traditionnellement, une cour collégiale est censée être « chaude », au sens où tous les magistrats reçoivent des dossiers complets en préparation du délibéré. Chacun doit en principe les lire et les étudier, si besoin en conduisant des analyses détaillées et des recherches complémentaires avec l'aide de leurs assistants, les « *clerks* » et rédiger un rapport, connu sous le nom de « *bench memorandum* ». Ruggero Aldisert, juge fédéral américain retraité, oppose cet idéal de cour chaude à ce que les Anglo-Saxons qualifient de cour « froide », c'est-à-dire les cours collégiales où la majorité des magistrats n'ont ni l'occasion de se familiariser avec les pièces du dossier, ni de faire des recherches sur les questions de droit, ni de pré-débattre la solution avant le délibéré parce que le dossier a fait l'objet d'une pré-attribution à l'un des juges de la formation de jugement à l'exclusion des autres, à l'image du juge rapporteur des juridictions *ex ante*¹⁹⁴.

L'opposition chaud-froid recoupe en réalité l'opposition entre une culture organisationnelle *ex ante* et une culture *ex post* et met le doigt sur l'une des différences fondamentales qui les distingue : l'existence d'un juge rapporteur dans le modèle *ex ante* et son absence dans le modèle *ex post*. Dans une cour chaude ou *ex post*, le juge chargé de rédiger l'opinion de la cour, que l'on peut appeler le juge « rédacteur », n'est choisi qu'à l'*issue* du délibéré, comme à la Cour suprême du Royaume Uni où « la pratique est pour le président de la formation de jugement de nommer quelqu'un pour écrire le jugement après l'audience et la discussion sur le résultat »¹⁹⁵. Le juge rédacteur a donc une fonction fondamentalement différente de celle du juge rapporteur qui, lui, met en état l'affaire et y apporte un premier regard, déterminant les questions de droit appelées à être examinées par le collège.

¹⁹⁴ Voir Ruggero J. Aldisert, *Opinion Writing*, Bloomington, IN : AuthorHouse, 2009.

¹⁹⁵ Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012.

Indépendamment de la fonction de juge rapporteur, sur laquelle on reviendra plus bas, si l'on prend au sérieux l'opposition anglo-saxonne entre cours chaudes et cours froides, il n'est pas certain que la Cour suprême des Etats-Unis soit une cour tout à fait chaude. Elle l'a sans doute été à une époque, aujourd'hui révolue, durant laquelle chaque juge avait l'habitude de préparer tous les dossiers, mais elle est actuellement devenue une cour tiède, pour filer la métaphore, dans la mesure où il existe désormais une procédure de mise en état des dossiers centralisée pour l'ensemble de la Cour. En revanche, à en croire l'ancien Law Lord interrogé pour cette recherche, la Cour suprême du Royaume Uni serait toujours une cour chaude : « La façon dont ça marche est que chaque membre de la formation de jugement aura lu les mémoires et autres documents du dossier avant l'audience, et ensuite on se réunit pour la première délibération et à la fin de la réunion ou après le président de la formation désigne [un juge pour rédiger l'arrêt] »¹⁹⁶. Cette bifurcation entre la cour souveraine anglaise et son pendant américain est en partie liée aux différentes charges de travail auxquelles font face les deux juridictions. Alors que la cour anglaise ne reçoit pas plus de trois-cent requêtes annuelles¹⁹⁷, la Cour américaine doit en examiner près de dix-mille. Il serait manifestement difficile à chacun des neuf juges américains d'examiner personnellement chacune des dix-milles requêtes.

L'augmentation constante de son contentieux a conduit la Cour américaine à réformer l'organisation de sa phase d'instruction dès les années 1930. Jusque-là, tous les magistrats prenaient connaissance individuelle de toutes les requêtes et discutaient de chaque affaire avec leurs collègues lors d'une première séance d'instruction, sous la direction du président de la Cour, lequel résumait brièvement les faits et les questions de droit soulevées. Du fait de l'explosion du nombre des requêtes (environ huit par semaine dans les années 1930 contre plus de 150 aujourd'hui), sous la présidence de Charles Evan Hughes (1930-1941), les choses commencèrent à évoluer. Au lieu d'examiner tous les pourvois lors de la séance d'instruction, dès 1935, le président Hughes entreprit de distribuer à ses collègues avant leur réunion une « liste morte » (« *dead list* »), à savoir l'inventaire des affaires qu'il ne comptait pas mentionner en raison de leur caractère routinier ou frivole, sauf si l'un des autres juges y voyait une objection¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012.

¹⁹⁷ Entre le 1^{er} avril 2011 et le 31 mars 2012, la Cour suprême du Royaume uni a reçu 249 requêtes d'appel et elle en a accepté 64. Voir *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2011-2012*, Londres : The Stationery Office, p. 22. A ces chiffres il faut ajouter les 17 affaires qui lui ont été dévolues au titre de sa compétence obligatoire ainsi que les 23 requêtes qui lui ont été soumises au titre de sa compétence discrétionnaire (donc 2 ont été acceptées) par les tribunaux inférieurs habilités à le faire. Voir *The Supreme Court Annual Report and Accounts 2011-2012*, p. 24.

¹⁹⁸ Depuis la présidence de Vinson en 1950, la situation est inversée : avant la séance d'instruction organisée afin de déterminer quels pourvois vont être admis, le Président de la Cour distribue une « liste de discussion » plutôt qu'une liste morte, qui énumère les requêtes que le Président a prévu de discuter à l'exclusion de toutes les autres qu'il présume non-admissible. Chaque juge est libre d'ajouter d'autres requêtes à la liste, mais cette procédure signifie que la vaste majorité des requêtes ne passe pas l'étape de la séance d'instruction et est donc automatiquement rejetée (environ 95% des requêtes sont rejetées). Voir Gregory A. Caldeira et John R. Wright, « The discuss list: Agenda building in the Supreme Court », *Law and Society Review*, Vol. 24, 1990, pp. 807-836.

À la même époque, la Cour bénéficie d'un nombre croissant de *clerks*, dont l'implication est de plus en plus importante dans la procédure de mise en état des affaires, au point qu'on a pu les qualifier collectivement de « cour-dans-la-cour »¹⁹⁹. Le rôle crucial des *clerks* ne saurait être sous-estimé dans la mesure où leur existence et leurs responsabilités grandissantes représentent l'un des facteurs essentiels (si ce n'est le plus décisif) permettant d'expliquer les spécificités des motivations des décisions de la Cour américaine. Le premier *clerk* officiel fut introduit à la Cour en 1882 par le juge Gray, qui paya initialement le salaire de ses *clerks* de sa propre poche. L'expérience s'avéra si satisfaisante que le recours aux *clerks*, d'abord circonscrit à quelques juges, fut institutionnalisé dès la fin du dix-neuvième siècle, puis consacré par une loi²⁰⁰. Aujourd'hui, chacun des neuf juges dispose de quatre *clerks*, recrutés annuellement *intuitu personae* parmi les jeunes diplômés les plus brillants d'une poignée d'universités d'élite.

Jusque dans les années 1930, les *clerks* sont communément qualifiés de secrétaires, ce qui reflète alors la réalité de leur office, qui consiste, au mieux, à conduire des petites recherches jurisprudentielles, à vérifier les citations d'un projet de jugement, ou à rédiger et mettre en forme les notes en bas de pages des arrêts et, au pire, à occuper un rôle de sténographe, de relecteur, voire de secrétaire particulier chargé de régler les factures des juges ou de servir de chauffeur occasionnel. Dans les années 1940, la fonction évolue et la mission principale des *clerks* devient celle de mettre en état les requêtes. Les *clerks* rédigent pour chaque dossier un *bench memo*, équivalent du rapport dans les juridictions *ex ante*, qui présente les faits et points de droit pertinents, résume les arguments des parties, suggère des questions à leur poser lors de l'audience publique et, selon le magistrat auquel le memo s'adresse, propose des solutions plus ou moins fouillées et personnalisées. Après avoir lu le rapport de son *clerk*, il devient courant pour un magistrat de discuter de l'affaire oralement avec lui et les autres *clerks* de sorte que l'usage d'un pré-délibéré interne aux « cabinets » (« *chambers* ») des juges s'établit.

Le rôle des *clerks* devînt encore plus important en 1972 avec la mise en place du « *cert pool* »²⁰¹. Jusque-là, chaque *clerk* ne travaillait exclusivement que pour un seul magistrat. En raison de l'irréductible inflation du contentieux, le président Burger (1969-1986) décida de mettre en commun les *clerks* pour les besoins de la phase d'instruction, afin de rationaliser le travail et éviter la reduplication des efforts de chaque *clerk*. Au lieu de distribuer chaque requête aux neuf juges et de voir neuf *clerks* préparer chacun un *bench memo* différent pour la même affaire, l'organisation d'un pool se met en place. Le pool signifie que chaque requête est désormais attribuée à un seul *clerk*, chargé de rédiger un rapport pour l'ensemble de la Cour et non plus seulement pour son seul juge. Les

¹⁹⁹ Artemus Ward et David L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices. 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York et Londres : New York University Press, 2006.

²⁰⁰ Le Sundry Civil Act du 4 août 1886 autorisant un clerk pour chaque juge à un salaire de 1.600 dollars par an.

²⁰¹ Ryan C. Black et Christina L. Boyd, « The Role of Law Clerks in the U.S. Supreme Court's Agenda-Setting Process », *American Politics Research*, Vol. 40, 2012, pp. 147-173.

« *pool memos* », ou rapports du pool, sont tenus d'adopter un style plus uniforme et objectif que celui des rapports de l'ancien régime qui, parce qu'ils étaient internes au cabinet d'un juge, pouvaient prendre des formes et des tons très différents. Le nouveau système n'empêche toutefois pas les *clerks* de tel ou tel juge de personnaliser les rapports une fois que ceux-ci ont été distribués, en ajoutant par exemple la mention de leur désaccord sur tel ou tel point ou en soulignant que la requête soulève une question de droit chère à leur juge ou encore en proposant d'emblée une solution au litige²⁰². Il n'en reste pas moins que le tri des requêtes représente aujourd'hui une tâche avant tout collégiale pour les *clerks* : c'est souvent la première mission qui leur est confiée à leur arrivée à la Cour durant l'été, alors que les juges sont en vacance. Livrées à elles-mêmes, les jeunes recrues doivent se serrer les coudes et travailler en bonne intelligence afin d'abattre la charge de travail. Un ancien *clerk* raconte : « les *clerks* du juge *** arrivaient au début de l'été (...), il [le juge *** pour lequel le *clerk* en question travaillait] était en vacance. Je crois qu'il était à Martha's Vineyard ou quelque part au loin. C'est durant cette période qu'il fallait étudier les requêtes en vue du *cert*. Donc notre première expérience à la Cour était d'étudier les requêtes et de lui envoyer [au juge] des recommandations. »²⁰³. Dans cette situation, les *clerks* recourent à l'entraide, comme le souligne un autre *clerk* : « si c'est un cas difficile nous en discutons certainement entre nous parce que nous sommes très peu sûrs de nous. Nous n'avons jamais rien vu de tel. Nous n'avons aucune idée. Donc nous nous parlons. Parfois être un collectif plutôt qu'une personne isolée nous apporte beaucoup de sagesse. »²⁰⁴.

Les *clerks*, non pas les juges, sont donc désormais les premiers à prendre connaissance des requêtes. La Cour n'en est pas devenue pour autant une cour complètement « froide » dans la mesure où chaque juge continue de s'informer personnellement des dossiers pressentis comme délicats par la lecture des rapports du pool, ainsi que par des discussions orales avec leurs *clerks*. Par ailleurs, dès sa mise en place, quelques juges ont refusé de participer au pool, certains parce qu'ils l'estiment contraire à la tradition de cour chaude de la *common law*, d'autres parce qu'ils craignent que des requêtes méritoires à leurs yeux ne soient écartées sans ménagement par les *clerks* de leurs collègues, d'autres encore simplement parce qu'ils estiment que deux paires d'yeux valent mieux qu'une et que chaque requête mérite d'être examinée par au moins deux *clerks* différents. Comme le relève un ancien *clerk* qui, lui, faisait partie du pool : « C'est incroyablement important qu'il y ait un juge qui ne soit pas dans le pool parce que cela signifie qu'il y a un deuxième *clerk* dans le bâtiment qui porte aussi

²⁰² Chaque rapport est signé par le *clerk* qui l'a rédigé ce qui permet immédiatement aux autres *clerks* de se faire une idée de la sensibilité politique du rapport pour les cas délicats, en dépit de son objectivité proclamée. Un *clerk* peut développer une réputation de fiabilité et de sérieux parmi les autres *clerks* et les juges de la cour, ou l'inverse, comme en témoigne un ancien *clerk* : « Je dois rédiger un rapport et mon rapport sera distribué à tous les juges et à tous mes copains et si je merde, ça va être très embarrassant. C'est vraiment très stressant. » Entretien avec L, *clerk* à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁰³ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁰⁴ Entretien avec L, *clerk* à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

l'entière responsabilité d'un rapport particulier »²⁰⁵. Actuellement, Samuel Alito est le seul juge à ne pas participer au pool, qu'il a quitté en 2008, deux ans après son arrivée à la Cour. Avant lui, Stevens, Marshall, Brennan et Stewart s'étaient abstenus de participer au pool.

2—La phase collective : *certiorari*, audience publique, et délibéré

La sélection des requêtes ou « *certiorari* »

À la Cour suprême américaine la phase proprement collective du travail de jugement commence par les séances d'instruction ou de *certiorari* durant lesquelles les neuf magistrats décident de sélectionner, ou non, chacune des requêtes. Alors qu'à l'origine la Cour avait l'obligation de juger toutes les requêtes qui lui étaient soumises, depuis 1988 sa compétence est devenue entièrement discrétionnaire : elle ne connaît que des affaires dont elle veut connaître²⁰⁶. Cette évolution s'est opérée progressivement, d'abord avec la loi Evarts de 1891, qui conféra pour la première fois à la Cour le pouvoir discrétionnaire de juger certaines affaires à l'exclusion d'autres en utilisant l'ordonnance de *certiorari* (« *writ of certiorari* »). En raison de l'inflation continue du nombre des pourvois, une deuxième loi, la « *Judges' Bill* » du 13 février 1925 vint élargir ce pouvoir discrétionnaire, qui finit par devenir la norme avec la loi du 27 juin 1988²⁰⁷. Le principe à l'œuvre pour la sélection des requêtes est inédit pour un collège puisqu'il s'agit d'une règle de minorité, la « règle des quatre » (« *the rule of four* ») : une requête n'est sélectionnée que si au moins quatre juges le souhaitent. Donc même si cinq juges (c'est-à-dire la majorité) s'opposent à la sélection du pourvoi, du moment que quatre juges y sont favorables, celui-ci sera examiné par la Cour.

Les rapports du pool sont distribués à l'ensemble des membres de la Cour au moins une semaine avant les réunions de *certiorari*, ce qui laisse le temps à chaque juge de les étudier ainsi que, s'il y a lieu, les compléments qu'y ont apporté ses propres *clerks*. Avant même la réunion, les juges se sont déjà fait une idée assez claire de leur position : ils s'y rendent avec leur copie de la « liste de discussion » annotée par des observations précisant la façon dont ils entendent voter. La discussion procède de la façon suivante : le président amorce le débat pour chaque affaire en exposant brièvement les faits et les points de droit. Ensuite, par ordre de séniorité, chaque juge fait part de ses commentaires

²⁰⁵ Entretien avec L, clerk à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁰⁶ Le pouvoir discrétionnaire de la Cour n'est limité que dans les affaires que la Constitution, Art. III, § 2, cl. 2 a dévolues à la Cour en premier ressort (« *original jurisdiction* ») et que le Congrès a choisi d'attribuer exclusivement à la Cour (« *exclusive jurisdiction* ») en premier et dernier ressort, tels que les différends entre états (28 USC, § 1251(a)). Mais ces deux types d'affaires ne représentent qu'une proportion infime des pourvois. Pour une histoire de l'évolution du pouvoir discrétionnaire dans la sélection des requêtes, voir Edward A. Hartnett, « Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill », *Columbia Law Review*, Vol. 100, 2000, pp. 1643-1738.

²⁰⁷ 28 USC § 1257.

et annonce généralement en même temps son vote. Il n'y aurait souvent pas de vote final ou récapitulatif : la discussion et le vote ont lieu de façon simultanée lors du tour de table. Si la Cour s'y réunit au complet, la réunion de *certiorari* n'est toutefois pas une instance de pré-délibéré dans la mesure où les juges ne sont pas très disert sur les raisons pour lesquelles ils souhaitent, ou non, sélectionner une affaire. Pour les affaires très controversées ou politisées, il n'est pas rare que ces réunions fassent l'objet d'une analyse stratégique de la part de certains juges qui tentent de se mettre d'accord à l'avance pour faire bloc, soit pour, soit contre la sélection de certains dossiers, car ils savent que s'il veulent précipiter une décision dans un certain domaine, ou au contraire l'éviter à tout prix, il faut agir au stade de la sélection des requêtes²⁰⁸. En cas de grave désaccord, le ou les juges qui souhaitaient juger une affaire mais ne sont pas parvenus à réunir un nombre de voix suffisant ont la possibilité de rédiger une opinion dissidente expliquant pourquoi ils estiment que telle requête aurait dû être sélectionnée par la Cour.

L'audience publique ou « *oral argument* »

Les audiences jouent un rôle très important dans la culture organisationnelle *ex post*. Elles accompagnent quasi-systématiquement l'examen des affaires par les cours souveraines, contrairement aux cours *ex ante*, qui les réservent souvent aux affaires les plus délicates. Les audiences des juridictions *ex post*, loin d'être purement protocolaires, représentent pour les juges une occasion de premier plan pour approfondir leur connaissance du dossier et obtenir des informations complémentaires sur tel et tel point en particulier²⁰⁹. Les juges sont très actifs et n'hésitent pas à interrompre les avocats afin d'obtenir des éclaircissements ou de soulever de nouvelles questions de droit²¹⁰.

A la Cour suprême du Royaume Uni, l'audience réunit pour la première fois les membres de la formation de jugement autour du dossier²¹¹, tandis qu'à la Cour suprême des Etats-Unis, l'audience représente la deuxième étape collective dans la vie d'un dossier, après la réunion de *certiorari*. Toutefois, comme on l'a vu plus haut, les juges américains abordent pour la première fois les mérites de l'affaire lors de l'audience puisque la réunion de *certiorari* se concentrait sur la question de la sélection de la requête. Lors de l'audience, les juges américains ont l'opportunité d'entendre les avocats des deux parties (lorsqu'une affaire met en cause les intérêts du gouvernement fédéral, celui-ci est représenté par le Solicitor General ou agent judiciaire fédéral) pendant trente minutes chacun et de leur poser des questions.

²⁰⁸ Voir H.W. Jr. Perry, *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1998, p. 121.

²⁰⁹ Voir, pour les Etats-Unis, Timothy R. Johnson, *Oral arguments and decision making on the United States Supreme Court*, Albany : State University of New York Press, 2004, p. 122.

²¹⁰ Voir en ce sens la perspective de l'ancien juge à la Cour suprême, John Harlan : John M. Harlan, « The Role of Oral Argument », in David M. O'Brien, dir., *Judges on Judging : View from the Bench*, Chatham, N.J. : Chatham House, 1997, p. 80 et pp. 106-07.

²¹¹ Voir Alan Paterson, *The Law Lords*, Toronto et Buffalo : University of Toronto Press, 1982.

Il s'agit d'une étape *collective* dans la mesure où tous les juges sont présents, mais non pas nécessairement d'une étape *collégiale*. Si un ancien *clerk*, actif à la Cour dans les années 1950, estime que « parfois ce n'est pas une audience entre les avocats, mais un débat entre les juges qui tentent de persuader ceux de leurs collègues qui sont indécis »²¹², la pratique contemporaine est plutôt individualiste, dans la mesure où chaque juge aborde l'audience de façon idiosyncratique, sans concertation préalable avec ses collègues. Clarence Thomas, certes un cas extrême, est connu pour son silence durant les audiences, qu'il considère comme des spectacles destinés à épater la galerie, mais inutiles à la recherche de la solution juridique²¹³. D'autres juges sont très actifs dans leur questionnement et n'hésitent pas à interrompre les avocats, ou même leurs collègues, de sorte qu'il ressort parfois de l'audience un sentiment d'antagonisme plutôt que de collégialité. Certains commentateurs prétendent ainsi pouvoir prévoir le vote des juges sur la base de leurs interventions et de leur attitude durant l'audience²¹⁴.

Le délibéré ou « conference »

Pendant longtemps, les juges anglais ne délibèrent pas, en tout cas pas au sens où ils se seraient réunis de façon privée pour discuter en tant que collège de l'affaire en jugement afin d'adopter une motivation commune. Ils avaient même l'interdiction de le faire en raison de la règle de l'« oralité » selon laquelle toutes les opérations juridictionnelles devaient être réalisées en public de façon à permettre le contrôle des juges par les citoyens²¹⁵. Ainsi, comme le rapporte le Law Lord interrogé pour cette recherche « dans les années 1920 et probablement avant et pendant un certain temps après cela, les juges ne discutaient même pas du résultat » ; la formation de jugement ne se rencontrait pas au complet pour débattre et voter²¹⁶. Il reste vrai que la notion de délibéré collégial n'est pas cruciale à l'identité d'une cour souveraine *ex post*, où l'essentiel du travail réflexif a lieu lors de la préparation des motifs, qui se fait de façon individuelle et *après* le délibéré.

Les vendredis sont les jours de « conference » à la Cour suprême des États-Unis : le terme *conference* pouvant désigner à la fois les séances de *certiorari* qui ont lieu le vendredi après-midi pour sélectionner les requêtes et les délibérés, qui ont lieu le vendredi matin pour les affaires déjà audiencées. Le délibéré est très bref et reproduit la structure de la discussion lors de la réunion de *certiorari*, à savoir par ordre de

²¹² Entretien avec M, clerk à la Cour suprême en 2057-58, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²¹³ David G. Savage, « Say the Right Thing », *American Bar Association Journal*, Vol. 83, 1997, pp. 55-56.

²¹⁴ Voir, par exemple, Sarah Levien Shullman, « The Illusion of Devil's Advocacy: How the Justices of the Supreme Court Foreshadow Their Decisions during Oral Argument », *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 6, 2004, pp. 271-93, qui remarque que les juges tendent à poser moins de questions à la partie en faveur de laquelle ils vont se prononcer.

²¹⁵ Robert J. Martineau, *Appellate Justice in England and the United States: A Comparative Analysis*, Buffalo : W.S. Hein, 1990, pp. 101-103.

²¹⁶ Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012, traduction française de Mathilde Cohen.

séniorité²¹⁷, chaque juge annonçant tour à tour sa vision de l'affaire et le sens dans lequel il entend trancher. Le tour de table se conclut généralement par un vote sur le dispositif sans qu'il y ait de discussion générale : les participants ne débattent pas des mérites des propositions des uns et des autres et ne tentent pas de reformuler leurs positions afin de les rendre plus acceptables au reste du groupe. Le délibéré porte principalement sur la détermination du dispositif, non pas sur les motifs, dont la discussion est remise à une phrase ultérieure, comme le souligne un ancien *clerk* : « Ils [les juges] votent sur le dispositif : rejet/cassation et leurs votes peuvent porter sur différents aspects du dispositif. Donc ça peut être très compliqué. Mais ils votent sur le dispositif. »²¹⁸. En cas de désaccord, il peut se dégager une majorité ainsi qu'une ou plusieurs minorités. Si le président se trouve dans le camp majoritaire, c'est à lui qu'il revient de choisir le juge qui rédigera l'opinion majoritaire de la Cour, tandis que le juge le plus âgé du camp minoritaire choisit l'auteur de l'opinion séparée (ou vice versa). Ce mode de désignation du juge rédacteur de la motivation est typique d'une cour chaude (ou tiède) : en principe n'importe quel juge peut être désigné puisqu'aucun juge n'est censé jouir d'une quelconque prééminence sur le dossier, à la différence des juridictions *ex ante*, où un juge rapporteur a réalisé un travail de préparation de l'affaire en amont parfois considérable. Comme le souligne un ancien *clerk*, les juges américains « arrivent tous [au délibéré] bien préparés. Ils sont presque prêts à rédiger une opinion »²¹⁹. Le choix du rédacteur est donc un choix d'opportunité pour le président et le doyen, qui peuvent selon les cas se tourner vers un juge modéré dans l'espoir de conserver ou d'attirer le plus de votes possibles, ou au contraire, choisir un juge jusqu'au-boutiste si la majorité est solide (ou à l'inverse, si la minorité n'a aucune chance de se transformer en majorité et qu'il n'y a donc pas d'avantage à proposer une opinion conciliante)²²⁰.

La Cour suprême du Royaume Uni opère sur un modèle similaire, comme le rapporte un ancien *Law Lord* : « Après l'audience, en principe immédiatement après, mais parfois le jour suivant ou deux jours plus tard, il y a une réunion au cours de laquelle le président de la formation de jugement demande à chaque membre dans l'ordre inverse de séniorité (le plus jeune d'abord) d'exprimer son avis quant au résultat et c'est ordinairement un très bref compte rendu des raisons pour lesquelles la personne pense que l'affaire devrait être tranchée en un certain sens. Ce n'est pas d'ordinaire un morceau de plaidoyer. Ensuite quand le sens de la décision de la cour apparaît clairement, et si celle-ci n'est pas divisée, le président demande à un membre de la majorité d'écrire le jugement, même s'il peut se nommer lui-même. Cela n'empêche personne d'autre d'écrire, surtout ceux qui sont en désaccord et peuvent décider d'écrire très vite afin

²¹⁷ D'après l'un des anciens *clerks* interrogés, le délibéré procède dans l'ordre inverse : « Ils vote dans l'ordre inverse, du plus junior au plus senior. » Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

²¹⁸ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

²¹⁹ Entretien avec L, *clerk* à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²²⁰ Ce choix est néanmoins tempéré par l'usage qui veut que tous les juges rédigent un nombre à peu près égal d'opinions chaque année.

d'influencer les autres et faire basculer la majorité en minorité. »²²¹. Le délibéré ne se conclut pas sur un vote formel : « On a pas besoin de passer au vote. À moins que quelqu'un ne décide de changer d'avis, le résultat apparaît très clairement au moment du tour de table. Nous n'avons pas de vote formel. »²²².

Contrairement à certaines cours *ex ante* comme le Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel ou la CEDH²²³, qui autorisent la présence au délibéré de membres du personnel non judiciaire, soit parce que celui-ci est auteur du projet, soit à des fins de prise de note pour établir un procès-verbal, les délibérations des cours souveraines américaines et anglaises sont strictement réservées aux juges, à l'image de ce qui se passe à la Cour de cassation et à la CJUE.

Dans une institution petite dont les traditions et les modes de fonctionnement tout en étant anciens, demeurent peu formalisés et en constante évolution, l'influence des personnes et des personnalités joue un rôle capital. Ainsi, William Rehnquist, qui présida la Cour suprême américaine de 1986 à 2005 avait la réputation de diriger les séances de délibéré, qu'il considérait comme purement formelles, d'une main de fer : son maître mot était l'efficacité et la rapidité et il ne laissait pas de place à la discussion²²⁴. Certains commentateurs attribuent les taux record de décisions divisées, comportant une ou plusieurs opinions séparées, à cette attitude anti-collégiale. Le président actuel, John Roberts, ne manque pas de déclarer, dès qu'il en a l'occasion, qu'il prend le contrepieds de son prédécesseur et s'attache à favoriser une atmosphère plus collégiale dans l'espoir de parvenir à des décisions moins fragmentées²²⁵. Toutefois ces déclarations ne semblent pas jusqu'à présent avoir été suivies d'effets²²⁶, à tel point qu'un ancien *clerk* doute de la sincérité de cet engouement affiché pour la recherche du consensus : « Je ne le [Roberts] crois pas. Je crois qu'il veut une cour qui adopte ses vues. La question est de savoir à quelle vitesse il veut avancer et je crois que c'est une question de stratégie. (...) Il a participé à de nombreux arrêts qui balayaient large et décident des points qu'il n'était pas nécessaire de décider s'il tenait vraiment à l'unanimité. (...) Le mobile moteur pour lui c'est de pousser la cour dans la direction où il pense qu'elle doit aller. »²²⁷.

Si l'on récapitule les étapes de jugement décrites jusqu'ici, il en ressort que les juges américains délibèrent peu, ou en tout cas, pas dans le cadre de d'échanges mettant

²²¹ Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012, traduction Mathilde Cohen.

²²² Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012, traduction Mathilde Cohen.

²²³ La CJUE n'autorise pas la présence des référendaires lors du délibéré.

²²⁴ Voir en ce sens son histoire de la Cour suprême : William H. Rehnquist, *The Supreme Court*, New York : Knopf, 2001, pp. 254-255 et p. 258.

²²⁵ Voir l'interview exclusif de Roberts par Jeffrey Rosen, « Roberts's Rule », *The Atlantic*, janvier-février 2007.

²²⁶ David A. Yalof, Joseph Mello, et Patrick Schmidt, « Collegiality Among U.S. Supreme Court Justices ? An Early Assessment of the Roberts Courts », *Judicature*, Vol. 95, 2011, pp. 12-19.

²²⁷ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

en présence l'ensemble des neuf membres de la Cour. Ils débattent à peine lors des réunions de *certiorari* visant à sélectionner les requêtes, ne se parlent pas directement les uns aux autres lors des audiences publiques, et expédient le délibéré proprement dit au cours duquel la détermination d'une majorité en faveur du dispositif et la désignation des juges rédacteurs restent les événements essentiels, rarement accompagnés de discussions approfondies sur les raisons des choix des uns et des autres.

3—*La motivation par petit groupe*

Entre le délibéré et la publication de l'arrêt définitif, il peut s'écouler des semaines, voire parfois des mois. Que se passe-t-il durant cette période ? Il existe aujourd'hui un certain nombre d'études ethnographiques et biographiques fouillées sur la procédure de décision de la Cour américaine, ayant démontré que contrairement aux idées véhiculées par les médias ou des ouvrages grand public comme *The Brethren*²²⁸, les juges suprêmes délibèrent à peine lors du délibéré et ne discutent pas tant que ça après coup²²⁹. Comme le souligne un ancien *clerk*, « rien ne se passe jusqu'à ce que le projet d'arrêt ne soit distribué. Ce que je peux vous dire, c'est qu'il n'y a pas beaucoup de discussion. »²³⁰. Mais une fois la décision prise quant au dispositif lors du délibéré, tout se passe comme si l'on revenait à une phase de travail plus ou moins individuel.

Le ou les juges rédacteurs jouissent d'une forme de monopole dans l'élaboration de la motivation. A la différence du juge rapporteur des cours *ex ante* dont le gros du travail consiste à assurer une décision consensuelle, le juge rédacteur américain, à supposer qu'une majorité suffisamment claire se soit dégagée lors du délibéré, n'a pas à se soucier de recueillir l'adhésion de ses collègues par la rédaction d'une opinion de compromis. Symétriquement, à supposer que l'auteur d'une opinion minoritaire se sache irrémédiablement isolé, il n'a pas non plus à s'inquiéter de ménager ses collègues et peut laisser libre cours à l'expression de son désaccord. En pratique, un juge rédacteur n'est contraint de se montrer conciliant que dans le cas où il ne dispose que d'une faible majorité (cinq voix) et a des raisons de craindre la défection d'un ou plusieurs collègues si sa motivation ne convainc pas (ou bien, s'il se trouve dans la situation inverse de rédacteur pour le compte d'une large minorité — quatre voix — et a bon espoir de rallier un collègue de la majorité s'il parvient à écrire une opinion de compromis). Comme le rapporte un ancien *clerk*, « Bien-sûr la phase de compromis peut durer des mois ; dans certaines affaires, une fois qu'on a circulé les projets de jugement, chaque camp continue d'essayer de l'emporter et le vote n'est que provisoire. Il y a toujours la possibilité que

²²⁸ La publication de Bob Woodward et Scott Armstrong, *The Brethren*, New York : Simon & Schuster, 1979 et celle de Edward Lazarus, *Closed Chambers. The rise, fall, and future of the modern Supreme Court*, New York : Times Books, 1998, furent en ce sens très controversées.

²²⁹ Par exemple, H.W. Perry, Jr., *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1991.

²³⁰ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

certains changent de camp. Il s'agit de ne pas les perdre pour conserver la majorité. »²³¹. Tout ceci n'empêche pas des juges rédacteurs disposant d'un large soutien de composer des opinions modérées, qui reflètent le plus grand dénominateur commun des membres, parce qu'ils estiment que c'est leur devoir de faire parler la Cour d'une voix aussi unie que possible, mais la culture *ex post* ne les y contraint nullement.

Les juges rédacteurs assignent couramment la tâche de rédiger un premier jet à l'un de leurs *clerks*. Bien entendu, les pratiques diffèrent selon les juges qui sont entièrement souverains dans l'élaboration de leurs méthodes de travail. Certains délèguent plus d'autorité à leurs *clerks* que d'autres, comme le fait valoir un ancien *clerk* : « certains juges ne rédigent pratiquement aucun arrêt. Ils les délèguent à leurs *clerks*. Le *clerk* rédige un premier jet. Cela ne veut pas dire qu'il sera publié le matin suivant, mais que peut-être d'autres *clerks* du cabinet et le juge vont le relire, l'éditer et éventuellement l'améliorer ou le modifier. Ou le juge peut s'exclamer : "Ca alors ! Je ne suis pas sûr. Attendons donc de réfléchir plus avant." »²³². Initialement, comme on l'a vu plus haut, les attributions des *clerks* se bornaient à des tâches moins nobles, mais à compter de la présidence de Earl Warren (1953-1969), les *clerks* sont devenus les nègres des juges, en partie parce que Warren a développé la pratique consistant à conférer aux juges la rédaction des motifs de façon strictement égalitaire plutôt que de poursuivre la tradition antérieure, selon laquelle la distribution était fonction de la rapidité avec laquelle les uns et les autres accomplissaient leur tâche de rédaction.

Il n'en reste pas moins qu'il existe un continuum entre les juges qui persévèrent à rédiger eux-mêmes l'essentiel de leurs opinions et ceux qui les confient presque entièrement à leurs *clerks*. Ainsi, un autre *clerk* rapporte : « lorsqu'il [le juge pour lequel le *clerk* en question travaillait] était chargé de rédiger une opinion, il revenait au *clerk* qui avait rédigé le rapport d'écrire l'opinion. (...) Il [le juge] rencontrait de façon informelle le *clerk* pour lui dire : "voici ce que je veux comme dispositif, donc je veux dire x, y et z." Mais avec lui c'était assez général et les *clerks* avaient beaucoup de liberté pour décider de la façon de rédiger l'opinion. Ensuite il lisait le brouillon et le commentait dans la marge. A mon expérience il ne corrigeait jamais directement le texte, il se contentait d'écrire sur les côtés. Nous continuions de travailler à ces textes et il avait aussi l'habitude de nous faire échanger nos textes avec les autres *clerks*. Donc les trois autres *clerks* lisaient les brouillons et donnaient leur avis. Pour les cas difficiles, nos contributions étaient substantielles. Il y avait même des cas où les *clerks* rédigeaient des contre-rapports pour le juge ou suggéraient des changements substantiels au juge parce qu'il y avait un conflit entre *clerks*. »²³³. Un autre *clerk* raconte avoir eu une expérience complètement différente avec son juge : « Le juge... rédige toutes les opinions. Ses

²³¹ Entretien avec L, *clerk* à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²³² Entretien avec M, *clerk* à la Cour suprême en 1957-58, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²³³ Entretien avec K, *clerk* à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

clerks préparaient des éléments pour lui, mais c'était lui qui tenait la plume. »²³⁴. Enfin, un troisième *clerk* décrit une situation intermédiaire : « Nous discussions avec lui [le juge], nous préparions une note avant l'audience. Il s'asseyait avec nous pour discuter de l'affaire avant l'audience. Et ensuite il s'asseyait à nouveau avec nous pour discuter de l'affaire après le délibéré. Et pour chaque cas, chaque question de droit, un *clerk* était désigné comme responsable, juste pour être sûr. Et cette personne rendait compte au juge du cas, et si le juge était chargé de rédiger l'arrêt, il en déléguait la rédaction à ce *clerk* en disant : voilà comment l'arrêt doit être, voici ce que nous avons décidé. »²³⁵.

L'indépendance du juge rédacteur trouve aussi à s'exprimer à travers l'organisation physique et culturelle de la Cour. Contrairement à d'autres cours souveraines comme le Conseil d'État, la Cour de cassation, la CEDH²³⁶ ou la CJUE, où les juges sont souvent physiquement présents dans leurs bureaux de façon quasi quotidienne et se rencontrent donc facilement dans les couloirs et les espaces communs, le cas le plus extrême étant le Conseil d'État où la majorité des bureaux sont en *open space*, les juges américains passent comparativement peu de temps à la Cour et sont isolés lorsqu'ils s'y trouvent. Comme le souligne un ancien *clerk* : « Ils ont énormément de temps libre. Ils peuvent travailler d'où ils veulent. Les seuls moments durant lesquels ils doivent être présents sont lorsqu'il y a quelque chose dans le calendrier comme une audience, une annonce, ou un délibéré. Autrement ils pourraient être n'importe où. »²³⁷. De façon similaire, jusqu'à la création de la Cour suprême du Royaume Uni, les Law Lords étaient rarement présents en dehors des audiences et ne disposaient même pas d'espaces réservés à la Chambre des Lords, comme le rapporte l'un d'entre eux : « c'était très étrange, nous n'avions pas de salle à manger par exemple. Nous devions utiliser la salle à manger générale [c'est-à-dire partagée avec tous les autres Lords]. Ou alors nous devions aller au restaurant ou dans une cafétéria de la Chambre. Donc on ne pouvait jamais parler librement. »²³⁸. Avec l'avènement de la nouvelle Cour en 2009, les Law Lords ont déménagé dans des locaux propres situés dans un bâtiment indépendant, en face du parlement, et l'on peut supposer que leurs habitudes de travail ont déjà commencé à changer.

Pour revenir à la situation singulière des juges suprêmes américains, il convient de noter que chacun d'entre eux dispose au sein de la Cour de son cabinet (« *chamber* »), terme qui a un sens à la fois métaphorique et architectural. Le cabinet désigne en effet comme on l'a vu tout à la fois le groupe de travail constitué par le juge, ses *clerks* et son secrétariat et les bureaux qui hébergent ce petit monde. Ces bureaux

²³⁴ Entretien avec K, *clerk* à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²³⁵ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

²³⁶ Depuis que la Commission a été abolie et que la Cour est donc indépendante en 1998, les juges doivent obligatoirement établir leur résidence principale à Strasbourg.

²³⁷ Entretien avec L, *clerk* à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²³⁸ Entretien avec L.C, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012, traduction Mathilde Cohen.

ressemblent plus à un appartement semi-privé qu'à un bureau traditionnel. Ils comportant plusieurs pièces : le bureau personnel du juge, un ou plusieurs bureaux pour les *clerks* et les secrétaires. Cet espace permet au cabinet de constituer un microcosme indépendant du reste de la Cour, comme le décrit un ancien *clerk* : « Chaque chambre disposait de son propre milieu de vie. Nous avons notre propre salle de bain, nos placards, notre machine à café, notre frigo. Certaines chambres étaient connues pour la supériorité de leurs casse-croûtes. »²³⁹. Un autre *clerk* précise : « Nous déjeunions souvent avec le juge... Il aimait prendre son déjeuner dans son cabinet avec ses *clerks*. »²⁴⁰. Les juges entretiennent ainsi des relations très familières avec leurs *clerks*, parfois même intimes, ce qui résulte en des amitiés qui se poursuivent parfois toute une vie. La quantité de temps passée en compagnie des *clerks* est cependant inversement proportionnelle à celle passée avec les collègues. Les juges ont d'autant moins l'occasion de socialiser avec les autres juges qu'ils sont cantonnés à leur cabinet. Il en résulte qu'ils passent peu de temps les uns avec les autres en dehors des audiences publiques et des réunions du vendredi.

D'après le travail ethnographique de Perry, les juges américains évitent même de se retrouver dans des situations de face-à-face et préfèrent les messages écrits aux interactions orales²⁴¹. Comme le relève un ancien *clerk* : « Il y avait des communications face-à-face, mais c'était rare. Ils [les juges] préfèrent s'envoyer des notes plutôt que des mails. Ils avaient l'habitude de demander à leur *clerk* de taper la note et de la transmettre. »²⁴². Cela ne veut pas dire pour autant que les juges ne communiquent pas au sujet de la recherche des motifs, mais cette communication passe par le « réseau des *clerks* » (« *clerk network* »)²⁴³. Durant la phase de rédaction de l'opinion, les *clerks* jouent le rôle d'ambassadeurs informels dans le cadre des négociations qui se trament parfois entre juges.

Etant donné l'isolement de chaque juge, les *clerks* sont nécessaires, à la fois pour collecter des renseignements, par exemple, pour s'informer des arguments qu'entendent développer les juges qui rédigent les autres opinions, mais aussi pour maintenir les coalitions ou favoriser leur formation. Un ancien *clerk* témoigne ainsi de ce que « parfois le juge nous envoyait demander aux autres *clerks* ce que les autres juges pensaient. Cela arrivait souvent. Les *clerks* sont des intermédiaires (« *go-between* ») entre juges. »²⁴⁴. Un

²³⁹ Entretien avec L, clerk à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴⁰ Entretien avec K, clerk à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴¹ H. W. Perry, *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1991, p. 149 et p. 155. Par ailleurs, certains juges n'utilisent pas les ordinateurs, mais la situation est inévitablement en train de changer à mesure que de nouvelles générations arrivent à la Cour, si bien qu'il est possible que la communication par mémoires interposés, livrés en mains propres par des membres du greffe, finisse par disparaître au profit des messages électroniques.

²⁴² Entretien avec K, clerk à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴³ Artemus Ward et David L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices. 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York et Londres : New York University Press, 2006, p. 4.

²⁴⁴ Entretien avec K, clerk à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

autre *clerk* ajoute : « Donc tu es en train d'écrire [le projet de jugement] et tu vas voir le *clerk* d'un autre juge et tu lui demandes : "Je pense que je dois rédiger ça de telle façon. Qu'est ce que ton boss en penserait ?" Donc il y a beaucoup de communication si nécessaire, à savoir si l'accord est suspendu à un vote. Si tu n'as pas besoin d'un vote supplémentaire ou si ça n'est pas très important, tu écris ce que tu veux. »²⁴⁵. Un juge pourra ainsi faire savoir qu'il est prêt à joindre telle ou telle opinion si son auteur accepte une modification ou l'ajout d'une note en bas de page. Un autre *clerk* raconte : « Les autres juges peuvent répondre : "J'aime bien ton opinion, mais je ne peux accepter ce paragraphe. Si tu supprimes ce paragraphe, ou le modifies afin de l'atténuer ou de le rendre plus solide, je me joindrai à ton arrêt." Si le juge a déjà huit voix, il peut répondre à son collègue d'aller au diable. Mais s'il n'a que quatre voix et que c'est la cinquième voix qui lui manque, il le ménagera comme s'il s'agissait de son meilleur ami. »²⁴⁶. Lorsque l'accord sur la motivation ne peut pas être trouvé, des juges qui s'étaient jusque-là rangés dans le camp majoritaire peuvent décider de rédiger une opinion concordante. Il n'est pas rare non plus qu'un juge change son vote quant au dispositif et rejoigne le camp opposé. Pour reprendre les termes d'un *clerk*, « il arrive aussi lorsqu'une opinion est distribuée que les autres juges changent d'avis et décident : "Cette opinion dissidente ne représente pas ma position ou cette majorité ne mentionne pas ce que je veux dire, donc je vais ajouter une opinion concordante." »²⁴⁷.

Ainsi, il apparaît qu'à la Cour américaine, la discussion par petit groupe procède soit entre le juge et ses *clerks*, soit entre le juge et un ou plusieurs autres juges, mais même dans ce second cas, les échanges se déroulent fréquemment par l'intermédiaire des *clerks* des uns et des autres, comme le relate un ancien *clerk* : « Il n'y a pas beaucoup de délibération entre le moment où le rédacteur de l'arrêt est désigné et l'arrêt final. En gros il se passe la chose suivante : on écrit, on distribue, on commente, on réécrit. Mais on ne voit jamais tous les membres de la cour se réunir et on voit rarement, mais parfois, certains juges se réunir à deux ou à trois. »²⁴⁸. Les interactions entre juges et *clerks* sont donc le locus primordial de la recherche et de la rédaction des motifs. À tel point que dans certains cas, la distinction entre juge et *clerks* s'estompe : il n'est plus si clair si c'est le juge qui « délègue » une partie de sa mission à des fins d'efficacité et de rendement, ou si ce sont les jeunes et brillants *clerks* qui cherchent à convaincre leur juge de trancher une affaire dans tel sens. Un *clerk* indique ainsi que « dans un sous-ensembles de cas où [le juge] écoute les deux camps et il y a de l'incertitude au cours du délibéré, il n'est pas évident de savoir comment il va se décider. Dans ces cas, les *clerks* travaillent dur pour convaincre leur juge de la position qu'ils estiment correcte. C'est le type de situation où l'on voit des échanges de contre-rapports si les *clerks* divergent entre eux

²⁴⁵ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴⁶ Entretien avec M, *clerk* à la Cour suprême en 1957-58, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴⁷ Entretien avec K, *clerk* à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁴⁸ Entretien avec O, *clerk* à la Cour suprême en 1978-79, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 octobre 2011, traduction française de Mathilde Cohen.

idéologiquement. »²⁴⁹. Le juge Kennedy ne cache pas, par exemple, qu'il aime à « discuter sérieusement les affaires avec [s]es *clerks* » et règle ses interactions avec eux sur le modèle des échanges « discursifs » entre *barristers* et magistrats en Angleterre, où une forme d'audience publique informelle peut durer des jours entiers tandis que les précédents sont consultés et débattus²⁵⁰. Le constitutionnaliste Alexander Bickel, qui fut le *clerk* du juge Frankfurter en 1952-53 indique quant à lui que ce que Frankfurter attendait de ses *clerks* était précisément qu'ils débattent avec lui²⁵¹, ce que confirme un autre *clerk* de Frankfurter qui affirme « Nous considérons que ça faisait partie de notre travail quand nous étions en désaccord avec lui. »²⁵².

On comprend donc pourquoi les *clerks* ont pu être comparés à des juges juniors (« *Junior Justices* ») ou la Cour, à neuf cabinets d'avocats indépendants. Le processus de décision, et en particulier celui de motivation est si atomisé qu'il serait plus correct de parler de la somme de neuf procédures de motivation séparées. L'objectif est moins pour les juges de convaincre les autres juges de la formation de jugement, puisqu'on se situe *après* la décision sur le dispositif, que d'initier un dialogue, si nécessaire au moyen d'opinions séparées, avec d'autres juridictions, d'autres institutions publiques, les acteurs du monde juridique, ou même le grand public, entendu au sens le plus large.

Traditionnellement le « délibéré » d'une juridiction collégiale se définit comme le moment durant lequel les membres de la formation de jugement se réunissent solennellement pour discuter d'une affaire puis voter afin de déterminer un dispositif et un ensemble de motifs à l'appui de ce dispositif²⁵³. Le délibéré est présenté comme étant circonscrit à un moment spatio-temporel bien déterminé : il est supposé avoir lieu après l'audience, une fois l'instruction close, et rassembler physiquement l'ensemble des membres de la formation de jugement. Or, les analyses qui précèdent ont montré que contrairement cette présentation cloisonnée du processus de décision, qui sépare la phase d'instruction et la phase délibérative, la distinction est brouillée dans les faits, puisque les juges ont la coutume d'introduire de la délibération *avant* le délibéré ou de la poursuivre *après* celui-ci. Dans l'une et l'autre cultures organisationnelles, le travail de terrain a révélé des étapes beaucoup plus fluides, au sens où dans les cours *ex ante* la délibération s'introduit dès les premiers actes de l'instruction et se poursuit tout au long du travail de mise en l'état, bien avant le « délibéré » proprement dit. De façon similaire, dans les cours *ex post*, des éléments de délibération sont présents avant l'audience et le délibéré, et se retrouvent après celui-ci, jusqu'à l'adoption de l'arrêt définitif. Si l'on considère le

²⁴⁹ Entretien avec K, clerk à la Cour suprême en 2002-03, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 29 novembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁵⁰ Voir Stuart Taylor, Jr. « When High Court's Away, Clerks' Work Begins », *New York Times*, 23 septembre 1988, p. B7.

²⁵¹ Leonard Baker, *Brandeis and Frankfurter : A Dual Biography*, New York : Harper & Row, 1984, p. 416.

²⁵² Cité par Artemus Ward et David L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices. 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York et Londres : New York University Press, 2006, p. 42.

²⁵³ Voir par exemple Guy Canivet, « Comprendre le délibéré ? Ou le « mystère de la chambre du conseil », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris : Dalloz, 2010, pp. 205-25.

délibéré comme un point zéro, on peut donc conclure que dans la culture *ex ante*, les juges « pré-délibèrent », tandis que dans la culture *ex post*, ils « post-délibèrent ».

Chapitre 3 : Enjeux et problèmes communs

Après avoir décrit les deux grandes cultures organisationnelles à l'œuvre dans les juridictions étudiées, il est temps de se pencher sur les enjeux et problèmes communs qui les affectent en ce début de vingt-et-unième siècle. Mes recherches suggèrent que les pratiques de motivation des cours souveraines se caractérisent par quatre attributs majeurs, que ce chapitre se propose d'analyser un par un. En premier lieu, chaque juridiction a dû élaborer des modes de conciliation spécifiques afin d'accommoder une norme de *délibération interne* à la cour, reposant sur la notion de secret des délibérés, et une norme *délibération externe* qui voudrait que les cours souveraines utilisent leurs motivations pour entrer en dialogue avec d'autres juridictions et institutions publiques, voire, plus largement encore, avec l'ensemble des citoyens de leur ordre juridique. En second lieu, on assiste à une bifurcation entre deux types de cours souveraines, qui ne recoupe pas complètement la distinction entre cultures *ex ante* et cultures *ex post* : tandis que dans certaines cours les juges sont devenus les *éditeurs* des motivations plutôt que leurs *auteurs*, dans d'autres cours, la fonction juridictionnelle est toujours principalement associée au travail d'écriture des arrêts. Comme on le verra dans une troisième partie, cet ajustement du rôle du juge résulte, en partie du moins, d'une tension croissante entre le volume presque toujours croissant du contentieux et l'exigence d'une motivation de qualité des décisions de justice. Enfin, on se penchera sur un problème spécifique aux cours internationales que sont la CJUE et la CEDH, celui de l'uniformisation de la motivation dans des juridictions où les juges ne partagent pas toujours la même langue et culture juridique.

I—Désaccord interne ou désaccord externe : où se trouve la collégialité?

1—Une dialectique entre l'influence de chaque juge considéré individuellement et l'influence collective du collègue

Les cours *ex ante*, triomphe de la collégialité ?

Les juges des cours *ex ante* sont avant tout des modérateurs, des constructeurs de consensus, à la différence des juges des cours *ex post*, qui ont le loisir de développer des motivations prenant parti pour des solutions qui ne recueillent pas l'assentiment de la majorité. L'arrêt d'une cour *ex ante* tend à être un compromis entre des positions diverses, celle du rapporteur, certes, mais aussi comme on l'a vu plus haut, celle des autres magistrats de la formation de jugement, celle du président, et enfin, dans certaines juridictions (par exemple, le Conseil constitutionnel, la CJUE, et la CEDH), celle du personnel non judiciaire, censé en principe s'en tenir à un point de vue strictement juridique, mais qui souvent, en réalité, se montre extrêmement attentif aux répercussions

institutionnelles, politiques et sociétales des décisions. Les cours *ex ante* reposent sur une idéologie du consensus : une fois que les désaccords des uns et des autres ont été exprimés, tout se passe comme si la majorité valait unanimité. Ainsi, les multiples témoignages selon lesquels telle ou telle juridiction évite de passer au vote : on se souvient de l'exemple cité plus haut du Conseil constitutionnel²⁵⁴. Un conseiller d'Etat décrit les délibérés de façon suivante : « Il y a un vote. Pas nécessairement, d'ailleurs. Si on voit que tout le monde est d'accord, on ne vote pas. Mais si on voit que deux ou trois contestent, à ce moment là, on dit "bon, et bien on vote" »²⁵⁵.

L'idéologie du consensus est tellement forte que les magistrats des juridictions *ex ante* que j'ai pu interroger s'accordent sur le fait que la fonction de juge rapporteur, contrairement aux apparences, ne permet pas à un juge de faire prévaloir sa propre opinion sur celle de ses collègues, loin de là. Comme un conseiller d'Etat le souligne, « je crois que le plus important, c'est vraiment l'idée qu'une décision n'appartient pas... on n'est pas propriétaire de son dossier, le juge rapporteur n'est pas... La collégialité, voilà. »²⁵⁶. Le rapporteur risque de se trouver dans la minorité aussi souvent que les autres membres de la cour et il est tout à son intérêt, en termes de charge de travail et de souci de crédibilité vis-à-vis de ses collègues de s'efforcer de dégager une solution et des motifs qui remporteront l'adhésion de la majorité *avant* même de passer à la phase collective. En effet, lorsqu'il est mis en minorité lors de la phase collégiale, le rapporteur se voit contraint de reprendre la plume et de rédiger un nouveau projet de jugement. Il est donc d'usage pour un rapporteur de tâter le pouls de ses collègues de façon informelle, en amont, afin de prévenir au maximum les mauvaises surprises lors des séances collectives.

Paradoxalement c'est cette idéologie même du consensus qui conduit à introduire le débat et le contradictoire interne très tôt dans les juridictions *ex ante*, tandis que les juridictions *ex post* ont le luxe de laisser le désaccord s'installer et se prolonger une fois la décision quant au dispositif adoptée. Il est faux que le rapporteur se livre à un travail solitaire avant l'étape du délibéré. Le délibéré est longuement préparé, comme on l'a vu, par toutes sortes de pré-délibérés par petits groupes, qui sont nécessaires pour assurer un pré-accord avant le délibéré qui vient conclure la vie du dossier. Lorsque le collègue d'une cour *ex ante* se décide finalement sur la rédaction définitive des motifs, chaque argument a déjà fait l'objet de nombreuses justifications, réfutations et modifications préalables. Un maître des requêtes au Conseil d'Etat décrit la délicate danse du juge rapporteur, qui tente de concilier son opinion individuelle et l'idéologie du consensus, en ces termes : « un bon rapporteur, il écrit à la fois pour lui, et pour la séance d'instruction, et il doit toujours avoir l'idée qu'il est là pour éclairer le débat de façon à ce que, *in fine*, la sous-section

²⁵⁴ On peut penser aussi à l'exemple bien connu de la Cour constitutionnelle italienne, qui prolonge ses délibérés aussi longtemps que nécessaire pour parvenir à une décision consensuelle sans passer par l'étape du vote à la majorité. Gustavo Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Turin : Einaudi, 2005, p. 64. Bien que le tribunal constitutionnel allemand autorise les opinions séparées, il semble que les juges n'y recourent que très rarement tant la culture du consensus y est forte. Voir Brun-Otto Bryde, « The Role of Constitutional Jurisprudence in German Democracy » in Günter Weick, dir., *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, Francfort : Peter Lang, 1999, p. 13.

²⁵⁵ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

²⁵⁶ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 2 juin 2010.

soit en mesure de proposer un projet d'arrêt qui sera celui de la sous-section, et ce sera celui-là qui sera présenté à la formation de jugement. Le projet de la sous-section. Ce ne sera pas nécessairement le projet du rapporteur. »²⁵⁷.

Dans la culture *ex ante*, il est en principe d'usage pour le juge rapporteur de demeurer responsable de la rédaction de la motivation, même si celui-ci s'avère être en désaccord avec le dispositif ou l'orientation adoptés par le collège. La CEDH autorise toutefois le juge rapporteur — ainsi que le juriste assigné au dossier — à se désister à la faveur d'un autre juge en cas de difficulté, comme le rapporte un juriste du greffe : « Le juge rapporteur peut changer parce qu'un juge peut dire "écoutez, moi, je ne vois pas l'issue de cette affaire là". Quand il y a discussion dans la chambre, par exemple, certains juges disent "écoutez, nous, on travaille dans cette direction-là", d'autres disent "on voudrait aller dans cette direction-là". Et le juge rapporteur peut dire "à ce moment-là, je ne veux plus être juge rapporteur de cette affaire", et le juriste peut se dessaisir de l'affaire aussi. »²⁵⁸. Les cours souveraines françaises et la CJUE ne connaissent pas ce type de désistement, ce qui crée une forte incitation pour le rapporteur à rechercher une solution consensuelle avant même la confrontation au collège afin d'éviter de se retrouver coincé avec une motivation complètement nouvelle à rédiger, à laquelle il n'adhère pas. Comme en témoigne un conseiller référendaire à la Cour de cassation, un bon rapporteur est quelqu'un qui pressent l'opinion majoritaire qui va se dégager lors du délibéré et qui est donc capable, si nécessaire, de mettre entre parenthèses son opinion afin de faciliter l'accord : « Il arrive aussi que, étant rapporteur, on soit mis en minorité, ça peut arriver aussi, ce n'est pas facile. (...) Dans ces cas-là, il faut avoir suffisamment de flair pour avoir préparé deux projets, exactement, même si au départ, vous n'en aviez qu'un, vous étiez à la cassation et ça devient, par exemple, un rejet du pourvoi, dans ce cas, il faut avoir préparé à l'avance. »²⁵⁹.

... ou triomphe du juge rapporteur ?

A première vue, les cours *ex post* apparaissent comparativement comme moins collégiales que les cours *ex ante*. Ainsi, un ancien *clerk* de la Cour suprême des Etats-Unis met en garde : « c'est une grave erreur pour quiconque de penser la Cour suprême comme une unité. Chaque juge travaille à sa façon propre. On ne saurait trop le souligner. »²⁶⁰. Certains commentateurs vont jusqu'à décrire la Cour comme neuf cabinets d'avocats indépendants dans la mesure où les juges, tels des avocats associés, passent infiniment plus de temps à travailler et délibérer avec leurs « collaborateurs » que sont les

²⁵⁷ Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'Etat, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

²⁵⁸ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011. Cette situation est tout-à-fait acceptée à la Cour constitutionnelle, qui distingue alors le « *giudice relatore* » (le rapporteur) du « *giudice redattore* » (le rédacteur). Voir Augusto Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milan : Giuffrè, 2008, p. 89.

²⁵⁹ Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

²⁶⁰ Entretien avec M, clerk à la Cour suprême en 1957-58, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

clerks qu'avec les autres juges²⁶¹. Cette opposition doit être mise en rapport avec la fonction différente du délibéré dans les cours *ex ante* et les cours *ex post*. Dans les premières, le délibéré constitue avant tout une instance d'examen critique et de validation du travail du juge rapporteur, non pas, comme dans les secondes, une séance ressemblant à la réunion d'association d'un cabinet d'avocats où chaque juge contribue à la discussion à armes égales.

Si toutefois l'on se tourne vers d'autres disciplines pour évaluer le degré de collégialité des cours souveraines, il n'est plus si clair que les cours *ex ante* soient les championnes de la collégialité. Les cours *ex ante* sont en effet particulièrement vulnérables à la théorie dite des « effets de la cadrage », mise en avant par les psychologues et les économistes, qui montrent que les individus tendent à juger différemment une alternative selon la façon dont les conséquences de leur choix leur sont présentées par d'autres²⁶². Le terme « cadrage » désigne la façon dont un individu appréhende cognitivement une situation donnée et sélectionne les aspects qui lui apparaissent les plus importants pour sa compréhension²⁶³. Il en résulte que l'opinion que l'on se fait d'une question ou d'une situation est souvent tributaire de la manière dont ceux qui relayent l'information choisissent de cadrer les enjeux, en sélectionnant certains aspects de la réalité pour les rendre plus saillants et promouvoir ainsi une définition particulière d'un problème, une interprétation causale déterminée, ou une évaluation morale ou juridique. Plus les détenteurs de l'information ont accès à des données que nous ignorons, plus ils sont considérés comme experts en la matière et plus leurs auditeurs (ou leurs lecteurs) sont sujets à l'influence de leurs cadrages. Appliquée à la situation des cours souveraines, la théorie des effets de cadrage permet de saisir une différence cognitive fondamentale entre les cultures organisationnelles *ex ante* et *ex post*.

Dans les cours *ex ante*, le juge rapporteur jouit dans une certaine mesure d'un monopole dans le choix du cadrage d'un dossier, puisqu'il en est le responsable principal, du début jusqu'à la fin. Le rapporteur maîtrise le dossier mieux que les autres membres de la formation de jugement, y compris ceux d'entre eux qui sont théoriquement plus expérimentés ou qui lui sont hiérarchiquement supérieurs. Par sa présentation de l'affaire dans le rapport, le projet de jugement, ou par ses communications orales lors de réunions préparatoires et du délibéré, le rapporteur détermine la ou les questions juridiques pertinentes, et ce faisant, il impose un cadre de référence pour la discussion : c'est à partir de *sa compréhension* de l'affaire et de *sa position* que les autres juges s'exprimeront à

²⁶¹ Richard L. Williams, « Justices Run Nine "Little Law Firms" at the Supreme Court, disagree without being disagreeable », *Smithsonian*, Vol. 7, 1977, p. 84.

²⁶² Le concept d'effet de cadrage (« framing effect ») a été mis en lumière, notamment par Amos Tversky et Daniel Kahneman, « The framing of decisions and the psychology of choice », *Science*, Vol. 211-4481, 1981, pp. 453-458, ou encore : Amos Tversky et Daniel Kahneman, « Rational Choice and the Framing of Decisions », *Journal of Business*, Vol. 59, 1986, pp. 251-278. La théorie de Tversky et Kahneman prévoit que lorsque les conséquences d'un problème (les perspectives) sont formulées sous forme de gains, les individus expriment une attitude d'aversion au risque qui se manifeste par la préférence pour des solutions supposées certaines tandis que lorsque les conséquences sont formulées sous forme de pertes les sujets ont tendance à choisir des solutions probabilistes.

²⁶³ Voir Erving Goffman, *Frame analysis : An essay on the organization of experience*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1974.

leur tour. C'est aussi à partir de *son* projet d'arrêt, l'objet central de délibération dans une cour *ex ante*, que seront retenus les motifs de la décision finale. Bien-sûr, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, le cadrage du rapporteur est souvent tempéré par l'éventuel contre-cadrage du réviseur (Conseil d'Etat), de la conférence (Cour de cassation), de l'avocat général (Conseil d'Etat, Cour de cassation, CJUE), ou du contre-cadrage résultant de ses échanges avec le personnel non judiciaire de la juridiction (Conseil constitutionnel, CEDH, CJUE). Il n'en reste pas moins que le rapporteur donne le « la » et, ce faisant, exerce une influence cognitive considérable sur le traitement du dossier, en dépit du credo collégial si cher aux juges des cours *ex ante*.

Les effets de cadrages sont moindres dans les cours *ex post* en raison de l'inexistence de la fonction de juge rapporteur et de la plus grande égalité cognitive qui en résulte parmi les membres de la formation de jugement. Certes, c'est au président (de la juridiction ou de la formation de jugement) qu'il revient habituellement d'ouvrir les débats et d'introduire chaque dossier, exposant ainsi le premier son cadrage. Mais contrairement à un juge rapporteur, le président ne jouit d'aucune prééminence cognitive particulière dans la mesure où chacun sait qu'il ne connaît pas le dossier mieux que les autres. On se trouve donc dans une situation de libre compétition des cadrages²⁶⁴. Chaque juge arrive au délibéré en ayant déjà commencé à former son opinion personnelle et se retrouve face à des collègues qui avancent des interprétations alternatives de l'affaire, si bien que tout un chacun doit composer avec une multitude de cadrages traduisant diverses positions au regard d'une affaire donnée. Comme certains psychologues expérimentaux l'ont montré, lorsque plusieurs perspectives sont en compétition, les individus sont moins vulnérables aux effets de cadrage : la simple pertinence relevée par un participant devra être mise en balance avec la force de conviction d'une raison contraire²⁶⁵. Or, la force de conviction ne dépend pas uniquement du cadre, mais aussi du contenu du problème juridique et d'autres facteurs tels que la couleur politique des juges, le contexte plus général dans lequel ils se trouvent, etc. Il en résulte que lors du délibéré, les juges des cours *ex post* sont moins susceptibles de se rallier à l'opinion de leurs collègues en cas de divergence initiale.

Il existe donc bien une dialectique entre l'influence individuelle des juges et l'influence collective du collège sur la décision et ses motifs. Si d'un certain point de vue, les cours *ex ante* semblent faire fi de l'individu au profit du collectif tandis que les cours *ex post* privilégieraient des préférences individuelles, lorsque l'on envisage le processus décisionnel du point de vue de la théorie des effets de cadrage, l'opposition n'est plus si nette. Dans les cours *ex ante*, les juges rapporteurs jouissent d'une capacité d'influence individuelle sur le collège au moins aussi importante que celle dont disposent les juges des cours *ex post* lorsqu'ils post-délibèrent et rédigent leurs opinions de façon individualisée.

²⁶⁴ Voir à ce sujet Dennis Chong et James N. Druckman, « A Theory of Framing and Opinion Formation in Competitive Elite Environments », *Journal of Communication*, Vol. 57, 2007, pp. 99-118.

²⁶⁵ Timothy McGuire, Sara Kiesler, et Jane Siegel, « Group and computer-mediated discussion effects in risk decision making », *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 52, 1987, pp. 917-930 ; Paul W. Paese, Mary Bieser, et Mark E. Tubbs, « Framing Effects and Choice Shifts in Group Decision Making », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 56, 1993, pp. 149-149.

2—*Désaccord interne et désaccord externe*

Chaque cour a dû élaborer des modes de conciliation spécifiques afin d'accommoder une norme de *délibération interne* reposant sur la notion de secret des délibérés et une norme *délibération externe* qui voudrait que les cours souveraines entrent en dialogue avec les autres juridictions et institutions publiques, voire, plus largement encore, avec l'ensemble des citoyens de leur ordre juridique. Alors que les juridictions *ex ante* sont traditionnellement attachées à promouvoir une délibération « interne » forte, les juridictions *ex post* produisent plutôt ce qu'on peut appeler une forme de délibération « externe » à la Cour. Pour les premières, ce qui compte avant tout c'est de parvenir à un relatif consensus à huis clos parmi les juges, même si cela signifie des délibérations parfois prolongées et toutes sortes de compromis qui aboutissent dans certains cas à obscurcir la motivation publiquement annoncée dans l'arrêt. Pour les secondes, l'objectif est moins de convaincre les autres juges de la formation de jugement en privé que d'initier un dialogue public, si nécessaire au moyen d'opinions séparées, avec d'autres juridictions, les autres organes de l'état, les acteurs du monde juridique, ou le grand public, entendu au sens le plus large. C'est en ce sens que je parle d'« organisation interne du désaccord » pour les premières et d'« organisation externe du désaccord » pour les secondes.

Guy Canivet utilise l'expression « culte de la contradiction » pour décrire la transparence de la procédure de la Cour de cassation vis-à-vis des parties et de leurs avocats, ainsi que les multiples sources d'information et les possibilités de réponse qui leur sont offertes²⁶⁶. Mais en réalité, dans les cours *ex ante*, la « contradiction » va plus loin que ce sens traditionnel d'égalité des armes qui signifie que chacune des parties a été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposé. Il existe en outre un contradictoire interne à la juridiction, interne aux juges, qui donne un nouveau sens à la maxime *audiatur et altera pars* : non plus seulement que soit entendue aussi l'autre partie, mais *que soit entendu aussi l'autre juge*. De façon significative, un conseiller d'Etat décrit la procédure de décision du Conseil d'Etat de la façon suivante : « En fait, on a organisé, sans même vraiment s'en apercevoir, des éléments de contradiction interne entre nous, entre le rapporteur et le contre-rapporteur qu'est le réviseur. »²⁶⁷. Ce conseiller d'Etat va jusqu'à déclarer : « c'est même un devoir de ne pas être d'accord. C'est-à-dire qu'on ne va pas faire semblant d'être d'accord si on n'est pas d'accord. Au contraire. Il faut exprimer, il faut savoir exprimer des désaccords, mais simplement — puisqu'on passe notre vie à se contredire les uns les autres, c'est une procédure contradictoire, interne à notre juridiction, et notamment, qui est même organisée (cette procédure contradictoire) avec un degré de sophistication assez intéressant, parce que — en fait, je crois que c'est même une des

²⁶⁶ Guy Canivet, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation : pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Paris : Dalloz, 2009, p. 162.

²⁶⁷ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 1^{er} juillet 2010.

raisons essentielles de la fonction du commissaire du gouvernement, il y a une éthique responsable de la fonction, c'est d'instiller une dose de contradictoire à l'intérieur du dialogue des juges. Parce qu'on a un des juges qui va prendre une position extérieure — toujours à l'intérieur de la juridiction — pour venir contredire. »²⁶⁸.

Le Conseil d'Etat français constitue en effet le parangon d'une organisation interne du désaccord, en dépit des apparences externes d'unanimité. Le Conseil n'utilise certes pas les opinions séparées et continue de produire des arrêts qui se présentent comme issus d'un collège conçu comme entité indivisible et infaillible, ne manifestant pas la moindre trace de discordance ou d'hésitation. Mais comme on l'a vu dans le chapitre précédent, derrière cette façade se cache un formidable travail de délibération par petits groupes, au sein desquels le désaccord est non seulement possible, mais véritablement encouragé, voire *sollicité* et *organisé* comme tel par l'institution. On se souvient que chaque affaire traitée au niveau de la sous-section fait l'objet de trois examens individuels successifs par le rapporteur, le réviseur et le rapporteur public, ainsi que de deux délibérations collectives, en sous-section d'instruction d'abord, puis en formation de jugement. Soit au total quatre occasions de contredire le résultat produit à l'étape précédente. Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et même, dans une certaine mesure et en dépit de ses opinions séparées, la Cour européenne des droits de l'homme, opèrent sur la base d'un modèle semblable. Toutefois, ce modèle apparaît toujours plus menacé en raison l'explosion du contentieux, qui interdit aux juges de prendre le temps nécessaire à une véritable délibération interne pour toutes les affaires à juger.

Pour conclure, afin de répondre à la question de savoir quelle culture organisationnelle favorise le mieux la collégialité, il faut au préalable préciser ce que l'on entend par décision collégiale: le modèle *ex ante* apparaît plus collégial si l'on se focalise sur le fait que le juge rapporteur tente de faire la synthèse en amont des opinions de ses collègues, mais il l'est moins si l'on a conscience que ce faisant, il impose un effet de cadrage sur la décision. Le modèle *ex post* se révèle plus collégial si l'on s'attache au fait que tous les juges maîtrisent les dossiers à égalité, mais moins collégial si l'on considère que la discussion entre collègues est souvent réduite au minimum du fait de l'absence de contrainte d'une motivation unique et de la possibilité de rédiger des opinions séparées.

II—Des juges auteurs ou éditeurs ?

Un deuxième contraste que j'ai pu observer parmi les cours souveraines étudiées pour cette recherche est celui qui oppose les juridictions reposant sur ce que j'appelle des « juges-auteurs » à celles qui fonctionnent avec des « juges-éditeurs ». Tandis que le Conseil d'Etat, la Cour de cassation, ou la Cour suprême du Royaume Uni²⁶⁹ restent des

²⁶⁸ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

²⁶⁹ Les assistants judiciaires anglais sont généralement jeunes et recrutés pour une durée d'un an dans les rangs des avocats (« barristers » et « solicitors ») très junior. Il s'agit d'un staff centralisé recruté non par

cours où l'activité principale des juges consiste à rédiger des arrêts, le Conseil constitutionnel, la CEDH, la CJUE et la Cour suprême américaine sont passées au modèle éditorial, qui repose sur la délégation de l'essentiel du travail de rédaction à du personnel non judiciaire.

1—L'avènement des juges-éditeurs

Dans certaines cours souveraines, les magistrats sont devenus des éditeurs, au sens où ils ne rédigent pas leurs arrêts, ou en tout cas pas à partir de zéro. Ces juridictions disposent en effet d'un staff temporaire ou permanent de juristes souvent hautement qualifiés dont le travail consiste principalement à rédiger, pour chaque affaire jugée, un rapport et un ou plusieurs projets de jugement. Les juges n'interviennent que dans un deuxième temps pour éditer, réviser ou remanier ces projets. Le travail éditorial des juges s'accomplit donc généralement en deux temps, un temps individuel et un temps collectif. Dans un premier temps le juge-éditeur rencontre le juriste rédacteur afin de discuter du rapport et du projet de jugement. Le juge demande, s'il le souhaite, des compléments de recherche et des modifications du texte, parfois minimales, parfois substantielles. Dans un deuxième temps, le juge-éditeur communique ces textes aux autres membres de la formation de jugement, soit par écrit, soit oralement au cours d'une réunion, soit les deux à la fois. C'est à cette occasion que le collège en tant qu'entité collective endosse le rôle de comité de rédaction pour procéder à des modifications supplémentaires, parfois à nouveau très substantielles, des motifs.

Des assistants personnels au service des juges ?

Il existe deux profils de recrutement principaux pour le personnel non judiciaire destiné à jouer le rôle de nègre : certaines juridictions emploient des juristes professionnels très expérimentés, parfois même des magistrats issus de tribunaux inférieurs ou d'autres cours souveraines, recrutés en milieu de carrière pour une durée temporaire (par exemple, les membres du service juridique du Conseil constitutionnel, qui sont souvent des magistrats administratifs ou judiciaires) ou permanente (par exemple, une partie des juristes du greffe de la CEDH), tandis que d'autres juridictions font appel à des juristes plus juniors, parfois tout frais sortis de la faculté (les *clerks* de la Cour suprême américaine ou les « *judicial assistants* » de la Cour suprême du Royaume Uni) ou en début de carrière (les référendaires de la CJUE, qui peuvent être de jeunes

les juges mais par le Président adjoint de la juridiction (« deputy president »). Il y a un assistant judiciaire pour deux juges, donc sept au total, mais le président dispose d'un assistant pour lui tout seul. Quel est leur rôle ? D'après l'ancien Law Lord interrogé « ce n'est pas tout-à-fait clair de savoir quel est le rôle des « J.A. » comme nous appelons les assistants judiciaires. Je les utilisais pour chercher la jurisprudence d'autres pays, pour m'aider sur l'arrière-plan. Bien entendu certains juges les utilisent pour écrire leurs jugements. Ce n'est pas aussi professionnalisé qu'aux Etats-Unis. Et ils n'ont pas la même influence ici. Ils ne rédigent pas les projets de jugement. Nous ne les autorisons pas à rédiger les projets de jugement. (...) C'est notre culture. Ils ne sont que des assistants de recherche. » Entretien avec J, Law Lord de la Cour suprême du Royaume Uni en 2009-11, réalisé par Mathilde Cohen le 8 mars 2012.

avocats, magistrats, ou universitaires). La CEDH combine en réalité ces différents profils puisque les juristes du greffe disposent soit d'un contrat temporaire, soit d'un poste permanent et sont donc engagés à différents âges et niveaux d'expérience.

Alors que les juristes du Conseil constitutionnel et de la CEDH peuvent être assimilés à des bureaucrates, voire à des technocrates, les *clerks* de la Cour suprême américaine et les référendaires de la CJUE se distinguent du modèle bureaucrate dans la mesure où il s'agit d'un personnel temporaire et recruté non pas collectivement par l'institution, mais individuellement par chacun des magistrats. A la différence de bureaucrates, *clerks* et référendaires peuvent difficilement s'autonomiser dans la mesure où ils sont embauchés et révoqués au bon plaisir de leur juge ou avocat général. Même si le licenciement représente une sanction extrême, les *clerks* ou référendaires sont soumis à la discrétion de leur cabinet quant à la nature et l'étendue de leurs responsabilités, le risque principal en cas de services jugés insatisfaisants étant de se voir reléguer à des tâches mineures ou des cas inintéressants. Ni les *clerks* ni les référendaires n'assistent aux délibérés de leurs juridictions, ce qui souligne leur position d'assistants personnels des juges, à la différence du secrétaire général et des membres du service juridique du Conseil constitutionnel ou des juristes du greffe à la CEDH, qui en tant qu'employés au service de l'institution, sont parés d'une forme de loyauté présumée leur permettant d'être dans le secret des délibérés.

À la Cour suprême américaine, chacun des neuf juges dispose d'un cabinet composé d'un secrétariat et de quatre *clerks* recrutés chaque année *intuitu personae*²⁷⁰. Chaque juge est libre d'organiser le processus d'embauche comme il l'entend, ce que souligne un ancien *clerk* : « les juges peuvent recruter qui ils veulent au moment qu'ils veulent »²⁷¹ et sur la base de critères entièrement idiosyncratiques, qu'il s'agisse des opinions politiques des candidats, de leur université ou Etat d'origine ou de leur expertise dans une discipline particulière comme l'économie ou le droit comparé. Les *clerks* sont les subordonnés directs des juges qui les emploient et sont tenus d'adapter leurs méthodes de travail et d'écriture à leur juge — et non l'inverse. Un ancien *clerk* va jusqu'à déclarer au sujet de son juge : « en un sens chacun de nous [les quatre *clerks* et les deux secrétaires] était, à sa façon, une de ses extensions. C'est vrai également des *clerks* des autres juges. Quand c'est comme ça, ça aide vraiment si la personne pour laquelle on travaille est quelqu'un qu'on respecte vraiment. »²⁷². Le rôle primordial des *clerks* dans la rédaction des opinions a été longuement discuté dans le chapitre précédent, donc je n'y reviendrai pas ici.

Les référendaires de la CJUE sont des jeunes avocats, universitaires, hauts fonctionnaires nationaux ou européens en détachement, ou même des magistrats

²⁷⁰ Voir Corey Ditslear et Lawrence Baum, « Selection of law clerks and polarization in the U.S. Supreme Court », *Journal of Politics*, Vol. 63, 2001, pp. 869-885.

²⁷¹ Entretien avec L, clerk à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

²⁷² Entretien avec L, clerk à la Cour suprême en 2007-08, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 3 décembre 2010, traduction française de Mathilde Cohen.

nationaux. Chaque référendaire est recruté par et assigné à un cabinet particulier, c'est-à-dire à l'un des vingt-sept juges ou des huit avocats généraux de la Cour²⁷³. À l'origine, les référendaires étaient engagés de façon permanente, mais depuis les années 1970, ils sont devenus des employés temporaires, qui officient pour une durée allant de deux à cinq ans en moyenne. A l'image de la cour américaine, chaque juge ou avocat général recrute quatre référendaires de façon quasi-discrétionnaire, selon ses critères propres, qu'il s'agisse de l'expertise en droit communautaire, de la connaissance du français ou d'autres langues, de la spécialisation dans telle ou telle branche du droit, de l'expérience préalable (par exemple un juge anciennement universitaire pourrait souhaiter recruter au moins un référendaire ayant une solide expérience de praticien), de l'origine nationale (au minimum l'un des référendaires est issu du pays d'origine du juge ou de l'avocat général), etc. Un ancien référendaire explique ainsi : « ce sont des équipes où *l'intuitu personae* est très important, donc il faut qu'il y ait aussi une bonne accroche personnelle. »²⁷⁴. La fonction principale des référendaires est de rédiger les projets de motifs ou de conclusions. Comme le décrit ce même référendaire, dès qu'un juge a été désigné comme rapporteur, il « va réunir ses équipes et dire “voilà nos nouvelles affaires, j'ai pensé que toi tu pourrais prendre telle affaire, toi tu pourrais prendre telle affaire...” ». Donc les affaires sont ventilées entre les référendaires. (...) C'est rare que les juges ou les avocats généraux gardent eux-mêmes les affaires sans référendaires. Par contre, ça peut arriver que des juges ou des avocats généraux rédigent une partie des [projets de jugement ou de conclusions] (...), mais en général ce sont plutôt des amendements qu'ils font. Et alors, là, vraiment, c'est la partie complètement personnelle dépendant du membre de la Cour. »²⁷⁵.

Outre la rédaction des arrêts, la mission des référendaires consiste aussi à prêter leur expertise linguistique et juridique à leur juge, à jouer le rôle d'intermédiaires entre les différents juges et avocats généraux dans l'effort de construction du consensus, et parfois, à assurer une forme de continuité à la Cour étant donné que les juges et les avocats généraux vont et viennent au fil de leurs mandats temporaires²⁷⁶. De façon comparable à la Cour suprême américaine, certains juges encouragent leurs référendaires à jouer un rôle d'ambassadeurs avec les autres cabinets durant la phase d'instruction afin de s'informer sur les intentions de leurs collègues. Comme le raconte un ancien référendaire, les documents préparatoires à la décision circulent entre cabinets par l'intermédiaire des référendaires : « le référendaire du juge rapporteur va chez le référendaire de l'avocat général en disant : “voilà notre rapport préalable” »²⁷⁷. Enfin,

²⁷³ Voir Sally J. Kenney, « Beyond Principals and Agents. Seeing Courts as Organizations by Comparing Référendaires at the European Court of Justice and Law Clerks at the U.S. Supreme Court », *Comparative Political Studies*, Vol. 33, 2000. pp. 593-625.

²⁷⁴ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

²⁷⁵ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

²⁷⁶ Comme on le verra plus bas certains juges maîtrisent mal le français et ont donc besoin de l'aide linguistique de leur référendaire. D'autres ne sont pas à l'aise avec le droit communautaire et l'expertise juridique de leurs référendaires est donc cruciale afin de les initier à la jurisprudence de la Cour.

²⁷⁷ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

dans une juridiction où les juges et avocats généraux sont renouvelés tous les douze ans au moins, les référendaires assurent une fonction de continuité et de mémoire institutionnelle : « il y a maintenant une petite tradition, qui est que les juges qui arrivent reprennent les cabinets existants. Ça, c'est vraiment une évolution assez intéressante ; c'est-à-dire qu'il y a, peut-être, une petite coutume de perpétuer l'expérience des référendaires. C'est-à-dire qu'un juge, un avocat général, va mettre de côté de fait qu'il n'y ait pas de personne de confiance dans l'équipe, pour privilégier le fait que ce soient des personnes qui puissent tout de suite être opérationnelles, qui connaissent la procédure, qui connaissent déjà pas mal de droit européen, etc. »²⁷⁸.

Ou des nègres au service de la juridiction ?

A la différence de la Cour suprême américaine et de la CJUE, les autres juridictions étudiées disposant d'un personnel d'aide à la rédaction ne l'affectent pas personnellement à chacun des juges. Ainsi, les juristes du greffe de la CEDH et le service juridique du Conseil constitutionnel font partie d'un pool commun, alloué collectivement à l'institution.

Au Conseil constitutionnel, deux services assistent les conseillers pour la préparation des décisions : un service de documentation, qui réalise des recherches et élabore les dossiers documentaires et un service juridique, chargé de rédiger les projets de jugement. Les membres du service juridique sont des juristes extrêmement qualifiés, incluant souvent un magistrat de l'ordre judiciaire, un magistrat de l'ordre administratif, un juriste des assemblées parlementaires, ainsi qu'un ou plusieurs maîtres de conférence en droit. Ils ne sont pas recrutés directement par les conseillers constitutionnels, mais par le secrétaire général et ses collaborateurs et ne restent au Conseil que quelques années, le plus souvent sur la base d'un détachement. Le secrétaire général, dont l'influence est telle qu'il est souvent décrit comme un dixième conseiller constitutionnel, prend une part active, sinon prépondérante à l'élaboration des décisions²⁷⁹. En effet, le secrétaire général pré-délibère avec le conseiller rapporteur et rédige la note sur la base de laquelle le juriste et le rapporteur élaborent le rapport et le projet de jugement. D'après Dominique Schapper, certains conseillers, notamment ceux issus du monde politique, abandonnent volontiers la plume au secrétaire général ou aux juristes du service juridique, tandis que les conseillers au profil plus juridique « sont plus soucieux d'être pleinement responsables de leur rapport »²⁸⁰.

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, un juriste senior du greffe déclare que « le greffe, c'est la plume de la justice, donc celle des juges »²⁸¹. La Cour

²⁷⁸ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

²⁷⁹ Alexandre Ciaudo, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel. Le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 73, 2008, pp. 17-26.

²⁸⁰ Dominique Schnapper, *Une Sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 287.

²⁸¹ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par

dispose d'un personnel de deux cents soixante-dix juristes répartis dans chacune des cinq sections, dont la mission consiste à rédiger les arrêts, à tel point que certains juges se sentent dépossédés. Le personnel du greffe est tellement nombreux et influent que ce sont les juges qui apparaissent parfois comme subordonnés aux juristes plutôt que l'inverse, comme le fait remarquer un juge : « soyons francs, certains de ces juristes sont souvent plus expérimentés que les juges, en tout cas que les juges qui viennent d'arriver »²⁸². Un juriste du greffe confirme : « Alors la difficulté, c'est qu'on va avoir, parfois, des juges très jeunes et très inexpérimentés, face à des juristes très chevronnés, des grands experts. Et donc, il faudra que le juge fasse preuve d'assez d'humilité pour dire "moi, je ne connais pas encore assez bien les choses, il faut apprendre" et puis il faudra que le juriste fasse preuve de modestie et évite de dire "moi je sais tout, voilà ce qu'il faut faire, etc." »²⁸³.

Ce sentiment de dépossession est à rapporter au mode de recrutement des juristes du greffe, dont les juges sont en grande partie mis à l'écart, puisque celui-ci passe par le Conseil de l'Europe, qui embauche et promeut le personnel non judiciaire de façon quasi autonome. Le Conseil de l'Europe organise à la fois le recrutement par concours des référendaires permanents, qui ont le statut de fonctionnaires permanents du Conseil de l'Europe, et celui des référendaires temporaires, qui peuvent soit être en poste sur des contrats temporaires d'une durée de quatre ans maximum, soit détachés. L'avancement de la carrière de juriste se fait de manière autonome et interne au greffe, par une combinaison d'ancienneté et de concours internes, comme le déclare l'un des juristes : « On relève simplement du greffier, les juges n'ont strictement aucune influence. »²⁸⁴. D'après l'un des juges interrogés, les juges conservent tout de même un droit de veto informel au moment de l'embauche, pour les candidats issus de leur pays d'origine, c'est-à-dire ceux dont ils sont les mieux à même d'évaluer les compétences : « au moins les juges ont généralement quelque chose comme un droit de veto. Si je pense que telle personne n'est clairement pas qualifiée, je vais dire "non, je ne suis pas d'accord" (...) Le système habituel est qu'il y a une liste et je dis "Je suppose que telle personne est mieux qualifiée. Telle autre, n'est à mon avis pas qualifiée du tout." C'est informel. Les situations où les juges utilisent une forme de pouvoir officiel contre les membres du greffe seraient pathologiques. Nous essayons de l'éviter. »²⁸⁵. Un autre juge, moins optimiste, déplore : « l'un des problèmes principaux est la dépendance interne de cette cour, qui ne dispose pas de son budget propre, ce qui est absurde en termes constitutionnels. Chaque référendaire qui travaille ici, chaque secrétaire, est recruté, promu et payé par le Conseil de l'Europe et non par la Cour. (...) Un autre problème concerne l'indépendance des juges parce que la bureaucratie, elle, jouit d'une continuité.

Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

²⁸² Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

²⁸³ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

²⁸⁴ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

²⁸⁵ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

(...) »²⁸⁶.

Le même juge a commencé l'entretien réalisé pour cette recherche par la déclaration suivante : « La première mise en garde est que bien sûr les juges n'écrivent pas les jugements. Ils n'écrivent que les opinions séparées. Cette cour est une vaste machinerie, qui est de plus en plus dirigées par la bureaucratie » ; qu'il poursuit en regrettant que « dans cette cour, les juges sont de plus en plus la variable d'ajustement de ce qui se passe au greffe »²⁸⁷. De leur propre aveu, les juges ne rédigent que les (rares) opinions séparées : « Ca [les opinions séparées], je dois le faire moi-même, ce qui peut avoir un effet dissuasif puisque tous les juges n'aiment pas écrire »²⁸⁸. Mais cette charge de rédaction résiduelle pour les opinions séparées est loin d'être accablante dans la mesure où pour les affaires particulièrement importantes le greffe aura préparé à l'avance deux projets de jugement, l'un de violation et l'autre de non-violation, donc le juge en désaccord avec la majorité peut souvent s'inspirer du projet non retenu. Par ailleurs, même dans les cas où le juge dissident est contraint de ou souhaite reprendre la rédaction de l'opinion séparée à zéro, il a toujours la possibilité d'appeler au secours les juristes du greffe afin d'obtenir une aide linguistique. Un juriste rappelle ainsi qu'en principe « on n'a pas le droit de l'aider [le juge dissident]. On peut simplement faire un toilettage linguistique c'est tout. Si un juge, vraiment, insiste... mais la règle, c'est que les juristes doivent refuser », propos qu'il tempère toutefois : « pour être très clair, beaucoup de juges n'ont ni l'envie ni les capacités de rédaction nécessaires, ne serait-ce que pour des raisons linguistiques. Pour bien rédiger quelque chose qui tienne la route en anglais ou en français, beaucoup n'ont pas un niveau suffisant. »²⁸⁹.

Il existe donc des cultures organisationnelles internes au sein desquelles la rédaction des motifs n'est plus conçue comme l'office principal du juge, lequel joue plutôt le rôle de manager et de superviseur du travail d'écriture opéré par le personnel non judiciaire. Après avoir analysé les cours souveraines dans lesquelles les juges sont devenus des éditeurs, il est temps de s'interroger sur la persistance du modèle du juge-auteur à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat.

2—Pourquoi les juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation restent-ils des auteurs ?

Deux différences principales distinguent les juridictions à juges-éditeurs et celles à juges-auteurs qui viennent éclairer les rôles divergents dévolus aux magistrats en

²⁸⁶ Entretien avec B, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

²⁸⁷ Entretien avec B, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

²⁸⁸ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

²⁸⁹ Entretien avec C, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1978, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

matière d'écriture des motifs : le profil socio-professionnel des juges et la présence à la cour, ou non, d'un personnel non judiciaire qualifié pour rédiger les motivations.

L'importance du profil socio-professionnel des juges

Contrairement aux juges-éditeurs examinés plus haut, l'une des caractéristiques des magistrats du Conseil d'État et de la Cour de cassation est qu'ils sont des juges de carrière, fonctionnaires, le plus souvent recrutés dès la fin de leurs études par la voie d'un concours²⁹⁰. A l'opposé, les juges du Conseil constitutionnel, de la CEDH, de la CJUE et de la Cour suprême américaine sont soit nommés temporairement, soit de façon permanente dans le cas de la Cour suprême américaine, mais à un déjà âge avancé et forts de leur expérience préalable dans d'autres fonctions (même s'il est vrai que certains étaient déjà juges dans leur vie antérieure). La spécificité du premier type de cour est que s'y côtoient des magistrats d'âge et d'expérience très variés, aux statuts parfois différents et qui se trouvent à divers degrés d'avancement dans leurs carrières, donc dans des relations quelquefois hiérarchisées, tandis que les juges du second groupe sont d'âge et d'expérience comparables et à égalité du point de vue hiérarchique. Il en résulte, dans les premières, une division du travail entre juges plus juniors, souvent chargés de la rédaction des projets d'arrêt et juges plus seniors, dont le rôle se concentre sur le contrôle de qualité du travail des juges juniors et l'innovation jurisprudentielle. Cette répartition serait difficilement concevable dans les cours du second type où l'on imagine mal qu'un juge accepte de voir son travail « contrôlé » par un collègue pourtant considéré comme son égal en termes d'âge et de hiérarchie.

A ces facteurs d'expérience et de hiérarchie s'ajoute un facteur purement quantitatif : les juges de la Cour de cassation et du Conseil d'État sont bien plus nombreux que ceux des cours du deuxième type. Au début 2013, la Cour de cassation comptait ainsi près de deux-cents magistrats du siège (en comptant les présidents de chambre, le directeur du Service de documentation, les conseillers, les juges des autres cours nommés par décret, les conseillers en service extraordinaire, et les conseillers référendaires) et la section du contentieux du Conseil d'État, environ deux-cents également. A titre de comparaison, la Conseil constitutionnel et la Cour suprême américaine comptent neuf membres, la CJUE, vingt-sept, et la CEDH, quarante-sept. La spécialisation des rôles et la hiérarchisation entre juges ne prend son sens qu'à la lumière de ces différences d'effectifs : à mesure que les contentieux de la Cour de cassation et du

²⁹⁰ Pour les magistrats de l'ordre judiciaire le recrutement par la voie d'un concours fut instauré dès le décret du 18 août 1906. Voir Christophe Charle, « Etat et magistrats », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 96-97, 1993, p. 46. L'entrée au Conseil d'État se fait depuis la Troisième République de deux manières : par le concours de l'auditorat ou par la nomination au tour extérieur. La voie d'accès directe au Conseil d'État par concours est supprimée après la Seconde Guerre mondiale avec la mise en place de l'École nationale d'administration, dont le classement final détermine aujourd'hui le choix du corps de sortie. L'âge moyen d'entrée au Conseil d'État pour les pour les énarques du concours extérieur est de 26 ans et demi contre 33 ans et demi pour les énarques du concours interne et du troisième concours, 48 ans pour ceux qui entrent au tour extérieur. Voir Luc Rouban, « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Les Cahiers du CEVIPOF*, Vol. 49, 2008, p. 46.

Conseil d'Etat sont devenus plus abondants, il a fallu accroître le nombre de magistrats et la division du travail a fini par se superposer, dans une certaine mesure, aux différences d'âge et de hiérarchie. Toutes les tâches n'exigent pas le même degré de qualification et toutes ne jouissent pas du même prestige : il est d'évidence, par exemple, que le rôle d'avocat général (ou de rapporteur public) requiert une plus grande expérience et est plus valorisé que celui de juge rapporteur.

A la Cour de cassation, il existe une hiérarchie claire entre les quelques quatre-vingt « conseillers référendaires », qui sont des magistrats plus jeunes, choisis parmi les juridictions du fond pour exercer à la Cour pour une durée de dix ans maximum et la centaine de conseillers permanents, dits « lourds ». Le poste de conseiller référendaire a été créé en 1967 pour venir en aide aux conseillers débordés par l'accroissement du nombre des pourvois, et leur nombre n'a cessé d'augmenter depuis²⁹¹. La plupart des conseillers référendaires sont issus de la magistrature judiciaire. Ils sont donc typiques du modèle des juges de carrière, recrutés à l'issue de leurs études pour suivre une formation spécialisée à l'Ecole nationale de la magistrature²⁹². Le processus de sélection demeure très compétitif et les candidats doivent avoir fait leurs preuves en tant que magistrats dans les juridictions du fond. Un conseiller référendaire raconte avoir demandé son poste à la Cour de cassation « sans y croire », mais « un jour, je reçois, au bureau, un coup de téléphone de la secrétaire générale du Conseil supérieur de la magistrature, qui me dit "Ecoutez, votre dossier a été sélectionné, et le CSM [Conseil supérieur de la magistrature] va vous recevoir pour un entretien dans sa formation siège." Voilà, j'ai passé cet entretien-là, qui est assez formel d'ailleurs... parce que le CSM, après la sélection des dossiers écrits, procède à un oral qui est assez formaté, avec une première partie qui correspond à votre expérience passée et puis dans un second temps une discussion plus ouverte, qui sont en fait des questions d'actualité posées par des membres du jury. »²⁹³. La fonction principale des conseillers référendaires à la Cour est celle de juges rapporteurs (même si cela n'exclut pas que les conseillers lourds soient aussi rapporteurs). Ils n'ont qu'une voix dite consultative lors des délibérés, c'est-à-dire que leur vote n'est pas comptabilisé, sauf dans les affaires dont ils sont rapporteurs, auquel cas leur voix est dite « délibérative », au sens où elle compte²⁹⁴. Il s'agit là d'une anomalie, puisqu'à ma connaissance aucune autre cour souveraine ne confère un droit de vote partiel à certains magistrats, même s'ils sont plus juniors. En ce sens, les conseillers référendaires occupent une position intermédiaire entre juges et personnel non judiciaire : leur statut est supérieur à celui des *clerks* ou des référendaires puisqu'ils sont des magistrats détachés et jouissent donc de la légitimité que leur apporte leur statut de juge et d'une sécurité de l'emploi quasi absolue, mais inférieur à celui des juges puisqu'ils n'ont pas le droit de vote dans les affaires qu'ils ne rapportent pas.

²⁹¹ Loi du 3 juillet 1967.

²⁹² Les conseillers référendaires sont nommés par décret du président de la République, après avis du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) pour une durée, en début ou milieu de carrière.

²⁹³ Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

²⁹⁴ Code de l'organisation judiciaire, art. L. 431-3.

On retrouve des distinctions opérées entre magistrats en termes d'âge, d'expérience et de hiérarchie au Conseil d'Etat, dont la majorité des membres est recrutée par le biais de l'École nationale d'administration, ce qui signifie que chaque année quatre à six jeunes énarques y débute leur carrière²⁹⁵. Comme le résume un conseiller d'Etat : « On entre tout “bébé” au Conseil d'Etat, on [y] passe toute sa vie »²⁹⁶. Ceux qui rejoignent la section du contentieux en qualité d'« auditeurs de deuxième classe » se voient confier les fonctions de juge rapporteur dans l'une des sous-sections. Les auditeurs deviennent par avancement maîtres des requêtes après environ trois ans de carrière, puis conseillers d'Etat environ douze ans plus tard (mais parfois jamais, en raison du nombre de postes limité ainsi que du jeu des détachements et des autres formes de mobilité). Pour préserver l'indépendance des membres du corps, l'avancement n'a pas lieu au choix mais à l'ancienneté. La hiérarchie, si elle est bien réelle au Conseil d'Etat, semble dans les faits être moins appuyée qu'à la Cour de cassation dans la mesure où les auditeurs disposent d'un droit de vote dans toutes les affaires auxquelles ils participent (non pas seulement celles où ils sont rapporteurs). Par ailleurs, le poste d'auditeur au Conseil d'Etat n'est pas limité à dix années maximum comme celui des conseillers référendaires, dans la mesure où s'ils le souhaitent, ils peuvent y faire toute leur carrière, ce qui change la dynamique des rapports entre nouveaux et anciens.

L'absence de personnel non judiciaire

La seconde différence fondamentale entre les juges-éditeurs et les juges-auteurs est que les premiers bénéficient de l'aide d'un personnel non judiciaire spécialisé dont le rôle consiste à rédiger rapports et projets de jugement, tandis que les seconds doivent en principe s'en sortir par eux-mêmes. Comme le résume un conseiller d'Etat : « vous savez on n'a pas beaucoup d'assistants dans cette maison ; on fait beaucoup nous-mêmes... »²⁹⁷. Toutefois, le Conseil d'Etat semble avoir amorcé une évolution, dans la mesure où le recours, sous l'appellation euphémisée d'« aide à la décision », à des stagiaires ou à des assistants de justice semble se généraliser peu à peu. Ces derniers participent à la rédaction des motifs, notamment pour les ordonnances de non-lieu et d'irrecevabilité ainsi que les référés, comme le précise un conseiller d'Etat : « il y a une équipe d'aide à la décision, donc il y a des assistants de justice, des stagiaires, qui préparent les choses, sur une base, sous la forme d'instructions données par le juge des référés, des précédents, etc... »²⁹⁸. Le même conseiller d'Etat précise que ses assistants ou ses stagiaires rédigent systématiquement ses projets de référé et qu'il se contente donc de les relire et de les corriger. Un autre conseiller d'Etat confirme : « Moi, les référés, là,

²⁹⁵ Au recrutement par concours s'ajoute le « tour extérieur » : un maître des requêtes sur quatre et un conseiller d'Etat sur trois sont nommés par le Gouvernement (après avis du Vice-président du Conseil d'Etat). Pour intégrer à titre de maître des requêtes il faut au candidat être âgé de 30 ans révolus et avoir accompli dix ans de service public. Pour accéder au grade de conseiller d'Etat, la condition d'âge passe à 45 ans révolus. Une partie des nominations au tour extérieur est réservée aux membres des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sur proposition du Vice-président du Conseil d'Etat.

²⁹⁶ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

²⁹⁷ Entretien avec I, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 30 juin 2010.

²⁹⁸ Entretien avec I, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 30 juin 2010.

comme je n'ai pas le temps, souvent, j'ai un premier jet qui est fait par un assistant de justice. (...) Alors je le reprends plus ou moins selon la qualité.»²⁹⁹. Il est cependant significatif que l'entorse à la tradition du juge-auteur soit circonscrite à la rédaction de décisions considérées comme triviales ou routinières — dans le cas des ordonnances de non-lieu et d'irrecevabilité — ou seulement provisoires et conservatoires — dans le cas des référés, qui ne tranchent pas définitivement le litige. Comme l'indique le même conseiller d'Etat, « en général, ils [les stagiaires et les assistants de justice] ne traitent pas les dossiers qu'on voit en séance d'instruction »³⁰⁰, c'est-à-dire les affaires jugées suffisamment délicates pour faire l'objet d'une décision au niveau de la sous-section.

Les assistants de justice et les stagiaires du Conseil d'Etat ne constituent pas un groupe homogène, contrairement aux *clerks* américains ou aux référendaires européens : ils ont des profils relativement variés et sont recrutés par des voies différentes, comme le décrit un conseiller d'Etat : « [Les assistants de justice], c'est un statut assez proche de celui des ATER [attachés temporaire d'enseignement et de recherche] à l'université, donc ils travaillent à temps partiel, deux à trois jours par semaine, ils sont rémunérés en conséquence, et souvent, il y en a qui peuvent terminer une thèse, préparer des concours, etc. Donc c'est un peu une transition entre la vie universitaire et la vie professionnelle. Et puis, alors, nous utilisons aussi beaucoup de stagiaires en stages assez longs, puisque on a encore une convention avec l'Ecole française du barreau (EFB), maintenant les jeunes avocats doivent faire six mois de stage hors cabinet d'avocat, donc on a, deux fois par ans, ici, quinze stagiaires de l'EFB, on a des stagiaires de Sciences Po qui ont des stages de six mois également maintenant, quelques stagiaires universitaires, et donc, on a des équipes d'aide à la décision qui mêlent justement assistants de justice, on va en parler, et stagiaires... voilà, c'est ça nos équipes d'aide à la décision. (...) ils n'arrivent pas et ils ne partent pas tous en même temps, alors voilà... ils se forment un petit peu entre eux... »³⁰¹.

À côté des assistants de justice, agents publics à temps partiel, dont le statut est établi par le ministère de la justice et recrutés par contrat pour une durée de deux ans, renouvelable deux fois, le Conseil d'Etat a donc plus récemment créé la catégorie beaucoup plus souple de stagiaires, lesquels officient pendant une période nettement plus courte, de quatre à six mois. L'intérêt du statut de stagiaire, selon un conseiller d'Etat qui supervise leur recrutement, est d'attirer des candidats plus brillants, souvent des anciens élèves de Sciences Po, qui se destinent à des carrières dans la haute fonction publique, l'université, ou des gros cabinets d'avocats, tandis que la sociologie des assistants de justice serait différente : ils sont généralement diplômés en droit plutôt qu'issus d'une grande école et visent à devenir greffiers. Mais d'après un autre conseiller d'Etat, le rôle des stagiaires est encore bien loin de celui des *clerks* américains ou des référendaires européens : « C'est un travail de super-documentaliste, j'allais dire. En résumant. Ce n'est pas vrai, mais c'est pour, en une formule un peu lapidaire, vous faire comprendre que c'est juste un travail, vraiment, de rassemblement de la documentation. Ils rédigent un petit peu, de temps en temps, pas très bien, d'ailleurs, il faut souvent reprendre

²⁹⁹ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 1^{er} juillet 2010.

³⁰⁰ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 1^{er} juillet 2010.

³⁰¹ Entretien avec I, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 30 juin 2010.

derrière, pour des avant-projets de décisions, sur des petits dossiers faciles. Mais vous imaginez bien qu'un étudiant de vingt-quatre ans, il nous fait des petits projets, sur des tout petits dossiers, qu'on est obligé de reprendre,... Ce n'est pas du tout la formule de l'assistant manière CJUE, (...) où chaque juge est entouré d'une variété de gens de très haut niveau qui vont vraiment rédiger, ce n'est pas du tout ça.»³⁰². Le recrutement des assistants de justice et des stagiaires est centralisé, mais avant qu'ils ne soient affectés à leur sous-section, certains présidents s'appliquent à les rencontrer afin d'opérer une sélection interne, tandis que d'autres semblent se contenter des recrues qui leur sont pré-affectées.

La Cour de cassation est encore plus éloignée du modèle des *clerks* américains et des référendaires européens : les juges n'y bénéficient pas d'assistants, tout au plus ont-ils la possibilité de solliciter le service de documentation, d'études et du rapport, composé de jeunes magistrats, les « auditeurs », de greffiers et de documentalistes spécialisés, pour réaliser des dossiers documentaires et des notes de synthèse sur certaines questions de droit. Comme le résume un conseiller référendaire : « on fait tout nous-mêmes »³⁰³. Les tâches qui dans d'autres cours seraient exécutées par le personnel non judiciaire sont prises en charge par les conseillers et les conseillers-référendaires qui rédigent eux-mêmes ordonnances et arrêts, ou les auditeurs, qui exercent toutes les attributions administratives qui ne relèvent pas exclusivement du greffe, comme la répartition des pourvois entre les chambres et les « travaux d'aide à la décision », qui recouvrent la veille documentaire, des recherches doctrinales et jurisprudentielles, l'aide apportée aux magistrats pour les dossiers décidés par les assemblées plénières et les chambres mixtes, etc.³⁰⁴.

En conclusion, ce qui explique, fondamentalement, la persistance du modèle du juge-auteur au Conseil d'État et à la Cour de cassation est sa fonction pédagogique de formation et d'acculturation pour les magistrats les moins expérimentés. Rédiger soi-même rapports et projets de jugement puis les soumettre au contrôle de magistrats plus avertis représente une forme d'apprentissage et de méthode d'assimilation des normes de raisonnement et d'expression en vigueur dans la juridiction. Un maître des requêtes souligne qu'au Conseil d'État il règne « une logique de formation sur le tas. On absorbe beaucoup de choses en arrivant. Et on absorbe une culture. Et cette culture du juge, cette culture du détachement et de l'objectivité, c'est vraiment quelque chose, à force de voir fonctionner les séances d'instruction, de lire les rapports des autres, puisqu'on les a avant d'arriver en séance d'instruction, de voir une discussion collégiale, vous acquérez vraiment cette culture, par imprégnation, si vous voulez.»³⁰⁵. Certes, les conseillers référendaires de la Cour de cassation sont déjà des magistrats qui ont fait leurs preuves dans les tribunaux inférieurs, donc cette fonction pédagogique est sans doute moins essentielle qu'elle ne l'est pour ceux des auditeurs du Conseil d'État qui sont fraîchement

³⁰² Entretien avec H, conseiller d'État, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 2 juin 2010.

³⁰³ Entretien avec A, conseiller référendaire à la Cour de cassation depuis 2008, réalisé par Mathilde Cohen le 16 mai 2012.

³⁰⁴ Code de l'organisation judiciaire, art. R. 421-7.

³⁰⁵ Entretien avec G, maître des requêtes au Conseil d'État, réalisé par Pasquale Pasquino le 9 juin 2010.

émouls de l'ENA sans avoir nécessairement bénéficié d'une formation juridique quelconque³⁰⁶. Mais dans l'un et l'autre cas, il s'agit pour les nouveaux arrivés d'intégrer un style rédactionnel propre à la cour et de démontrer qu'ils font bien partie du groupe avant d'accéder à des fonctions plus diversifiées.

III—Motiver moins ou motiver mieux ?

La majorité des cours souveraines fait face à une inflation quasi constante du contentieux, qui tout en témoignant de leur popularité auprès des justiciables, met à l'épreuve leur mode de fonctionnement traditionnel. En effet, s'il existe des cours souveraines épargnées par l'engorgement en raison d'un design institutionnel particulier (qu'il s'agisse de mécanismes de filtrage des requêtes individuelles comme ceux du Conseil constitutionnel français ou de la Cour constitutionnelle italienne, ou bien du tri discrétionnaire des requêtes comme à la Cour suprême américaine), d'autres connaissent un volume de contentieux faramineux, et au premier chef, on peut penser à la Cour européenne des droits de l'homme, qui a actuellement près de cent cinquante mille requêtes en stock.³⁰⁷ Un juge de la CEDH déplore la situation en ces termes : « Nous perdons notre temps avec des centaines et des centaines de cas qui n'ont rien à faire ici. Les sections ont ici et là affaire à un cas intéressant, mais la plupart sont des décisions routinières. J'étais président de la section *** pendant trois ans et c'était quatre-vingt dix pourcent de routine. »³⁰⁸.

Les cours souveraines inondées par les dossiers sont aujourd'hui face à un choix entre assumer un rôle de protectrices des intérêts privés de plaideurs individuels et se focaliser sur les intérêts publics de la société dans son ensemble. Depuis la seconde guerre mondiale et les transformations constitutionnelles qui s'en sont suivies en Europe et ailleurs, il est clair que la protection des droits individuels est au centre des préoccupations des cours souveraines. Mais il n'y a pas forcément de lien de causalité entre le nombre de requêtes individuelles jugées et le progrès juridique général. Pour dire les choses autrement, la résolution de chaque requête individuelle reçue par une cour ne garantit pas nécessairement une meilleure protection des droits en général, au sens où en

³⁰⁶ Bien entendu ce n'est souvent pas le cas des membres recrutés au tour extérieur, notamment des anciens magistrats des tribunaux administratifs. Dans son étude sur le Conseil d'Etat, Luc Rouban remarque qu'« Entre 1958 et 2008, plusieurs évolutions se dessinent. Tout d'abord, la réduction considérable de la part prise par les études de droit : les juristes, quel que soit leur niveau, constituaient près de 87 % des membres du Conseil en 1958 contre 48 % dans les années 2000. ». Aujourd'hui, poursuit Luc Rouban, les études à Sciences Po restent incontournables pour une majorité des jeunes recrues du Conseil d'Etat, puisqu'elles débouchent sur les préparations au concours de l'ENA, mais on constate également une augmentation des diplômés en économie ou des formations scientifiques. Luc Rouban, « Le Conseil d'Etat 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Les Cahiers du CEVIPOF*, Vol. 49, 2008, p. 33. Voir aussi p. 43 : « On est loin du Conseil d'Etat de la IIIe République, peuplé presque en totalité de juristes. Désormais, ces derniers se font rares. ».

³⁰⁷ Statistiques de la cour en date du 30/04/2012.

³⁰⁸ Entretien avec B, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

principe la mission de juger toutes les requêtes bien formées revient aux tribunaux inférieurs, tandis que les cours souveraines sont censées résoudre les désaccords entre les juridictions du fond et jouer le rôle de guides vis-à-vis des autres juridictions et du public par l'élaboration d'une jurisprudence claire et constante. Les juridictions du fond ont donc à se soucier des intérêts individuels des plaideurs tandis que les cours souveraines sont en principe vouées à trancher des questions essentiellement d'ordre public.

Face à cette situation, les cours souveraines peuvent se replier sur leur rôle de cour constitutionnelle — si elles ont compétence en la matière —³⁰⁹, rendant un petit nombre d'arrêts de principe sur des questions d'importance nationale ou accepter de se laisser submerger par les requêtes individuelles et ressembler à une troisième ou quatrième degré de juridiction. Ou encore, dans le cas des cours suprêmes non constitutionnelles type Cour de cassation ou Conseil d'Etat, l'alternative se pose entre continuer à rendre un nombre d'arrêts gigantesque ou sélectionner les affaires afin d'assurer le maintien d'une jurisprudence uniforme et de qualité, permettant à la cour souveraine de conserver son rôle disciplinaire vis-à-vis des juridictions du fond. Le dilemme qui déchire les cours souveraines est donc le suivant : faut-il persister à juger toutes les requêtes présentées en bonne et due forme, au risque de limiter la délibération collective, d'utiliser des procédures de décision abrégées, de moins motiver, ou de motiver en ayant recours à des motivations standardisées et au copier-coller ? Ou à l'inverse, faut-il maintenir des motivations élaborées à l'issue d'un véritable processus délibératif, ce qui requiert l'instauration d'un mécanisme de filtrage des requêtes en différentes catégories et la concentration de l'essentiel des ressources judiciaires sur une partie des dossiers au détriment des autres ?

La difficulté est très clairement posée par Luzius Wildhaber, l'ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme : « il existe une dichotomie radicale dans toute la Convention. La finalité première du système de la Convention est-il de fournir un remède à l'individu ou bien la mission de ce système est-elle davantage « constitutionnelle », autrement dit s'agit-il pour lui de trancher des questions pour des motifs d'ordre public dans l'intérêt général ? Si c'est cette dernière hypothèse qui est la bonne, le système des requêtes individuelles doit être perçu comme le moyen de détecter les lacunes de la protection des droits de l'homme au niveau interne afin de les combler et d'élever ainsi le niveau général de la protection des droits de l'homme. »³¹⁰

Quelques chiffres permettent de mettre en perspective ce dilemme :

³⁰⁹ D'après certains commentateurs, cette question concerne en réalité toutes les juridictions constitutionnelles. Voir, par exemple, Francisco Rubio Llorente, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. 12, 1996, p. 11 ; Michal Bobek, « Quantity or Quality ? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009, pp. 33-66.

³¹⁰ Luzius Wildhaber, « Place de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans le paysage constitutionnel européen », intervention à la Conférence des Cours constitutionnelles européennes, XIIème Congrès, p. 5

- La Cour suprême américaine, composée de neuf juges, reçoit environ 10.000 requêtes par an. Elle en décide environ 80-100.
- Le Conseil d'État, 200 membres en service, reçoit et traite environ 10.000 requêtes par an (10.971 décisions rendues en 2011, mais pas plus de 20% ont été décidées en sous-sections réunies, section ou assemblée, c'est-à-dire sont des affaires importantes ou soulevant des questions de droit nouvelles qui bénéficient d'un traitement approfondi).
- La Cour de cassation, 163 magistrats, reçoit entre 18.000 et 20.000 pourvois chaque année et rend environ 9.000 arrêts sur le fond.
- La Cour européenne des droits de l'homme, 47 juges, a rendu 17.862 arrêts entre mai 2010 et mai 2011 (mais conserve un stock de 151.250 requêtes pendantes).
- La Cour de Justice de l'Union européenne, 27 juges, a rendu 638 décisions en 2011 (dont 444 arrêts).
- Le Conseil constitutionnel, composé de neuf juges, était jusqu'à l'instauration de la question prioritaire de constitutionnellement (« QPC ») à l'abri de cette explosion, mais l'avenir est incertain (le 30 juin 2012, le Conseil constitutionnel avait rendu 223 décisions QPC).
- Cour suprême du Royaume Uni, douze Law Lords, une soixantaine de jugements rendus chaque année sur les quelques 300 pourvois transmis par la voie de l'appel ou de la dévolution, une centaine de jugements si l'on compte les affaires du Comité du Conseil privé (« *Privy Council* »).³¹¹

Différentes cours ont procédé à une variété d'aménagements afin de faire face à ce dilemme. On peut distinguer deux tendances principales : 1) la sélection discrétionnaire des requêtes, typique de la culture organisationnelle *ex post* et 2) le filtrage partiel, parfois accompagné de la résolution du gros des affaires par de formations de jugement réduites, que l'on trouve dans les cultures organisationnelles *ex ante*.

1—Sélection discrétionnaire des requêtes

C'est la solution la plus drastique, adoptée par la Cour suprême américaine, qui depuis 1988, détient comme on l'a vu plus haut un pouvoir entièrement discrétionnaire pour déterminer si une requête sera jugée ou non. Sur une moyenne de 10.000 requêtes par an dans les dix dernières années, la Cour a jugé chaque année entre 80 et 100 affaires. Les autres requêtes sont écartées sans motivation, sauf dans les rares cas où un juge rédige une opinion dissidente expliquant pourquoi la requête aurait dû, selon lui, être examinée. Cette méthode prend tout son sens dans une juridiction *ex post* qui se refuse à établir une division du travail entre le juge rapporteur, d'un côté, et le reste de la formation de jugement, de l'autre. En effet, cette division du travail permet l'abattage d'un plus grand nombre de dossiers que la méthode *ex post*, qui suppose que chaque juge

³¹¹ A ces chiffres, on peut ajouter la *Bundesverfassungsgericht* allemande, seize juges, reçoit environ 10.000 requêtes/an, dont près de 40% sont rejetées pour irrecevabilité, ce qui signifie que 6.000 sont véritablement examinées et la Cour constitutionnelle italienne, quinze membres, chacun assisté par trois assistants, reçoit environ un millier de questions par an.

étudie les dossiers à part égale. L'absence de sélection des requêtes dans une cour comme la Cour suprême américaine voudrait dire la remise en cause complète de son organisation interne.

Quels sont les critères de sélection ? Les règles de la Cour en indiquent certains, tout en soulignant qu'ils ne lient aucunement les juges, qui restent libres de ne pas sélectionner les pourvois, quels qu'ils soient. Parmi les critères énumérés par les règles de procédure de la Cour on compte notamment : l'existence d'un conflit de jurisprudence entre deux ou plusieurs cours d'appel fédérales ou entre une cour d'appel fédérale et la cour suprême d'un Etat ; la cour suprême d'un Etat a décidé une question fédérale d'une façon qui contredit la jurisprudence d'une autre cour suprême ou d'une cour d'appel fédérale ; une cour au niveau subfédéral ou une cour fédérale d'appel a décidé une question de droit fédéral qui n'a pas encore fait l'objet, mais devrait faire l'objet d'une décision de la Cour suprême fédérale, ou bien a rendu une décision en conflit avec la jurisprudence de la Cour suprême fédérale³¹². Au fil des ans, observateurs et anciens *clerks* ont complété ces cas de figure par une liste non-officielle de facteurs rendant plus probable, surtout lorsqu'ils sont cumulés, la sélection d'un cas, c'est-à-dire indiquant la « *certworthiness* »³¹³ d'une affaire³¹⁴. Ces facteurs sont les suivants : le gouvernement fédéral est l'auteur de la requête ; l'importance de l'affaire, critère éminemment subjectif, qui peut être *sui generis* au sens où l'importance est parfois propre à un cas particulier, (par exemple, parce que l'affaire met en cause la maison blanche, comme dans le dossier du Watergate où la question de droit était celle de savoir si un procureur fédéral peut assigner le Président à produire des enregistrements audio et des papiers personnels³¹⁵), ou qui peut exprimer l'importance en un sens sociétal, par exemple une affaire portant sur des questions comme l'avortement ou le mariage entre personnes du même sexe, ou encore l'importance au sens juridique dans la mesure où la résolution d'un cas pourrait clarifier le sens d'un texte ou d'une notion juridique contestée ; certains domaines du droit — comme le droit constitutionnel — sont favorisés tandis que d'autres sont laissés de côté — par exemple le droit fiscal, jugé trop complexe et spécialisé — ; les cas d'injustice particulièrement flagrante, surtout lorsqu'ils impliquent l'ignorance délibérée de la jurisprudence de la Cour par les tribunaux fédéraux ou subfédéraux.

Lorsqu'une requête n'est pas sélectionnée, les parties, à l'instar du public, ignorent tout des raisons qui ont motivé la non-sélection. La non-motivation des décisions de non-sélection doit toutefois être relativisée car, comme on l'a vu dans le chapitre précédent, un ou plusieurs *clerks* de la Cour ont rédigé un rapport détaillé au sujet de chaque requête, qui en plus de résumer les faits, la procédure devant les tribunaux inférieurs, les questions de droit soulevées, les arguments des parties, et la jurisprudence, explique pourquoi la requête mérite, ou non, d'être sélectionnée. Ces rapports sont des documents

³¹² Rules of the Supreme Court of the United States N° 10.

³¹³ Le néologisme de « *certworthiness* » peut être rendu en français par l'idée d'admissibilité ou d'être digne de considération.

³¹⁴ Voir H.W. Jr. Perry, *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1991, pp. 216-270.

³¹⁵ *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

strictement internes à la Cour qui ne sont ni communiqués aux parties, ni rendus publics. Il existe donc une procédure de motivation interne pour la non-sélection des requêtes qui demeure invisible de l'extérieur.

La Cour suprême américaine a résolu le dilemme quantité-qualité de façon claire : elle juge peu, mais elle investit tout le temps et les moyens nécessaires pour approfondir une affaire lorsqu'elle l'a sélectionnée. L'une des conséquences de la sélection discrétionnaire des requêtes a été l'allongement des motivations et la multiplication des opinions séparées. Il en résulte souvent des arrêts de plusieurs dizaines de pages comportant, dans près de 60% des cas, une ou plusieurs opinions séparées³¹⁶. Motiver moins, pour motiver plus — tel semble être le mot d'ordre de la cour américaine. La Cour suprême du Royaume Uni suit une approche similaire, même si c'est sur la base de prémisses institutionnelles bien différentes puisque celle-ci a toujours disposé d'une compétence d'appel discrétionnaire.

2— Filtrage partiel et aiguillage des dossiers vers différents niveaux de traitements

Les juridictions *ex ante* sont moins propices à la sélection pure et simple des requêtes, en partie en raison de la fiction selon laquelle leurs décisions n'ont pas valeur de précédent au sens anglo-saxon, ce qui signifie que toutes les requêtes individuelles doivent en principe faire l'objet d'un examen spécifique. Toutefois, à la suite de l'augmentation de leur contentieux et de la multiplication du nombre d'arrêts qui en résulte, ces cours sont de plus en plus ouvertes à l'implémentation de techniques de rationalisation comme le filtrage partiel ou la modulation du traitement accordé aux dossiers en fonction de leur importance relative.

Comme Guy Canivet l'a montré à propos de la Cour de cassation, l'un des risques du statu quo est la diminution de la qualité et de la lisibilité de la jurisprudence résultant d'un trop grand nombre d'arrêts, qui aboutit à affecter l'homogénéité du système juridique³¹⁷. D'après lui « on est passé de la singularité fondée sur la sélection à la production de masse, corollaire d'une doctrine du libre accès à la juridiction suprême »³¹⁸ résultant de la suppression, en 1947, de l'instrument de filtrage, la chambre des requêtes, qui permettait d'écarter plus de la moitié des pourvois au civil. Pour faire face à l'inflation du contentieux et remédier à l'absence de filtre, la Cour de cassation a diversifié les formations de jugements, tout en augmentant le nombre de magistrats. La formation de trois magistrats, dite « formation restreinte », est désormais la formation de

³¹⁶ Voir Lee Epstein, William M. Landes, et Richard Posner, « Why (and When) Judges Dissent : A Theoretical and Empirical Analysis », *Journal of Legal Analysis*, Vol. 3, 2011, pp. 101-37.

³¹⁷ Guy Canivet, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? » in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas Molfessis, éditions Economica 2004, pp. 3-20.

³¹⁸ Guy Canivet, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », in Nicolas Molfessis, dir., *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris : Economica, 2004, p. 4.

base³¹⁹. Le gros de son travail consiste à produire les ordonnances de non admission pour les pourvois jugés irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux, tandis que les autres formations de jugement — la formation de section, les chambres, les chambres mixtes et les plénières — se concentrent sur la production des arrêts. Comme l'indique Cannivet, « Pour chacune de ces catégories, l'attention portée et l'ampleur de l'examen sont graduées. Elles conduisent, selon les cas, à l'absence de motivation et au seul établissement d'une « fiche d'examen » pour les affaires dépourvues de sérieux déclarées non admises, à des motivations abrégées pour les affaires simples et à une analyse approfondie pour les affaires qui le méritent ; les documents préparatoires (rapports, notes en délibéré) étant de plus en plus complet et précis, à la mesure de la complexité des questions étudiées. »³²⁰.

La Cour de cassation constitue une anomalie historique dans la mesure où à une époque (à partir des années 1950) où les cours souveraines de part le monde ont eu tendance à renforcer le principe de sélection des requêtes et à utiliser du personnel non judiciaire pour les y aider, ce sont les juges eux-mêmes qui restent chargés de l'admission des pourvois quasi de l'Horloge. Même s'il s'agit d'une procédure abrégée, faisant en principe l'objet d'une décision non motivée de non admission, si le pourvoi est jugé irrecevable ou privé de moyen sérieux, le conseiller rapporteur est néanmoins tenu de rédiger un rapport en vue de la non admission, qui est remis au président de la chambre et au doyen, et diffusé au parquet général et aux parties. Certaines chambres ont pour pratique de rédiger des rapports approfondis, détaillant les raisons justifiant de la non admission, ce qui allonge d'autant plus la charge de travail et signifie qu'à l'image des décisions de non-sélection des requêtes à la Cour suprême américaine, ces décisions sont motivées, même si l'accès à la motivation est limité à la cour côté américain, et réservé à la cour et aux parties, côté Cour de cassation. A la différence de la Cour américaine, les ordonnances sont rédigées par les juges eux-mêmes, non par des assistants de justice, ce qui soulève la question de savoir si le temps et l'énergie des juges ne seraient pas mieux investis à d'autres tâches pour autant que ces ordonnances n'ont pas ou presque d'impact sur le système juridique dans son ensemble.

L'approche retenue par le Conseil d'Etat consiste à agir, non pas sur le volume du contentieux lui-même, mais sur le niveau de traitement de l'affaire, en prévoyant que certains dossiers seront examinés par des formations réduites et selon des processus décisionnels abrégés. Un conseiller d'Etat avec lequel j'ai pu m'entretenir informellement à ce sujet résume la situation en utilisant la métaphore de la confection. Selon lui, chaque dossier admis peut être aiguillé vers trois types de formations : la formation de jugement à trois juges, qui s'assimile à du « prêt-à-porter », la sous-section de neuf juges s'il s'agit de faire du « sur mesure », ou les sections réunies ou d'assemblée pour les affaires les plus importantes, qui méritent de la « haute couture ». Ainsi, depuis

³¹⁹ Code de l'organisation judiciaire, art. L. 131-6.

³²⁰ Guy Canivet, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation : pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Paris : Dalloz, 2009, p. 152.

la mise en place de la procédure d'admission des pourvois en cassation, (la « PAPC »)³²¹, les présidents de sous-sections opèrent un véritable tri des dossiers à l'entrée, tri qui leur permet d'aiguiller les dossiers dès le départ vers la voie de traitement — ordonnance, refus d'admission, sous-section jugeant seule, etc. — appropriée, de façon à libérer du temps pour les affaires jugées d'importance. Pour reprendre les termes d'un conseiller d'Etat, concilier une motivation de qualité avec l'explosion du contentieux, « c'est un peu notre problème de tous les jours. A la fois le quantitatif et le qualitatif »³²². Comme à la Cour de cassation, le principe est que l'admission est refusée si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun « moyen sérieux ». Un autre conseiller d'Etat décrit la procédure de la façon suivante : « dans chaque sous-section, quand on voit arriver un pourvoi, d'abord, on se demande “est-ce que je l'admets, ou pas ?” Si j'estime qu'il, la loi dit que si le pourvoi ne présente pas de moyens sérieux, je peux l'écarter par une ordonnance non motivée, qui peut même être rendue par le président de la *** section — le président [de la sous-section] — tout seul, dans son bureau : “rejet, moyen non sérieux, circulez, il n'y a rien à voir.” Si j'estime qu'il est sérieux, sans encore préjuger le fond, je l'admets, j'admets le pourvoi, et là, on commence, on ouvre la procédure contradictoire d'échange des mémoires. »³²³. Cette méthode conduit à ne réserver l'ensemble des filtres traditionnels (rapporteur/réviseur/séance d'instruction/rapporteur public/audience/délibéré) qu'aux affaires jugées suffisamment délicates. Il y a donc eu une véritable évolution, ainsi qu'en témoigne un conseiller d'Etat : « quand je suis entré ici, la moindre décision du Conseil d'Etat était rendue par au moins neuf personnes en formation collégiale. Aujourd'hui, la moitié de nos décisions sont rendues à juge unique et, en gros, sur dix mille décisions par an, cinq mille sont rendues à juge unique, et trois mille cinq cents à trois. Et il n'y en a que mille cinq cents qui sont rendues à neuf et plus. Là où c'était cent pour cent avant. C'est quand même un changement considérable. C'est quinze pour cent aujourd'hui. »³²⁴.

C'est pour faire face à un volume de contentieux bien plus considérable que celui qui engorge les cours françaises qu'un système de filtrage partiel vient d'être mis en place à la Cour européenne des droits de l'homme pour les cinq plus gros pourvoyeurs de contentieux (Russie, Turquie, Pologne, Ukraine et Allemagne.) Une nouvelle section du greffe a été créée dès la fin 2010, la « section de filtrage », laquelle a mis en place divers outils afin de filtrer les requêtes, par exemple, l'instauration d'un nouveau délai de six semaines (au lieu de six mois) pour que les requérants complètent leurs requêtes lacunaires ou l'application stricte du protocole 14 entré en vigueur le 1^{er} juin 2010 qui ajoute une condition de recevabilité à l'article 35 de la Convention. La Cour peut dorénavant déclarer irrecevable une requête individuelle manifestement « mal fondée ou abusive » ou si elle estime que « le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'homme garantis par 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

³²¹ L'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 institue un filtre des pourvois en cassation au Conseil d'Etat : la procédure préalable d'admission. Depuis un décret du 24 décembre 1997, cette procédure d'admission est gérée par chaque sous-section.

³²² Entretien avec I, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 30 juin 2010.

³²³ Entretien avec H, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 21 février 2011.

³²⁴ Entretien avec I, conseiller d'Etat, réalisé par Mathilde Cohen le 30 juin 2010.

n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne ». Il s'agit d'une petite révolution puisque les nouveaux critères introduisent un élément de subjectivité qui ouvre la porte à une forme de sélection des affaires, plutôt que de s'en tenir à la procédure d'admission en vigueur jusque-là, qui visait uniquement à vérifier que certaines conditions de recevabilité procédurales étaient remplies. Certes, la marge de manœuvre est étroite, mais l'imprécision des notions de requête « mal fondée » ou « abusive », ainsi que le caractère subjectif de l'absence de « préjudice important », permettent néanmoins à la section d'effectuer un tri entre les affaires jugées méritantes et les autres.

Un juriste du greffe de la CEDH décrit la nouvelle section de filtrage en ces termes : « On a mis en place une section qui s'occupe d'absorber tout ce qui arrive, de prendre la décision quant à la qualification juridique, donc dire « voilà, cette affaire-là pose potentiellement problème, on la dirige là où il faut la diriger après avoir rempli un questionnaire, plus ou moins donné des informations, ou cette affaire-là, en fait, ou une autre, ne remplit pas les conditions de forme, donc, dans la mesure du possible, on la traite immédiatement en la déclarant irrecevable, ou alors on la jette tout simplement parce qu'on n'a pas assez d'éléments pour la traiter. C'est ce qu'on appelle le « *one in, one out* », donc, on trie tout ce qui arrive, on fait le tri là-dedans de ce qui est à jeter tout simplement. »³²⁵. Ce système vise à limiter l'intervention des juges au minimum pour les affaires non retenues, pour lesquelles le greffe « prépare une note au juge, qui est succincte, pour ne pas dire, où il n'y a quasiment aucune information, et le juge tout simplement paraphe ça, et il l'envoie. Sachant que ce sont les juristes qui absorbent l'affaire, plus leur responsable qui fait un *spot check*, donc qui regarde un petit peu dans le dossier et qui présente ça au juge. »³²⁶.

Pour conclure, il semble exister une limite au nombre d'affaires sur lesquelles une juridiction peut se prononcer dans de bonnes conditions au cours d'une période donnée. Comment absorber et éliminer les requêtes dénuées d'intérêt sans priver les juges de leur temps précieux et comment préserver la cohérence et la qualité des arrêts de principe, des arrêts qui contribuent à la jurisprudence et servent les intérêts du public en même temps que ceux des individus ? Jusqu'à présent, le tri opéré par les juridictions *ex ante* reste timide et bien loin de l'appréciation discrétionnaire des juridictions *ex post*. Certaines cours *ex ante*, on vient de le voir, ont adopté des procédures de filtrage, des délais raccourcis, des audiences réduites ou inexistantes, des formations de jugement restreintes et des motivations sommaires. Mais aucune d'entre elles ne subordonne la recevabilité des demandes à une appréciation discrétionnaire, du moins officiellement, et jusqu'à nouvel ordre.

³²⁵ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

³²⁶ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

IV—Le cas particulier des cours internationales : la motivation comme instrument d'uniformisation

Les cours internationales présentent des traits spécifiques qui expliquent le rôle particulier qu'y exerce la motivation des décisions de justice. Les juges de la CEDH et de la CJUE se caractérisent en effet par leur hétérogénéité en termes de langues, de cultures juridiques et de conceptions de ce qui constitue une bonne décision de justice. Ma thèse est que les deux cours européennes, en dépit de leurs nombreuses divergences, ont adopté une approche commune pour canaliser ces éléments de diversité, qui consiste à utiliser la motivation comme instrument d'uniformisation interne à la juridiction.

1—Éléments de diversité

La CEDH compte quarante-sept États signataires de la Convention, donc un nombre égal de juges originaires de pays différents, ce qui représente presque autant de langues maternelles différentes. La situation à la CJUE est similaire, qui compte vingt-sept juges issus des vingt-sept États membres ainsi que huit avocats généraux (dont cinq postes sont attribués aux cinq grands États européens, tandis que les trois autres font l'objet d'une rotation entre les vingt-deux autres pays membres). Au moins vingt-trois langues européennes sont présentes à la CJUE et pratiquées quotidiennement. À la CEDH, les requêtes peuvent être rédigées dans l'une des langues officielles des quarante-sept États membres, qui sont toutes parlées par au moins un juge et plusieurs membres du greffe.

Au-delà de leur diversité linguistique, les juges des cours européennes sont issus de cultures politiques et juridiques encore parfois très différentes. Le juriste européen Andrew Drzemczewski ne recense pas moins de six familles juridiques représentées à la CEDH³²⁷. Cette hétérogénéité cause parfois des tensions, par exemple certains juges d'Europe de l'Ouest se plaignent de ce que les juges venus de l'Est ne sont pas suffisamment indépendants et n'osent pas prendre position lors des délibérés³²⁸. L'un des juges de la CEDH interrogé pour cette recherche, lui-même originaire d'Europe de l'Est, considère quant à lui que « les juges d'Europe de l'Est sont modestes. Très souvent ils sont les passagers silencieux. Il écoutent, etc., mais ces sont les Européens de l'Ouest qui

³²⁷ Drzemczewski montre que la formule utilisée par la Cour pour distinguer les différentes familles juridiques est la suivante : 1) groupe latino-méditerranéen de l'Ouest (Espagne, Italie, France, Malte) ; 2) groupe Balkan-méditerranéen de l'Est (Albanie, Grèce, Roumanie, Turquie) ; 3) Europe de l'Est (le groupe de Visegrad : Pologne, République tchèque, Slovaquie, Hongrie) ; 4) pays anglo-scandinaves ; 5) Europe centrale (Benelux et pays de langue allemande) ; 6) anciens pays membres de l'Union soviétique et pays baltes. Andrew Drzemczewski, « The Internal Organization of the European Court of Human Rights: The Composition of the Chambers and the Grand Chamber », 3 *European Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2000, p. 236.

³²⁸ Nina-Louisa Arold, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden et Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 70.

tiennent le haut du pavé. »³²⁹.

Les juges des deux cours européennes ont également des expériences professionnelles et juridiques variées puisqu'il n'existe pas parmi eux d'uniformité de parcours professionnel : certains étaient juges de carrière dans leur pays d'origine, d'autres ont déjà une carrière internationale derrière eux, d'autres encore étaient professeurs dans leur existence passée, etc³³⁰. Il en résulte parfois des méthodes de travail et de raisonnement divergents. Ainsi, d'après le sociologue Freek Bruisma, qui a passé des semaines à observer les interactions des juges de la CEDH, les anciens professeurs ont tendance à analyser les dossiers en termes d'intérêt général et de politique publique, tandis que les magistrats ont une approche plus casuistique, visant à rester au plus près des faits.

La CJUE comme la CEDH sont donc de véritables « *melting pots* » judiciaires : des juges de langues, d'expériences et de cultures si variées sont réunis, loin de leurs pays d'origine et placés dans une situation d'autarcie relative dans les villes de Luxembourg et de Strasbourg. Comme un ancien référendaire de la CJUE me l'a fait remarquer, à Luxembourg, la cour est isolée sur un plateau où il n'y a que des institutions européennes, un musée et un philharmonique, comme si la situation géographique de la cour invitait les juges, comme les référendaires, à former leur propre microcosme : « on passe beaucoup de temps à déjeuner ensemble, à faire des fêtes, etc. »³³¹. Un juge de la CEDH rapporte quant à lui : « Le seul document que j'ai eu à signer avant mon élection promettait qu'en cas d'élection j'établirais mon domicile à Strasbourg. L'idée, c'est que tout le monde doit être dans le coin. Ce serait vraiment pas pratique de ne pas vivre à Strasbourg. »³³². En même temps, le phénomène de *melting pot* est limité par le mandat de six ans renouvelable une fois des magistrats de la CJUE et de neuf ans non-renouvelable à la CEDH, au sens où les uns et les autres ont parfois à peine le temps d'apprendre le français et de s'acculturer aux us et coutumes de leur nouvelle cour qu'ils doivent la quitter à nouveau.

2—La motivation comme facteur d'uniformisation

Comment canaliser cette diversité pour produire un arrêt lisible et acceptable par l'ensemble du public européen ? Au-delà de leurs différences, la CJUE et la CEDH ont élaboré des éléments de réponse communs pour répondre à ce défi ; leur approche globale reste la même : utiliser le processus de motivation des décisions comme facteur

³²⁹ Entretien avec B, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1998, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

³³⁰ Fred J. Bruisma, « Judicial Identities in the European Court of Human Rights », in Aukje van Hoek, *et al.*, dir., *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Anvers : Intersentia, 2006, p. 228.

³³¹ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 15 décembre 2011.

³³² Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

d'uniformisation interne.

La première différence entre les deux cours réside en ceci que la CJUE a fait le choix d'une technique de motivation à la française, à l'origine directement influencée par le modèle des arrêts du Conseil d'Etat³³³, tandis que la CEDH a développé un style propre, que l'on pourrait qualifier d'hybride, mais qui est plus proche du modèle anglo-saxon que du modèle français. On dit souvent que la CJUE a adopté le style syllogistique et cryptique des juridictions françaises³³⁴ : les arrêts sont rédigés à la troisième personne du singulier et se présentent comme issus du collège, sans opinions séparées ou éléments de personnalisation. Dans les affaires délicates, ils sont accompagnés par le prononcé des conclusions d'un avocat général, qui à la manière de celles du rapporteur public au Conseil d'Etat, sont beaucoup moins minimalistes que l'arrêt et développent des analyses jurisprudentielles et doctrinales individualisées. Les arrêts de la CEDH sont hybrides au sens où ils autorisent les opinions séparées, même si l'arrêt principal reste rédigé à la troisième personne du singulier et de façon impersonnelle. Le style des opinions séparées dépend de leurs auteurs, mais les opinions majoritaires suivent une trame bien établie et se présentent, pour les affaires les plus importantes, comme des mini-traités, dont la progression par paragraphes numérotés procède généralement des faits au droit en passant par l'appréciation des preuves et les arguments des parties.

Une autre différence très importante sépare la CJUE de la CEDH en matière de culture organisationnelle interne. Les deux cours sont divisées sur la question de savoir si le juge national doit être aussi le juge rapporteur pour les affaires mettant en cause son pays. L'avantage d'utiliser le juge national comme rapporteur consiste pour la juridiction à bénéficier de sa connaissance linguistique, juridique et culturelle du pays concerné. Le risque est que le juge national, précisément parce qu'il est trop proche de son pays d'origine, puisse manquer d'impartialité ou soit soumis à des tentatives de pression de la part des autorités nationales. La règle adoptée à la CJUE est que le juge rapporteur ou l'avocat général n'est jamais juge national. En pratique, cette règle est tempérée par le fait que le juge national se trouve souvent dans la formation de jugement. S'il en est absent, le juge rapporteur entretient néanmoins une discussion officieuse avec le juge national afin d'obtenir son point de vue sur l'affaire et des éclaircissements sur l'arrière-plan juridique du litige. La CEDH a adopté la solution inverse pour la majorité des affaires : à l'exception des dossiers examinés par la grande chambre, le juge rapporteur est quasi systématiquement le juge national. L'exception qui veut que le juge national ne soit jamais le juge rapporteur pour les affaires jugées par la grande chambre est toutefois tempérée par le fait que le juge national est toujours sélectionné pour faire partie de la grande chambre lorsqu'une affaire met en cause son pays.

Qu'est-ce qui permet d'expliquer que des solutions aussi différentes aient été apportées à un problème somme toute identique ? Au delà de la question, historique et

³³³ Voir, par exemple, Jean-Michel Galabert, « *The Influence of the Conseil d'Etat Outside France* », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 700-708.

³³⁴ Voir Joseph Weiler, « Epilogue: The Judicial Après Nice », in Gráinne de Búrca et Joseph Weiler, dir., *The European Court of Justice*, Oxford : Oxford University Press, 2001, p. 225.

contingente, qui ne nous occupe pas ici, de savoir comment les négociations entre les États originaires signataires, ont pesé pour l'adoption d'un système plutôt qu'un autre, les explications fournies par un juge de la CEDH apportent un élément de réponse déterminant du point de vue de la culture organisationnelle de la cour : « Si le juge rapporteur ne parle pas la langue ou n'est pas familier avec la situation ou le système juridique d'un pays, cela signifie pratiquement que le greffe décide le cas et que le juge a une marge de manœuvre très réduite pour le contrôler. »³³⁵. Autrement dit, il faut garder à l'esprit que l'organisation interne de la CEDH repose sur une division du travail entre la bureaucratie du greffe et les magistrats. Dans la mesure où le greffe compte des juristes issus de quarante-sept États membres, qui instruisent les affaires de leur pays d'origine, confier celles-ci à des juges d'un autre pays reviendrait à mettre le greffe dans une position de prééminence potentiellement problématique. En un sens donc, l'affectation par défaut du juge national à la position de juge rapporteur est une forme de « *check-and-balance* » nécessaire pour compenser le pouvoir du greffe, précaution qui n'est pas nécessaire à la CJUE, où les référendaires sont les subordonnés directs des juges.

Malgré ces différences, il existe une importante similitude entre les deux cours en ce sens que leur effort d'uniformisation juridique, linguistique, et stylistique procède en grande partie par le biais du personnel non judiciaire, qu'il s'agisse des référendaires à la CJUE ou des membres du greffe à la CEDH. Dans la mesure où les juges sont en poste pour une durée limitée, c'est le personnel non judiciaire qui assure une forme de continuité et d'uniformité au sein de la cour. L'approche est différente à la CJUE et à la CEDH. Pour assurer l'uniformisation linguistique, stylistique et juridique des motivations, la CJUE a recours à deux types de personnel : les référendaires et les bureaucrates. Les référendaires sont, comme on l'a vu, recrutés directement par les magistrats pour une durée temporaire, ce qui fait sens institutionnellement : chaque juge ou avocat général a des besoins différents d'un autre, et peut donc recruter en fonction de critères propres. Certains ne parlent pas français et ont donc impérativement besoin de référendaires francophones, d'autres ne maîtrisent pas le droit européen et recrutent donc des spécialistes en la matière, etc. D'un autre côté, la CJUE a, en tant qu'institution, des besoins invariables, notamment en matière de traduction des dossiers et d'uniformisation du style des arrêts, qui sont remplis par du personnel permanent recruté par l'institution plutôt que par les juges directement : les juristes linguistes et les lecteurs d'arrêts ainsi que le reste du personnel administratif. A la CEDH, comme on l'a vu précédemment, l'ensemble du personnel non judiciaire s'assimile à une bureaucratie indépendante des juges, qu'il s'agisse des juristes, des traducteurs ou des autres membres du greffe, tous employés par le Conseil de l'Europe.

En principe, la CEDH et la CJUE fonctionnent sur la base de deux langues officielles : le français et l'anglais. A la CJUE, il existe en sus vingt-trois langues de procédure, ce qui signifie que les affaires peuvent arriver dans l'une de ces langues, mais au sein de la Cour, la langue de travail demeure le français ce qui implique que tout doit être traduit pas les centaines de juristes linguistes. A la CEDH, dès lors qu'une requête

³³⁵ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

est déclarée admissible, les documents produits par la Cour doivent obligatoirement être rédigés dans l'une des deux langues officielles, le français ou l'anglais. En pratique, mon travail de terrain a révélé que la CJUE se caractérise par la dominance du français, tandis que la CEDH voit actuellement la montée en puissance de l'anglais, comme le raconte un juriste du greffe, en réponse à la question de savoir quelle était la proportion des arrêts rédigés en français plutôt qu'en anglais par les juristes du greffe et les juges : « très peu, de moins en moins en français. Je ne vous donnerai pas les chiffres exacts, mais de moins en moins en français. Je vois, dans les recrutements, par exemple. Moi, j'ai quoi, j'ai quasiment cinquante personnes [juristes du greffe dans son service], et je crois que j'ai deux francophones. (...) Même s'il y a une obligation pour chacun des juristes permanents de travailler dans les deux langues. On rédige toujours dans notre langue préférée, mais on doit être capable de communiquer dans l'autre. »³³⁶.

A la CJUE, les juges doivent obligatoirement rédiger leurs projets de motifs et les arrêts définitifs en français, comme le relève un ancien référendaire : « Les juges, c'est obligatoirement en français. Donc, cela veut dire, vous imaginez, le poids et l'importance des référendaires, lorsque le juge n'est pas francophone ou n'est pas encore assez bon, voire même quand un juge n'est pas encore, au début, très à l'aise avec le droit européen. »³³⁷. En raison des différents niveaux de maîtrise du français parmi les juges et leurs référendaires, avant d'être distribué à la formation de jugement pour le délibéré, « un projet de motifs doit toujours être relu par des lecteurs d'arrêts (...) [qui] sont essentiellement des juristes français ou belges, qui sont assez souvent aussi des magistrats, qui vont faire que ces documents, qui sont écrits par des personnes de nationalités et de formations différentes, aient la même tête. (...) C'est-à-dire que si vous prenez des arrêts, n'importe quand, vous aurez l'impression que c'est la même personne qui écrit. »³³⁸. La pression du français est moins forte pour les avocats généraux : « Chez un avocat général, c'est plus libre, parce que l'avocat général a, originellement, toujours pu conclure dans sa propre langue. Donc, par exemple, un Slovaque peut écrire en slovaque, un Grec en grec, etc. Depuis 2005, ils ont essayé de rationaliser les langues des avocats généraux. Ce n'est écrit nulle part, mais on essaie d'utiliser les langues « pivot », qui sont évidemment les cinq plus grandes langues. Mais il arrive que les avocats généraux écrivent quand-même des conclusions — surtout s'ils ont des référendaires natifs — dans leur propre langue. Mais ça veut dire que les avocats généraux, lorsqu'ils ne parlent pas bien français, ils peuvent aussi écrire en anglais. »³³⁹.

La prééminence du français à la CJUE a d'énormes répercussions sur le personnel non judiciaire de la Cour puisque les Français y sont surreprésentés, qu'il s'agisse des référendaires ou des traducteurs et lecteurs d'arrêt. Ainsi, comme le précise le

³³⁶ Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

³³⁷ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

³³⁸ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

³³⁹ Entretien avec F, référendaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

référéndaire interrogé pour cette recherche, les juges et les avocats généraux sont quasiment obligés de recruter au moins un référéndaire français : « il n'y a pas un seul cabinet où il n'y a pas au moins un Français, et il y a même des cabinets où, par exemple chez le juge suédois, il n'y a que des Français. »³⁴⁰. Cela est d'autant plus nécessaire que certains juges ne parlent pas français à leur arrivée à la Cour : « Par exemple, mon juge, lorsqu'il est arrivé, il ne parlait pas français, donc on a travaillé en anglais. (...) il a été rapidement à un niveau où il n'y avait pas de problème avec le passif, maintenant, pour s'exprimer, il n'est jamais aussi à l'aise. Et donc, notamment en termes de pesée dans les discussions, etc., c'est un peu frustrant... »³⁴¹.

Indépendamment de la seule question linguistique, les deux cours européennes sont attentives à l'uniformisation stylistique, en particulier la CJUE, en raison, d'une part, de son adoption du modèle français de rédaction des motifs, modèle, on le sait, caractérisé par un ton uni et des tournures identiques et, d'autre part, de l'effet direct de ses décisions qui nécessite que les arrêts soient immédiatement applicables et exécutoires dans les Etats membres. Dans l'une et l'autre cour, une fois rédigés et adoptés par la formation de jugement, les arrêts font l'objet d'un processus de stylisation et de traduction extrêmement rigoureux. A Luxembourg, ce processus comprend au moins quatre étapes : 1) d'abord l'équipe des lecteurs d'arrêts entre en scène. Il s'agit de juristes francophones, souvent même de magistrats français, dont la mission est de gommer les différences stylistiques entre les différents cabinets, ce qui peut susciter des tensions avec les juges, dont certains se demandent parfois : que vont-ils encore retoucher ? 2) Ensuite, vient une équipe de correcteurs qui se penche strictement sur la grammaire et l'orthographe. 3) Après arrivent les quelques mille juristes linguistes de la cour qui traduisent immédiatement tous les arrêts (qui doivent être disponibles le jour du prononcé) dans les vingt-trois langues de procédure. 4) Enfin, le juge national relit toujours les traductions des arrêts dans sa langue maternelle. Cela peut rétroagir sur la rédaction de l'arrêt s'il juge la traduction problématique.

A la CEDH, l'effort d'uniformisation stylistique est moins poussé qu'à la CJUE en raison, d'une part, du style hybride, plus souple, des arrêts, et, d'autre part, de leur rédaction systématique par les juristes du greffe, lesquels sont en partie recrutés sur des critères linguistiques et formés au « style » de la cour dès leur arrivée, comme le raconte l'un d'entre eux : « pendant deux années, on nous enseigne ce style-là, donc il y a un anglais et un français de la Convention, une manière de rédiger selon un juriste de la cour. (...) il y a un anglais et un français de la Convention, une manière de rédiger selon un juriste de la cour. »³⁴². L'effort de stylisation n'est toutefois pas nul, comme le précise un juge de la cour : « il y a presque 2.000 jugements par an, donc la coordination est extrêmement importante et cette cour fait très attention, peut-être parfois trop, à répéter

³⁴⁰ Entretien avec F, référéndaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

³⁴¹ Entretien avec F, référéndaire à la Cour de Justice de l'Union européenne de 2002 à 2008, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino 15 décembre 2011.

³⁴² Entretien avec D, juriste du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme depuis 1996, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 14 juin 2011.

les mêmes expressions, les mêmes segments d'argument, à éviter de donner l'impression que quelque chose a changé dans la jurisprudence simplement parce que c'est rédigé différemment. »³⁴³. Par ailleurs, le fait que le travail de rédaction des arrêts soit confié au greffe ne résout pas toujours les problèmes d'hétérogénéité linguistique et stylistique, comme le reconnaît l'un des juristes : « c'est aussi un problème linguistique. D'abord si [l'arrêt] est rédigé par un juriste polonais en anglais ou en français, ce ne sera pas sa langue maternelle. Donc le langage sera moins compliqué. (...) En revanche, et c'est toujours un problème pour cette cour, disons que c'est un jugement français écrit par un juriste français dans un magnifique français, alors c'est tout simplement intraduisible dans d'autres langues parce que c'est trop compliqué. C'est pareil avec le Royaume Uni. »³⁴⁴.

La CJUE et la CEDH présentent donc des cas particulier de production de la motivation puisque celle-ci résulte d'un long travail d'uniformisation, en grande partie pris en charge par le personnel non judiciaire, afin que les juridictions projettent une façade extérieure unie en dépit des disparités internes.

³⁴³ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

³⁴⁴ Entretien avec E, juge à la Cour européenne des droits de l'homme depuis 2002, réalisé par Mathilde Cohen et Pasquale Pasquino le 7 janvier 2011, traduction Mathilde Cohen.

Conclusion

En dépit des différentes cultures organisationnelles internes analysées dans ce rapport, les cours souveraines d'aujourd'hui sont traversées par un certain nombre d'enjeux communs. Cela signifie-t-il qu'elles ont vocation à adopter à terme des pratiques de motivations analogues ?

Si la formation récente au Conseil d'Etat d'un groupe de travail sur la rédaction des décisions de justice aurait pu laisser présager une petite révolution dans la motivation des décisions des juridictions administratives françaises, en pratique toutes les propositions présentées par le rapport final, remis en avril 2012, ne vont pas être adoptées, ou en tout cas pas dans l'immédiat. S'il existe un relatif consensus au Conseil d'Etat sur l'adoption de certains changements, comme la numérotation des paragraphes ou la révélation du plan interne de la décision par l'augmentation de la présence de titres et de sous-titres, les désaccords persistent sur d'autres propositions, comme l'abandon de la phrase unique, facteur identitaire très fort des juridictions françaises, et l'introduction de références jurisprudentielles explicites dans le corps des arrêts. A la Cour de cassation, après le départ de la première présidence de Guy Cannivet, qui avait initié toute une série d'efforts de modernisations de l'organisation interne de la cour, il semble que les projets de réforme de rédaction des motifs aient été mis en veilleuse. Quant au Conseil constitutionnel, ses motivations ont certes évolué depuis sa création, mais elles demeurent caractéristiques du style français³⁴⁵. Bref, on ne constate pas d'urgence, côté français, à faire évoluer la motivation des décisions de justice.

Côté européen, la modification des méthodes de rédaction des arrêts n'est pas non plus à l'ordre du jour, ni à la CEDH, ni à la CJUE³⁴⁶. D'aucuns suggèrent même un retour en arrière à la CJUE, qui depuis la fin des années 1990, délivre des arrêts de plus en plus courts, minimalistes, au sens où ils se concentrent sur les faits de l'espèce plutôt que sur l'analyse des principes, afin d'éviter que les Etats membres ne voient les décisions de la cour comme des intrusions. Quant à la Cour suprême des Etats-Unis, malgré les déclarations du président Roberts en faveur de décisions plus consensuelles, on ne relève pour le moment aucun changement significatif en termes de nombre d'opinions séparées et de style de rédaction.

³⁴⁵ Voir Dennis Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, N° 7, 2012.

³⁴⁶ Voir Éléonore Von Bardeleben, Francis Donnat et David Siritzky, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen?*, Paris : La Documentation française, 2012.

Bibliographie

Aldisert, Ruggero J., *Opinion Writing*, Bloomington, IN : AuthorHouse, 2009.

Angevin, Henri, « De la motivation des décisions des juridictions comportant un jury », *Droit pénal*, N°8, août-septembre 1996, 32, pp. 1-2.

Antoine, Michel, éd., « Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767) », *Revue historique de droit français et étranger*, 1958, pp. 1-33.

Arold, Nina-Louisa, *The Legal Culture of the European Court of Human Rights*, Leiden et Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

Association Henri Capitant, *La Motivation. Tome III/Limoges-1998*, Paris: L.G.D.J., 2000.

Aubert, Jean-Luc, « Quelques impressions de délibéré à la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Libres propos sur les sources du droit*, Paris : Dalloz, 2006, pp. 19-28.

Baker, Leonard, *Brandeis and Frankfurter : A Dual Biography*, New York : Harper & Row, 1984.

Baranger, Dennis, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, N° 7, 2012.

Barav, Ami, « Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'Etat français et l'avocat général près la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue internationale de droit comparé*, 1974, pp. 809-26.

Von Bardeleben, Éléonore, Francis Donnat et David Siritzky, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen?*, Paris : La Documentation française, 2012.

Baum, Lawrence, *Judges and Their Audiences : A Perspective on Judicial Behavior*, Princeton : Princeton University Press, 2006.

Bérenger, Frédéric, *La motivation des arrêts de la Cour de la cassation : de l'utilisation*

d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir, Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-Marseille.

Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven : Yale University Press, 1962.

Black, Ryan C. et Christina L. Boyd, « The Role of Law Clerks in the U.S. Supreme Court's Agenda-Setting Process », *American Politics Research*, Vol. 40, 2012, pp. 147-173.

Bléry, Corinne, « L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790? », *Revue histoire de la justice*, N° 4, 1991, pp. 79-97.

Blom-Cooper, Louis et Gavin Drewry, *Final Appeal: A Study of the House of Lords in Its Judicial Capacity*, Oxford : Clarendon Press, 1972.

Bobek, Michal, « Quantity or Quality ? Reassessing the Role of Supreme Jurisdictions in Central Europe », *American Journal of Comparative Law*, Vol. 57, 2009, pp. 33-66.

Bobek, Michal, « A Fourth in the Court: Why Are There Advocates-General in the Court of Justice? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Vol. 14, 2011-2012, pp. 529.

Bohman, James et William Rehg, *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*, Cambridge : Cambridge University Press, 1997.

Boltanski, Luc et Laurent Thévenot, *De la justification. Les économies de grandeur*, Paris : Gallimard, 1991.

Boré, Louis, « La motivation des décisions de justice et la Convention européenne des droits de l'homme », *Semaine juridique*, 2002, N° 3, Etude, 104.

Boudant, Joël, « Le président du Conseil constitutionnel », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, tome 103, 93e année, 1987, pp. 589-676.

Bryson, W. Hamilton et Serge Dauchy, dir., *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*. Volume 1: Case Law, Berlin : Duncker & Humblot, 2006.

Bugaric, Bojan, « Courts as Policy-Makers : Lessons from Transition », *Harvard International Law Journal*, Vol. 42, 2001, pp. 247-288.

Burdeau, François, *Histoire du droit administratif*, Paris : P.U.F., 1995.

Caldeira, Gregory A. et John R. Wright, « The discuss list: Agenda building in the Supreme Court », *Law and Society Review*, Vol. 24, 1990, pp. 807-836.

Canivet, Guy, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? » in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, sous la direction de Nicolas Molfessis, éditions Economica 2004, pp. 3-20.

Canivet, Guy, « Le mécanisme de décision de la Cour de cassation : pour une ethnographie à écrire d'une autre fabrique du droit », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois, Le dialogue des juges*, Paris : Dalloz, 2009, pp. 149-65.

Canivet, Guy, « Comprendre le délibéré ? Ou le « mystère de la chambre du conseil », in *Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris : Dalloz, 2010, pp. 205-25.

Catherine, Robert et Jean-Michel Jarry, *Le style administratif*, Paris : Albin Michel, 1996.

Chapus, René, *Contentieux administratif*, Paris : Montchrestien, 11ème éd., 2004.

Charle, Christophe, « Etat et magistrats », *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 96-97, 1993, pp. 39-48.

Chauvaux, Didier, « De la contradiction entre juges. Réflexion sur le délibéré » in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 175-184.

Chong, Dennis et James N. Druckman, « A Theory of Framing and Opinion Formation in Competitive Elite Environments », *Journal of Communication*, Vol. 57, 2007, pp. 99-118.

Christiano, Thomas, éd., *Philosophy and Democracy*, Oxford : Oxford University Press, 2002.

Ciaudo, Alexandre, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel. Le secrétaire général du Conseil constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, Vol. 73, 2008, pp. 17-26.

Cohen, Mathilde, « Giving Reasons in Court Practice: Decision-Makers at the Crossroads », *Columbia Journal of European Law*, Vol. 14, 2008, pp. 257-276.

Cohen, Mathilde, *Giving Reasons : Why and How Public Institutions Justify Their Decisions*, Thèse de doctorat de droit, Columbia University, 2009.

Cohen, Mathilde, « Reasons for Reasons », in Dov M. Gabbay *et al*, éd., *Approaches to Legal Rationality*, Dordrecht ; New York : Springer, 2010, p. 119.

Conseil de l'Europe (éd.), *Human Rights: A Continuing Challenge for the Council of Europe*, Strasbourg : Council of Europe Press, 1995.

Costa, Delphine, « Jean Romieu, un artisan de la construction du droit administratif moderne », *Revue administrative*, Vol. 283, 1995, pp. 88-97.

Dashwood, Anthony A., « The Advocate General in the Court of Justice of the European Communities », *Legal Studies*, Vol. 2, 1982, pp. 202–216.

Dauchy, Serge et Véronique Demars-Sion, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage », *Revue historique de droit français et étranger*, 2004, pp. 236-237.

Dauchy, Serge et Véronique Demars-Sion, dir., *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVIe – XVIIIe siècles)*, Paris : éditions la mémoire du droit, 2005.

De Búrca, Gráinne et Joseph Weiler, dir., *The European Court of Justice*, Oxford : Oxford University Press, 2001.

De Salvia, Michel, « L'administration d'une juridiction internationale : l'exemple du greffe de la cour Européenne des droits de l'homme », *Revue française d'administration publique*, Vol. 126, 2008, p. 333-43.

Arnaud Derrien, « Dialogue et compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Pouvoirs*, N° 105, 2003, pp. 41-52.

Descorps Declère, Frédéric, « Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation », *Recueil Dalloz*, N° 40, 2007, Études et commentaires, pp. 2822-2828.

Ditslear, Corey et Lawrence Baum, « Selection of law clerks and polarization in the U.S. Supreme Court », *Journal of Politics*, Vol. 63, 2001, pp. 869-885.

Douglas-Scott, Sionaidh, « A Tale of Two of Two Courts : Luxembourg, Strasbourg and the Growing Europe Human Rights Acquis », *Common Market Law Review*, Vol. 43,

2006, pp. 629-665.

Drzemczewski, Andrew, « The Internal Organization of the European Court of Human Rights: The Composition of the Chambers and the Grand Chamber », 3 *European Human Rights Law Review*, Vol. 3, 2000.

Duhamel, Olivier et Yves Meny (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : P.U.F., 1992.

Easterbrook, Frank H., « What's So Special About Judges? », *University of Colorado Law Review*, Vol. 61, 1990, pp. 773-82.

Égret, Jean, « L'aristocratie parlementaire française à la fin de l'Ancien Régime », *Revue Historique*, t. 208, fasc. 1, 1952, pp. 1-14.

Elster, Jon, éd., *Deliberative Democracy*, New York : Cambridge University Press, 1998.

Epstein, Lee, William M. Landes, et Richard Posner, « Why (and When) Judges Dissent : A Theoretical and Empirical Analysis », *Journal of Legal Analysis*, Vol. 3, 2011, pp. 101-37.

Estoud, Pierre, *Les jugements civils : Principes et méthodes de rédaction*, Paris : Litec, 1988.

Forrester, Ian S., « The Judicial Function in European Law and Pleading in the European Courts », *Tulane Law Review*, Vol. 81, 2007, pp. 647-720.

Freeman, Samuel, éd., *John Rawls. Collected Papers*, Cambridge: Harvard University Press, 1999, pp. 573-615.

Galabert, Jean-Michel, « *The Influence of the Conseil d'Etat Outside France* », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, 2000, pp. 700-708.

Garlicki, Lech, « Constitutional courts versus supreme courts », *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, 2007, pp. 44-68.

Godding, Philippe, *La Jurisprudence, Typologie des sources du Moyen-Âge occidental*, fasc. 6, Turnhout : Brepols, 1973.

Godin, Xavier, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie & société*, N°29-3, 2010, pp. 19-36.

- Goffman, Erving, *Frame analysis : An essay on the organization of experience*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1974.
- Gonod, Pascale, dir., *Les Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris : Dalloz, 2002.
- Goyard-Fabre, Simone, *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris : P.U.F., 1989.
- Grewe, Constance, Olivier Jouanjan, Eric Maulin, Patrick Wachsmann, dir., *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz : Paris, 2005.
- Guthrie, Chris, Jeffrey J. Rachlinski and Andrew J. Wistrich, « Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases », *Cornell Law Review*, Vol. 93, 2007, pp. 1-44.
- Gutmann, Amy et Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Cambridge : Belknap Press, 1996.
- Gutmann, Amy et Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton : Princeton University Press, 2004.
- Hall, Kermit L. et al., éd., *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York : Oxford University Press, 1992.
- Hartnett, Edward A., « Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years after the Judges' Bill », *Columbia Law Review*, Vol. 100, 2000, pp. 1643-1738.
- Henderson, M. Todd, « From Seriatim to Consensus and Back Again: A Theory of Dissent », *Supreme Court Review*, 2007, pp. 283-344.
- Hughes, Everett C., « Social Role and the Division of Labor », *Midwest Sociologist*, Vol. 17, 1956, pp. 3-7.
- Huls, Nick, Maurice Adams et Jacco Bomhoff, dir., *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, La Haye : TMC Asser Press, 2009.
- Jacob, Robert, « Les fondements symboliques de la responsabilité des juges. L'héritage de la culture judiciaire médiévale », in *Juger les juges, Du Moyen Age au Conseil Supérieur de la magistrature*, AFHJ, Actes du colloque des 5-6 décembre 1997, Paris : La documentation française, 2000.

Jacobs, Francis G., « Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice », *Texas International Law Journal*, Vol. 38, 2003, pp. 547-56.

Johnson, Timothy R., *Oral arguments and decision making on the United States Supreme Court*, Albany : State University of New York Press, 2004.

Kelsen, Hans, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Vol. 45, 1928, pp. 197-257.

Kelsen, Hans, « Judicial Review of Legislation : A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, Vol. 4-1, 1942, pp. 183-200.

Kenney, Sally J., « Beyond Principals and Agents. Seeing Courts as Organizations by Comparing Référendaires at the European Court of Justice and Law Clerks at the U.S. Supreme Court », *Comparative Political Studies*, Vol. 33, 2000, pp. 593-625.

Klein, David et Gregory Mitchel, dir., *The Psychology of Judicial Decision-Making*, Oxford et New York : Oxford University Press, 2010.

Lambert, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris : Giard, 1921.

Lasok, K.P.E. et David Vaughan, eds., *Butterworths European Court Practice*, Londres : Butterworths, 1993.

Lasser, Mitchel de S.-O.-l'E., *Judicial Deliberations : A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford et New York: Oxford University Press, 2004.

Latour, Bruno, *La fabrique du droit : Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris : La Découverte, 2004.

Lazarus, Edward, *Closed Chambers. The rise, fall, and future of the modern Supreme Court*, New York : Times Books, 1998.

Lebigre, Arlette, « “Pour les cas résultant du procès”, Le problème de la motivation des arrêts », *Revue d'histoire de la justice*, N° 7, 1994, pp. 23-37.

Lespagnol, Alain, *Les Commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'État de 1850*

à 1900, Thèse de doctorat de droit, Université de Rennes I, 2001.

Levien Shullman, Sarah, « The Illusion of Devil's Advocacy: How the Justices of the Supreme Court Foreshadow Their Decisions during Oral Argument », *Journal of Appellate Practice and Process*, Vol. 6, 2004, pp. 271-93.

Lindon, Raymond, *Le style et l'éloquence judiciaires*, Paris : Albin Michel, 1968.

Llorente, Francisco Rubio, « Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. 12, 1996, p. 11-29.

Lyon-Caen, Arnaud, « A propos des observations orales dans les procédures écrites », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Paris : Dalloz, 2000, pp. 415-25.

Malhière, Fanny, *La brièveté des décisions de justice (Cour de cassation, Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel) : Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Thèse de doctorat de droit, Université Montpellier I, 2011.

Martineau, Robert J., *Appellate Justice in England and the United States: A Comparative Analysis*, Buffalo : W.S. Hein, 1990.

Mathieu, Bertrand, *et al.*, *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris : Dalloz, 2009.

Maza, Sarah, « Le Tribunal de la nation : les mémoires judiciaires et l'opinion publique à la fin de l'Ancien Régime », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 42, 1987, pp. 73-90.

McGuire, Timothy, Sara Kiesler, et Jane Siegel, « Group and computer-mediated discussion effects in risk decision making », *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 52, 1987, pp. 917-930.

Meunier, Jacques, *Le Pouvoir du Conseil constitutionnel – essai d'analyse stratégique*, Paris : L.G.D.J. ; Bruxelles : Bruylant, 1994.

Mimin, Pierre, *Le style des jugements*, 4^e éd., Paris : Librairies techniques, 1970.

Molfessis, Nicolas (dir.), *Les mots de la loi*, Paris : Economica, 1999.

Murphy, Walter F., « Courts as Small Groups », *Harvard Law Review*, Vol. 79, 1966, pp.

1565-1965.

O'Brien, David M., dir., *Judges on Judging : View from the Bench*, Chatham, N.J. : Chatham House, 1997.

Paese, Paul W., Mary Bieser, et Mark E. Tubbs, « Framing Effects and Choice Shifts in Group Decision Making », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, Vol. 56, 1993, pp. 149-149.

Paterson, Alan, *The Law Lords*, Toronto et Buffalo : University of Toronto Press, 1982.

Perdriau, André, « Visas, « chapeaux » et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *Juris-Classeur périodique*, 1986, I, p. 3257.

Perdriau, André, « Des "arrêts brevissimes" de la Cour de cassation », *Juris-Classeur périodique*, Doctrine, n° 3943, 1996, pp. 257-262.

Perelman, Chaïm, dir., *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles : Bruylant, 1978.

Perry, H.W. Jr., *Deciding to Decide : Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1998.

Ponthoreau, Marie-Claire, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, t. 110, 1994, pp. 747-765.

Posner, Richard, « What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing as Everybody Else) », *Supreme Court Economic Review*, Vol. 3 1993, pp. 1-41.

Posner, Richard, « Judicial Behavior and Performance: An Economic Approach », *Florida State University Law Review*, Vol. 32, 2005, pp. 1259-80.

Rainaud, Nicolas, *Le Commissaire du gouvernement près le Conseil d'État*, Paris : L.G.D.J., 1996.

Rawls, John, *Libéralisme Politique*, Paris : P.U.F., 2001.

Rehnquist, William H., *The Supreme Court*, New York : Knopf, 2001.

Rouban, Luc, « Le Conseil d'État 1958-2008 : sociologie d'un grand corps », *Les*

Cahiers du CEVIPOF, Vol. 49, 2008, p. 46.

Sadurski, Wojciech, dir., *Constitutional Justice, East and West : Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, La Haye et New York : Kluwer Law International, 2002.

Sauvel, Tony, « Les origines des commissaires du gouvernement auprès du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Revue du droit public*, 1949, pp. 5-20.

Sauvel, Tony, « Histoire des jugements motivés », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Vol. 71, 1955, pp. 5-53.

Sauvel, Tony, « Les demandes de motifs adressées par le Conseil du roi aux Cours souveraines », *Revue historique de droit français et étranger*, 1957, pp. 529-548.

Savage, David G., « Say the Right Thing », *American Bar Association Journal*, Vol. 83, 1997, pp. 55-56.

Schauer, Frederick, « Giving Reasons », *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995.

Schauer, Frederick, « Incentives, Reputation, and the Inglorious Determinants of Judicial Behavior », *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 68, 2000, pp. 615-36.

Schnapper, Dominique, *Une Sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010.

Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*, Chicago : University of Chicago Press, 2000.

Simon, Dan, « A Psychological Model of Judicial Decision », *Rutgers Law Journal*, Vol. 30, 1998, pp. 1-142.

Slaughter, Anne Marie, « A Global Community of Courts », *Harvard International Law Journal*, Vol. 44, 2003, pp. 191-220.

Snyder, Eloise C., « The Supreme Court as a Small Group », *Social Forces*, Vol. 36, 1958, pp. 232-238.

Sur, Serge, « Sur l'obligation de motiver formellement les actes administratifs », *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, juil.-août 1974, p. 349-367.

Tversky, Amos et Daniel Kahneman, « The framing of decisions and the psychology of choice », *Science*, Vol. 211-4481, 1981, pp. 453-458.

Tversky, Amos et Daniel Kahneman, « Rational Choice and the Framing of Decisions », *Journal of Business*, Vol. 59, 1986, pp. 251-278.

Van Hoek, Aukje, *et al.*, dir., *Multilevel Governance in Enforcement and Adjudication*, Anvers : Intersentia, 2006.

Ward, Artemus et David L. Weiden, *Sorcerers' Apprentices. 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York et Londres : New York University Press, 2006.

Weick, Günter, dir., *Competition or Convergence. The Future of European Legal Culture*, Francfort : Peter Lang, 1999.

Welamson, Lars, « La motivation des décisions des cours judiciaires suprêmes », *Revue internationale du droit comparé*, Vol. 31, 1979, pp. 509-519.

Wijffels, Alain, éd., *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports, Vol. 1 : Essays*, Berlin : Duncker & Humblot, 1997.

Woodward, Bob et Scott Armstrong, *The Brethren*, New York : Simon & Schuster, 1979.

Yalof, David A., Joseph Mello, et Patrick Schmidt, « Collegiality Among U.S. Supreme Court Justices ? An Early Assessment of the Roberts Courts », *Judicature*, Vol. 95, 2011, pp. 12-19.

Yessiou-Faltsi, Pelayia, dir., *The role of the supreme courts at the national and international level : reports for the Thessaloniki International Colloquium, 21-25 may 1997*, Thessalonique, Sakkoulas, cop., 1998.

Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Turin : Einaudi, 2005.

Rapport de Pasquale Pasquino

Après une introduction sur le concept de motivation et les manières possibles d'en aborder l'analyse, le texte qui suit s'articule en trois parties qui essayent de présenter le contexte institutionnel et normatif dans lequel prends place la motivation des cours suprêmes.

La première partie étudie d'un point de vue comparatif la structure de la décision collégiale qui aboutit à la motivation de justice des cours souveraines. La deuxième explore, en s'appuyant notamment sur le cas de la Cour Suprême des Etats-Unis, les contraintes internes et externes qui pèsent sur la motivation et en limitent le caractère discrétionnaire. Dans la dernière section, on essaye de montrer le rapport de la motivation avec le caractère non électif des cours souveraines et présente une hypothèse concernant la légitimité du contrôle de constitutionnalité exercé par les cours de justice.

De la motivation. Remarques préliminaires.

Lorsqu'on parle de motivation³⁴⁷:

³⁴⁷ Concernant le sens ordinaire de ce terme, voilà ce que l'on trouve en ligne: « La motivation est, dans un [organisme vivant](#), la composante ou le processus qui règle son engagement pour une activité précise », ce qui pousse à agir. Il s'agit d'une signification/définition très générale et différente de celle qui nous intéresse ici. Ici, il sera question de la motivation juridique. Dans un dictionnaire juridique en ligne, sous « Définition de moyens et motifs », on peut lire : « Les "moyens" sont les raisons de [fait](#) ou de [droit](#) dont une partie se prévaut pour fonder sa prétention. Dans le jugement qu'il rend, le juge doit répondre par des "motifs" à l'ensemble des moyens invoqués qui constituent le soutien de sa décision. Répondre aux moyens ne signifie cependant pas répondre à tous les arguments, lesquels ne constituent que des considérations venant à l'appui du moyen. Le juge qui doit répondre aux moyens n'a pas à répondre au détail de l'argumentation des parties. L'ensemble des moyens d'une décision judiciaire porte le nom de "motivation". » (<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/moyens-et-motifs.php>).

Littré (1872-1877) ne registre pas le mot *motivation*, mais *motiver* :

1° Munir des motifs nécessaires. Il motiva son refus. Aujourd'hui les juges sont obligés de motiver leurs jugements.

« Il voulait dire apparemment qu'il ne convenait pas à un roi de rendre raison à son peuple, et qu'il fallait en user comme le parlement qui ne motive jamais ses arrêts », Voltaire, Lett. d'Argental, 30 mars 1776.

« J'en vais corriger un second [abus] en vous motivant mon arrêt ; tout juge qui s'y refuse est un grand ennemi des lois », [Beaumarchais](#), Mar. de Fig. III, 15.

(<http://francois.gannaz.free.fr/Littré/xmlittré.php?requete=m3977>).

Le *Petit Robert* (2009) donne une définition plus intéressante, *sub voce* : « Relation d'un acte aux motifs qui l'expliquent ou le justifient », où l'acte est la décision de justice, le *dispositif*, et la motivation la justification du même.

Sur la motivation de justice on peut signaler :

Textes

- Code de procédure civile, Articles 455 et 458.
- Loi constitutionnelle n°2008 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.
- Loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

Bibliographie

- Ancel (J-P.), La motivation des arrêts BICC 1er mai 2003.
- Coulon (J-M.), Le projet de réforme de la procédure civile : L'exécution immédiate des décisions de première instance, BICC n°576, 1er mai 2003.
- Dubois (D.), La motivation des jugements, Paris, édité par l'auteur, 1996.

1. On peut s'interroger, d'abord, sur ce qui nous motive (les raisons qu'on se donne; cf. R. Boudon, *L'art de se persuader*, Paris, 1990) et ce que nous nous présentons à nous-mêmes en tant que motivation (la raison d'une action ou la croyance qui produit l'action : je suis un bon citoyen et c'est pour cela que je vais voter aux élections) – il s'agit ici de se persuader soi-même.

2. On peut, deuxièmement, réfléchir sur ce qui peut persuader les autres décideurs – s'il s'agit du cas de figure de la *décision collective* qui ne consiste pas dans une simple agrégation de préférences (comme il arrive lors d'un référendum populaire, ou d'élections présidentielles), mais d'une décision qui implique un échange d'arguments (sous les contraintes qui pèsent sur l'argumentation persuasive). Il s'agit dans un tel contexte de persuader les co-décideurs – ce qui ouvre toute la question des *modalités de la prise de décision collective* et de ses *règles d'arrêt*³⁴⁸, question qui dans un autre cadre demanderait à être discutée dans les détails. Il suffit de remarquer qu'une décision collective – notamment dans le cas qui nous intéresse, celui des *cours souveraines* – est souvent un processus complexe qui se développe sur plusieurs étapes et peut prendre plus ou moins de temps. Il faut revenir sur une typologie de ces différents types de processus décisionnels en comparant trois cours : la Cour Suprême américaine, la Cour Constitutionnelle italienne et le Conseil Constitutionnel français (et peut-être le Conseil d'Etat). Mais il est évident que deux moments nous intéressent au premier chef : celui de l'échange d'arguments et celui qui clôt le processus – quoique dans certains cas il soit difficile ou impossible de dire exactement quelle est la règle d'arrêt (on peut penser au

· Estoup (P.), *Les jugements civils : principes et méthodes de rédaction*. [Préface de P. Catala], Paris, Litec, 1988.

· Estoup (P.), [collab Martin (G.)], *La Pratique des jugements en matière civile, prud'homale et commerciale : principes et méthodes de rédaction*, Paris, 1990, Litec.

· Faye (E.), *La Cour de Cassation*, 1903, n°100.

· Fabreguettes (P.), *La logique judiciaire et l'art de juger*, éd Pichon et Durand Dauzias 1914.

· Lecuyer (H.), *Motivation des sentences arbitrales*. *Rev. arb.*, 2001, 4, 741

· Legros, *Essai sur la motivation des jugements*, thèse. Dijon, 1987.

· Malinvaud (Ph.), *Il ne suffit pas d'affirmer, encore faut-il motiver*. *Revue de droit immobilier - Urbanisme - Construction*, n°11, décembre 2008, *Chroniques*, p. 556-557, note. à propos de 3e Civ. - 22 octobre 2008.

· Martin (R.), *Le relevé d'office d'un moyen de droit* - Dalloz 2005, p. 1444 et Dalloz 2006, p. 2201.

· Mimin (P.), *Les moyens d'ordre public et l'office du juge*. *Sem. Jur.*, 1946, I, 542.

· Mimin (P.), *Hésitations du formalisme dans les jugements*, *Sem. jur.*, 1956, I, 1447.

· Motulsky (H.), *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*. *Dalloz* 1964, p. 235 et suiv., n°12 et *Dalloz* 1972, *chron.* 91, n°30 et suiv., 44 et suiv.

· Normand (J.), *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la CEDH, RTC.*, 1996, p. 689.

· Perrot (R.), *Motivation de l'arrêt d'appel*, *Revue Procédures*, n°11, novembre 2011, commentaire n°327, p. 11, à propos de 3e Civ. - 21 septembre 2011.

· Roques, *Les conclusions d'appel dans le débat devant la Cour de cassation*. *Journées d'études des avoués de la Cour d'appel de Toulouse*, 1974, *Gaz. Pal.* 19-20 mars 1975.

· Service de Documentation de la Cour de cassation. *Fiche méthodologique : Les pouvoirs d'office de la Cour d'appel*. BICC n°618 du 1er mai 2005.

· Touffait et Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, *RTC*, 1974, p. 487).

· Weiller (L.), *Observations sous Ass. plén.*, 21 décembre 2007, *Bull.* 2007. *La semaine juridique*, éd. G., 9 janvier 2008, n°2, p. 25-28. (Office du juge - Entendue -Limites).

³⁴⁸ La règle qui est utilisée pour trancher et terminer le processus décisionnel.

cas de la Convention pour l'avenir de l'Europe)³⁴⁹. On voit bien qu'il s'agit dans ce cas de persuader les membres du collège de décideurs.

3. Troisièmement, la motivation vise à persuader ceux qui doivent exécuter ou obéir à la décision – elle est une explication de la décision –, d'où la question du public de l'entreprise persuasive – et, encore une fois, des contraintes qui pèsent sur la justification légale/constitutionnelle : ce qu'on peut dire ou ne pas dire dans un tel contexte. Ici il ne s'agit de persuader ni soi-même ni les codécideurs, mais ceux qui doivent obéir à la décision.

Des questions ultérieures mériteraient d'être prises en compte, on y fera allusion par la suite:

4. L'effet ou l'impact de la décision souveraine, celle vis-à-vis de laquelle il n'y a pas d'appel possible.

5. Le(s) public(s) au(x)quel(s) s'adressent les décideurs – il faut en fait isoler ce point spécifique – par exemple, outre d'une manière générale les parties du litige, les juges ordinaires, les autres branches du gouvernement, notamment l'exécutif et les législateurs élus, les Cours européennes et même la Cour souveraine future, car la décision présente constitue en tout état de cause un précédent qui lie.

6. Dans le cas qui nous intéresse, celui des *cours souveraines*, il faut se demander comment ses membres sont nommés (par qui, pendant combien de temps, avec un mandat renouvelable ou non, et quelles sont les qualifications particulières nécessaire pour occuper la charge, etc.).

Plus précisément, dans le cas des Cours constitutionnelles, on aura à s'interroger aussi sur:

7. la *légitimité* du contrôle de constitutionnalité,

8. son origine historique,

9. la différence entre cours constitutionnelles spécialisées (comme dans le cas de la France) et cours suprêmes (telle qu'elle existe aux Etats-Unis)³⁵⁰,

10. les idéologies concernant a. le pouvoir judiciaire et b. la garantie de la constitution (sa structure et son équilibre, à savoir : la séparation des pouvoirs et les droits fondamentaux).

Pour considérer notre thème d'un autre point de vue, en fait du dernier évoqué dans la liste qu'on vient de dresser, je puis rappeler que le « souverain » baroque, celui dont parle Walter Benjamin dans sa thèse sur le *Deutsches Trauerspiel* (le drame baroque allemand), ne donne pas de raisons. Ceci est d'ailleurs aussi le cas des cours populaires athéniennes, les *dikasteria*, aussi bien que de la plupart des jurys populaires dans les procès – le souverain en démocratie est en fait le « peuple ». Le souverain baroque, lui, ne donne pas de raisons car il est en surplomb, si l'on peut dire, par rapport à ses sujets ; entre eux et lui, il n'y a aucune forme d'égalité, mais asymétrie ontologique, car le roi-souverain et ses sujets ne sont pas de même nature (voir Marc Bloch, *Les rois thaumaturges*, 1924). Le maître ne donne pas d'explications à son serviteur, il donne des ordres. Sur cette question de la différence de nature et de l'égalité au sens d'homogénéité

³⁴⁹ A ce propos, je puis renvoyer à mon article: "Voter et délibérer"; in *Revue européenne des sciences sociales*, XLV, 2007, No 136, p. 35-45.

³⁵⁰ Voir sur ce point: L. Garlicki, "Constitutional Courts versus Supreme Courts", in *ICON, International Journal of Constitutional Law* (2007) 5 (1): pp. 44-68.

substantielle, il faudra revenir car il est possible que ce soit exactement dans cette homogénéité entre le décideur et celui qui doit respecter la décision que trouve son origine une forme au moins de la motivation de justice.

Le souverain, donc, ne donne pas de raisons, mais les cours souveraines, apparent paradoxe qui tient simplement à la polysémie du terme, sont, d'une manière générale, aujourd'hui obligées de présenter les raisons, à savoir la justification de leurs choix – elles doivent « motiver » leur décisions. Donner à l'appui de celles-ci des arguments. Comme on le sait, les cours souveraines de nos sociétés démocratiques, à la différence des Parlements d'Ancien Régime – les hautes cours qui exerçaient la justice *déléguée* par le titulaire du pouvoir judiciaire, le roi – doivent s'expliquer. On les appelle souveraines non pas parce qu'elles peuvent s'exempter de donner des raisons, mais parce qu'en principe (en réalité ce n'est pas toujours le cas, car il est parfois possible d'en appeler aux cours européennes) elles sont des cours de dernière instance vis-à-vis desquelles on ne peut pas interjeter appel. Une remarque est utile à ce propos. On fait parfois valoir que les cours souveraines sont aussi souveraines au sens classique du terme : elles auraient le dernier mot dans l'expression de la volonté politique. Cette thèse n'est que le résultat d'une confusion entre le fonctionnement du système politique et de celui qui consiste à régler un conflit devant les cours de justice. S'il n'y avait pas la possibilité de clore le conflit, le *regressus ad infinitum* d'un litige judiciaire priverait le recours devant les juges de toute rationalité. Les parties doivent savoir qu'après un nombre limité d'appels le conflit doit arriver à un dénouement. Personne ne demande qui contrôle la Cour de cassation. On prétend que celle-ci se limite à appliquer le droit, ce qui est une fiction évidente, car elle le crée par l'interprétation. Et il en est de même pour les cours constitutionnelles et les cours souveraines de manière générale. Mais d'ici à prétendre qu'elles ont le dernier mot, ou qu'elles ont la maîtrise de la volonté populaire, cela témoigne simplement de la méconnaissance du fonctionnement du système politique démocratique. Les autres acteurs du système imposent des contraintes sévères et peuvent réagir constamment aux décisions de la cour de dernière instance. Les exemples sous l'administration Jackson aux Etats-Unis sont nombreux. De même que dans le cas du New Deal, et on pourrait multiplier les cas évidents de ces contraintes politiques en prenant en compte la vie politique d'autres démocraties, de l'Allemagne à l'Italie.

Une première question essentielle se présente au chercheur qui essaie de comprendre cette pratique de la motivation de justice. Elle nous renvoie à l'idéologie et à la pratique de *dire le droit* des deux côtés de la Manche. Le droit tel qu'on le connaît en Occident vient de la grande systématisation romaine et de sa redécouverte au XIIe/XIIIe siècle (voir M. Bloch, *La société féodale*, 1939), mais à la fin du moyen âge il va bifurquer en deux branches : le droit français et le droit anglais, qui vont dominer monde et que l'on appelle en anglais *common law* et *civil law* (voir sur ce point John Merryman, *The Civil Law Tradition : an Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 1985).

Motiver une décision de justice suppose apparemment que le juge ait accompli un acte de volonté, comme on a tendance à le dire. Qu'en tranchant un conflit, il ait en fait *décidé*, qu'il ait dit et produit du droit (sur cette problématique voir C. Schmitt, *Gesetz*

und Urteil, 1912³⁵¹). Or, ceci est exactement ce que faisaient les juges anglais, à l'époque de sir Robert Coke, donc dans la première moitié du 17^e siècle, lorsqu'on parlait de *judge-made-law*, à savoir de droit créé, posé par les juges (une fonction qui était intimement liée à l'expertise qui depuis la fin du Moyen Age et la naissance des *Inns of Courts* qualifiait en Angleterre les professions judiciaires : juges et avocats [*barristers*]). Ce juge anglais bien sûr ne créait pas le droit *ex nihilo*,³⁵² mais à partir d'une accumulation de savoir, ce qu'on appelait les précédents jurisprudentiels, et en suivant le principe du *stare decisis*. Le juge doit dire le droit, mais on essaye par des contraintes sur la décision judiciaire d'éviter que celui-ci exerce un pouvoir arbitraire³⁵³ – les deux mécanismes classiques pour limiter l'inévitable caractère discrétionnaire de la décision judiciaire étant les *précédents* et la *codification*. Il n'est pas nécessaire de rentrer pour ce rapport dans les détails, certes fascinants, de cette histoire. Ce qui nous intéresse est de montrer qu'il existe un rapport on pourrait dire de nécessité entre la forme et la structure de la motivation, d'un côté, et la figure du juge qui fait ou dit le droit, de l'autre.

Puisque le juge n'est pas le roi (il faut dire ne l'est plus, car depuis Salomon jusqu' à Saint Louis les rois thaumaturges sont rois de justice et rois de guerre et le pouvoir de dire la justice est, avant Bodin, la prérogative essentielle du pouvoir royal), bien au contraire, le pouvoir du juge de dire la loi, la justice *déléguée*, ne lui vient pas d'une position de supériorité ontologique ou naturelle par rapport à ceux à qui il s'adresse, mais ce pouvoir lui vient de son expertise (on peut penser au conflit qui opposa Sir Edward Coke à James the 1st)³⁵⁴. Expertise qu'il doit exhiber dans sa décision, motivée justement pour montrer qu'il sait de quoi il parle lorsqu'il dit le droit. Car son pouvoir n'est, dans cette idéologie du pouvoir judiciaire, que conséquence de son savoir, et de ce savoir et de cette expertise il doit faire la preuve ! Ce à quoi sert, entre autres choses, la motivation (voir les nombreux volumes de *Law Reports* de Sir Eward Coke, 1572-1617).

Si l'on traverse, en venant d'Angleterre, le *British Channel*, comme l'appellent les anglais, la figure du juge prend une forme autre. Les écrits les plus remarquables, pour comprendre cette figure, restent encore ceux du début de la Révolution produits par Nicolas Bergasse, représentant du Tiers, avocat célèbre au barreau de Lyon, et rapporteur des textes de la Constituante sur l'organisation du pouvoir judiciaire³⁵⁵, textes dont on ne peut pas surévaluer l'importance dans notre culture juridique continentale. Dans ces écrits et documents, le pouvoir judiciaire n'est simplement pas reconnu en tant que tel, il n'est en fait que l'une des fonctions de l'exécution de la loi. Or, si le juge ne doit faire autre

³⁵¹ P. 87 : “Dass es [l'interprétation de la norme de la part du juge] aber in Wahrheit nicht dem Gesetze dient, nicht unter sondern neben ihm stehet, ergibt sich aus seiner Macht, den Inhalt des Gesetzes zu verändern und neue Inhalte einzuführen.“

³⁵² Cette création ou décision n'est pas pour parler avec Schmitt (*Gesetz und Urteil*, préface de l'édition de 1968) un *phantastisches Willkür-Akt* !

³⁵³ Il s'agit ici de la problématique très importante de la prévisibilité *limitée* de la décision de justice.

³⁵⁴ Voir, P.Pasquino, “Prolegomena to a Theory of Judicial Power : The Concept of Judicial Independence in Theory and History”; in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2003, n. 1, p. 11-25.

³⁵⁵ Voir : P. Pasquino, “Nicolas Bergasse and Alexander Hamilton: the role of the judiciary in the separation of powers and two conceptions of constitutional order”; in *Rethinking the Atlantic world : Europe and America in the age of democratic revolutions*, ed. M. Albertone, New York, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 80-99.

chose qu'exécuter la loi, la motivation se réduit à une opération simple qui consiste à individualiser la norme qu'il faut appliquer au cas d'espèce. (On dira qu'il s'agit d'une pure fonction de connaissance, ou plus exactement de subsumption, qui est désignée sous le nom de syllogisme juridique). Il s'agit évidemment d'une fiction. Mais une fiction qui a eu et a encore des effets de poids.

On peut prendre à titre d'exemple, et il s'agit d'un exemple remarquable par son caractère pour ainsi dire exorbitant, la décision peut-être la plus célèbre du Conseil Constitutionnel – celle dite du « bloc de constitutionnalité » du 16 juillet 1971³⁵⁶.

³⁵⁶ *Décision n° 71-44 DC*

Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association

Le Conseil constitutionnel,
Saisi le 1er juillet 1971 par le Président du Sénat, conformément aux dispositions de l'article 61 de la Constitution, du texte de la loi, délibérée par l'Assemblée nationale et le Sénat et adoptée par l'Assemblée nationale, complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ;

Vu la Constitution et notamment son préambule ;
Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment le chapitre II du titre II de ladite ordonnance ;
Vu la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, modifiée ;
Vu la loi du 10 janvier 1936 relative aux groupes de combat et milices privées ;

1. Considérant que la loi déférée à l'examen du Conseil constitutionnel a été soumise au vote des deux assemblées, dans le respect d'une des procédures prévues par la Constitution, au cours de la session du Parlement ouverte le 2 avril 1971 ;

2. Considérant qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et solennellement réaffirmés par le préambule de la Constitution il y a lieu de ranger le principe de la liberté d'association ; que ce principe est à la base des dispositions générales de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association ; qu'en vertu de ce principe les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve du dépôt d'une déclaration préalable ; qu'ainsi, à l'exception des mesures susceptibles d'être prises à l'égard de catégories particulières d'associations, la constitution d'associations, alors même qu'elles paraîtraient entachées de nullité ou auraient un objet illicite, ne peut être soumise pour sa validité à l'intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire ;

3. Considérant que, si rien n'est changé en ce qui concerne la constitution même des associations non déclarées, les dispositions de l'article 3 de la loi dont le texte est, avant sa promulgation, soumis au Conseil constitutionnel pour examen de sa conformité à la Constitution, ont pour objet d'instituer une procédure d'après laquelle l'acquisition de la capacité juridique des associations déclarées pourra être subordonnée à un contrôle préalable par l'autorité judiciaire de leur conformité à la loi ;

4. Considérant, dès lors, qu'il y a lieu de déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901, ainsi, par voie de conséquence, que la disposition de la dernière phrase de l'alinéa 2 de l'article 1er de la loi soumise au Conseil constitutionnel leur faisant référence ;

5. Considérant qu'il ne résulte ni du texte dont il s'agit, tel qu'il a été rédigé et adopté, ni des débats auxquels la discussion du projet de loi a donné lieu devant le Parlement, que les dispositions précitées soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi soumise au Conseil ;

6. Considérant, enfin, que les autres dispositions de ce texte ne sont contraires à aucune disposition de la Constitution ;

Décide :

Article premier :

Sont déclarées non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 3 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel complétant les dispositions de l'article 7 de la loi du 1er juillet 1901 ainsi que les dispositions de l'article 1er de la loi soumise au Conseil leur faisant référence.

Article 2 :

On y voit le Conseil Constitutionnel présenter sa décision comme découlant directement des normes citées au début du texte. Nous pouvons nous demander comment les membres du Conseil sont arrivés à une telle décision qui se présente comme un simple acte de connaissance. Heureusement, il existe la possibilité aujourd'hui de lire le procès verbal du délibéré, secret, de la cour constitutionnelle française, car, par une loi récente, le Parlement a décidé de rendre publiques les transcriptions des délibérations du Conseil après 25 ans³⁵⁷. Délibérations qui ont été partiellement publiées.³⁵⁸ Si on jette un coup d'œil sur ces débats, on fait maintes découvertes qui nous importent, mais on voudrait attirer l'attention ici sur deux points précis, qui concernent directement la question du mode de production de la motivation collégiale. En premier lieu, il faut insister sur le rôle important du juge rapporteur, figure typique des cours constitutionnelles européennes³⁵⁹. Il prépare le texte de la décision qui est en suite discuté avec les membres du collège.

Deuxièmement, le débat qui s'ensuit, plus important que dans le cas de la Cour Suprême américaine (et que l'on peut lire après 25 ans dans le cas du Conseil constitutionnel), est un élément constitutif de la décision. Contrairement à ce que dit souvent la philosophie du droit, dans le cas des cours souveraines, il n'y a pas de juge constitutionnel, car c'est régulièrement un collège qui délibère et motive la décision. C'est sur ce caractère collégial du travail des cours qu'il faudrait réfléchir de manière systématique et comparative.

Il faut observer, enfin, que l'idéologie du pouvoir judiciaire en France a conduit à cacher souvent les arguments qui ont conduit à la décision finale. S'il y a une différence importante entre la culture juridictionnelle française et celle des Etats-Unis, elle consiste en ceci que la motivation, qu'il faut cacher, jusqu'à un certain point, ici, est en revanche publiée dans les cultures de *common law*. La vieille doctrine du judiciaire en tant que pouvoir commis a laissé des traces sur la motivation de justice.

Les autres dispositions dudit texte de loi sont déclarées conformes à la Constitution.
Article 3 :

La présente décision sera publiée au Journal officiel de la République française.

Journal officiel du 18 juillet 1971, p. 7114

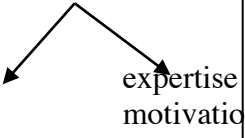
³⁵⁷ Il s'agit à ma connaissance d'un cas unique dans l'analyse comparative ; pour la Cour Suprême américaine on ne peut s'appuyer que sur les notes des juges.

³⁵⁸ B. Mathieu et alii., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel. 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009.

³⁵⁹ On peut d'ailleurs faire remarquer que le Conseil Constitutionnel est caractérisé, lui, par un rôle particulièrement important assigné en fait au secrétaire général et au service juridique. Les membres du conseil n'ont pas, comme en Allemagne ou en Italie, des assistants qui travaillent pour chacun d'eux individuellement.

La motivation des Cours souveraines (1) La décision collective en tant que modalité de résolution de conflits.

Fig. I

<i>instance</i>	<i>idéologie</i>	<i>principe de légitimité</i>
<i>Demos</i> ou roi : souverain	supériorité	autorité
Parlement élu	égalité	autorisation
Cours	neutralité	motivation
pouvoir nul motivation minimale	 expertise motivation maximale	

On vient de le rappeler : la structure de la motivation de justice dépend en dans une large mesure de la conception qu’une culture politique se fait du pouvoir judiciaire. La culture juridique et constitutionnelle anglo-américaine reconnaît une double *source du droit* : le Parlement et les juges ; il n’y a donc rien d’étonnant à ce qu’il existe une tradition de *judge-made-law* à côté de la *statutory law* – la loi édictée par le parlement et (plus ou moins) codifiée. Dans la culture juridique française et continentale, en revanche, la tendance a été pendant longtemps et notamment à partir de la Révolution celle de réduire le droit tout court à la loi votée par le Parlement – expression (comme la constitution d’ailleurs) d’une prétendue volonté générale.

Il n’est pas possible de s’arrêter ici sur les raisons et les racines historiques de cette différence. L’*électionnisme*, pour utiliser un mot de l’abbé Sieyès, qui n’a pas été reçu par la langue française, est en tout cas à la base de cette culture qui réduit la légitimité du pouvoir à sa source dans les élections (on sait que pour la Révolution, même les juges devaient être des fonctionnaires publics élus – ce qui en réalité ne s’est jamais fait en France – à la différence de ce qui se passe en Suisse et dans certains des Etats de l’Union américaine. De là, donc, la réduction de la fonction judiciaire à l’application de la loi, avec les conséquences qu’on a vues sur la forme et la structure de la motivation.

Le pouvoir judiciaire a été pensé dans le cours de l’histoire occidentale de trois manières différentes, d’un point de vue idéal typique : comme pouvoir nul (Montesquieu), comme pouvoir fondé sur un savoir technique (Coke) et comme pouvoir juste – neutre (Hobbes).

Quoi qu’il en soit, on comprend pourquoi on pourrait parler, en comparant la modalité de rédaction des décisions de justice en France et, par exemple, aux Etats-Unis, de motivation exhibée (et doublement exhibée, à cause des opinions dissidentes et concurrentes) en Amérique, et de ce qu’on pourrait appeler « motivation cachée », de l’autre, en France.

Ceci dit, il faut maintenant rentrer dans ce que l'on peut certainement appeler la *fabrique du droit* ³⁶⁰ *constitutionnel*, pour voir comment ces collèges que sont les cours suprêmes et constitutionnelles délibèrent, décident et produisent, donc, du droit. Car il faut le répéter : « appliquer le droit ou la constitution » est une expression hypocrite qui nous empêche de comprendre exactement la fonction très importante de ces organes. Il faudra donc parler plutôt de « création du droit », certes, mais sous certaines contraintes, qu'il faut étudier, à partir de la contrainte interne la plus importante à mon avis, celle du caractère collégial de ce comité de décideurs qu'est une cour constitutionnelle.

D'ailleurs, avant de rentrer dans la fabrique, ou dans *les* fabriques du droit, car on verra qu'il y en a de différentes sortes, il faut rappeler quelques éléments d'information d'ordre comparatif. Le Conseil constitutionnel français, établi en 1958 et dont les compétences ont été élargies par le législateur constituant à deux reprises en 1974 et en 2008-10, n'est pas formellement un organe juridictionnel, même s'il fonctionne aujourd'hui exactement comme une haute cour de justice. Il est en réalité étonnant que la classe politique continue à se refuser de lui donner le nom de Cour. La Cour constitutionnelle italienne, comme d'ailleurs celles de la plupart des pays européens, est une cour spécialisée qui ne décide en première et en dernière instance que du contentieux constitutionnel.³⁶¹ En Italie, comme en France d'ailleurs ou en Allemagne, il existe des cours suprêmes, deux en tout cas, sur le modèle français de la Cassation et du Conseil d'état.

On peut rappeler en passant la différence entre le contrôle de constitutionnalité de type européen et le *Judicial Review*, que connaissent les Etats-Unis, aussi bien qu'un certain nombre d'autres pays, notamment membres de l'ancien *Commonwealth*.

Voilà des éléments de réflexion sur ce point souvent traité de manière réductrice. Une différence importante, mais il y en a plusieurs entre nos cours constitutionnelles et la Cour Suprême américaine, consiste en ceci que nos Cours constitutionnelles doivent en général répondre à des *questions* et non pas (directement) trancher un *litige* entre deux parties. Formellement, le contentieux constitutionnel se présente comme un conflit entre normes : est-ce que la norme X – une loi – est compatible avec la norme Y – une disposition de la constitution ? Plus exactement, on le verra, comme un *conflit* entre différentes *interprétations* de la constitution. Mais puisque les normes, à la différence des idées de Hegel, n'ont pas de mains et de pieds, il faut bien que quelqu'un se charge et soit autorisé à porter, si l'on peut dire, les normes en conflit devant la Cour constitutionnelle. Le conflit entre normes se transforme ou plutôt il est doublé par un conflit entre parties qui – comme dans le cas de la *graphé paranomon* dans l'Athènes du 4^e siècle avant JC³⁶² – portent la norme supposée coupable devant le juge : d'un côté, la partie qui accuse la norme de violer la constitution et, de l'autre, celle qui est chargée de défendre la norme attaquée. Si nous prenons le cas français, le conflit du point de vue strictement juridique/formel est, comme on ne cesse de le répéter, entre la loi et la constitution (conflit des normes); du point de vue matériel (les parties matérielles du

³⁶⁰ Cf. le livre de B. Latour du même titre, 2004.

³⁶¹ Ceci n'est pas tout à fait vrai dans le cas de la France, où ce que l'on appelle *contrôle de conventionalité* permet d'en appeler aux cours Européennes de Luxembourg et de Strasbourg.

³⁶² Sur cette institution, voir mon article "Democracy Ancient and Modern: Divided Power", in *Athenian Demokratia– Modern Democracy: Tradition and Inspiration*, edited by M.H. Hansen, Entretiens sur l'Antiquité classique de la Fondation Hardt, Vandoeuvres, Genève, 2010, pp. 1-50.

conflit) entre l'opposition et la majorité dans le cas de la saisine parlementaire, ou entre un citoyen et le législateur (qui souvent n'est plus là ³⁶³!) dans le cas de la QPC.

Que se passe-t-il au juste ? Prenons le cas qui nous est le plus familier, en France (et qui est d'ailleurs assez unique d'un point de vue comparatif), celui de la saisine parlementaire. L'opposition (du point de vue juridique 60 députés ou sénateurs [ou l'un des trois présidents] signataires de la saisine)³⁶⁴ *prétend* que la loi votée par la majorité est contraire à la constitution. Tandis que la majorité, de toute évidence, *prétend* le contraire – on n'a jamais vu en Europe une majorité prétendre que la loi qu'elle votait était contraire à la constitution ! Or, il est clair qu'il s'agit là d'un conflit d'interprétation, un conflit qui ne peut être tranché (décidé) que par un troisième sujet (car il y aurait autrement anarchie ou autoritarisme)³⁶⁵. La saisine parlementaire, si on y réfléchit un instant, se fonde, de toute évidence, sur l'idée que la majorité élue pourrait *abuser de son pouvoir* et que la minorité a obtenu par la constitution la possibilité de la faire arrêter, dans son éventuel abus de pouvoir, par un troisième acteur. La saisine parlementaire est l'acte qui témoigne du décret de mort de la toute puissance de la démocratie majoritaire. *Il s'agit de la forme républicaine du gouvernement limité.* ³⁶⁶

Pour saisir les implications de ce que qu'on vient de dire, il nous faut faire un pas un arrière dans l'histoire. Avant la naissance de la république moderne - j'utilise le mot dans le sens traditionnel français de ce terme : une société d'égaux, et, donc, la forme de gouvernement qui élimine les ordres et les états constitutifs de l'ancien régime - avant tout cela, le gouvernement *modéré* ou limité résultait de l'accord entre les « partie de la cité », comme dans la tradition du gouvernement mixte chez Aristote, Polybe ou Machiavel, ou, pour prendre un modèle institutionnel, comme dans le cas du Parlement de la *Old English Constitution*,³⁶⁷ où l'accord entre le Roi, les Lords et les Communes était nécessaire pour édicter ce qu'on appelle un *act*, une décision légale. Dans la « société sans qualités », en revanche, celle constituée par des individus égaux telle que l'a pensée Thomas Hobbes et telle qu'elle a été incorporée dans le constitutionalisme moderne, le compromis ne peut plus se baser sur l'accord entre parties de la cité (la nation étant composée de sujets égaux en droit, de citoyens qui ont pris la place des ordres de la société d'ancien régime – selon une idée d'égalité qui exclut la diversité et donc le besoin même du compromis). En outre, la naissance des partis politiques et la compétition électorale à laquelle s'est identifiée la démocratie majoritaire (comme le dit Schumpeter) rendent le compromis entre forces politiques de majorité et d'opposition difficile – contraire au principe même de la compétition. On a donc dû repenser la

³⁶³ C'est bien pour cela que dans le contrôle *ex post* on est bien obligé de parler de conflit de normes, car le législateur peut avoir disparu !

³⁶⁴ En principe une saisine peut être signée par 60 membres de la majorité en désaccord avec la majorité de la majorité ; c'est d'ailleurs ce qui s'est passé lors de la première saisine parlementaire, celle célèbre et très importante qui portait sur l'IVG.

³⁶⁵ Sur ce point je me permets de renvoyer à mon article : "Le contrôle de constitutionnalité: généalogie et morphologie", in *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 28, 2010, pp. 35-41.

³⁶⁶ La doctrine française a parfois parlé d'une forme républicaine de veto royal. Il s'agit en réalité d'un parallélisme superficiel. Le roi n'avait pas à justifier de son veto et, plus important, en rapprochant la décision d'une cour constitutionnelle de l'opposition royale, on oublie comme on a tendance à le faire systématiquement, la différence entre un acte monocratique et la réalité collégiale des cours souveraines.

³⁶⁷ Celle qui a précédé ce qu'on appelle aujourd'hui le modèle Westminster, qui, lui, a pris entre les 19^e et 20^e siècles la place de la constitution de la *Glorious Revolution*.

structure du gouvernement modéré/limité, et c'est dans cette perspective que l'on doit comprendre la doctrine juridique de la « hiérarchie des normes ». C'est en fait la *référence* à celle-ci – notamment à la supériorité de la constitution par rapport à la loi – qui permet d'arbitrer le *conflit entre différentes interprétations de la constitution*, tâche qui est attribuée dans la démocratie constitutionnelle à une cour de justice.

La thèse qu'on vient de présenter n'est pas la thèse habituelle à propos du contrôle de constitutionnalité, il s'agit en fait d'une thèse originale. Si l'on prend la doctrine traditionnelle au pied de la lettre, on pourra montrer facilement que le contrôle dont il est question n'a pas de sens. Je crois en revanche que ce contrôle est parfaitement important et que c'est la doctrine traditionnelle qui est fautive car elle prend l'idéologie pour la réalité. Il faut donc que je m'en explique aussi clairement que possible.

La doctrine de la hiérarchie des normes a été présentée de manière systématique par Hans Kelsen dans ses travaux sur la doctrine pure du droit.³⁶⁸ Si on la sort de son contexte kelsénien, qui empêche par un incompréhensible parti pris (celui de la pureté de la doctrine du droit) d'en voir la dimension politique, elle se révèle à mon sens plus intéressante que si on ne fait pas ce petit effort (en d'autres termes, je suis en train de dire que la théorie pure du droit obscurcit l'importance et la signification réelle de la hiérarchie des normes !). En tenant compte de cette remarque, il n'est pas hors sujet de s'arrêter un instant sur cette question. Pour Kelsen, la hiérarchie des normes a, comme on le sait, la fonction de produire la validité des normes à l'intérieur d'un ordre juridique. Une norme est valide si elle est produite d'après certaines règles (celles concernant la production des normes dans les différents degrés de la hiérarchie) et si elle est compatible dans son contenu avec la norme supérieure (dimension statique et dynamique de la hiérarchie).³⁶⁹

Or, on voudrait avancer l'idée que cette doctrine et cette métaphore de la pyramide des normes ont leur importance pour la raison que voici : elles permettent, contre Hobbes, de penser le gouvernement limité dans le cadre d'une société de citoyens égaux. Je vais revenir sur cette question en discutant de la légitimité du contrôle de constitutionnalité. Pour l'instant, je voudrais attirer l'attention sur la circonstance qu'une Cour Constitutionnelle doit décider du conflit entre deux *interprétations* différentes de la norme constitutionnelle. Une loi est contraire à la constitution seulement sur la base d'une déclaration d'inconstitutionnalité, laquelle est le résultat de la décision du juge collégial qu'on appelle en France Conseil Constitutionnel, du point de vue légal, elle ne peut pas l'être indépendamment de cette décision. Ce collège ne décide pas directement du conflit entre parties, mais du conflit des normes ou, plus exactement, du conflit d'interprétations, qui dans le cas de la saisine parlementaire n'a rien à faire avec une controverse judiciaire, et dans le cas de la QPC doit aider le juge du fond à décider du conflit concret qui lui a fait poser la question d'interprétation qui sera décidée par le Conseil Constitutionnel.

Prenons un exemple concret. Soit la célèbre décision dite IVG. Il s'agit de la première saisine parlementaire (1975), qui parmi les nombreuses raisons de s'y

³⁶⁸ Cette hiérarchie existait déjà en pratique dans la démocratie athénienne du 4^e siècle entre *nomoi* (les lois fondamentales de la cité) et *psephismata* (les décisions de l'assemblée populaire) – pour les détails on peut voir l'article cité à propos de la *graphé paranomon*.

³⁶⁹ Voir : O. Jouanjan, Présentation à *Hans Kelsen, Forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.

intéresser, outre celle de la création du contrôle de conventionalité, a comporte celle-ci : que la saisine fut envoyée au Conseil par 60 députés de la majorité, catholiques et intégristes (donc n'appartenant pas à l'opposition), lesquels espéraient bloquer la loi Veil sur l'avortement. Si l'on prend au sérieux la doctrine du syllogisme judiciaire appliquée au contrôle de constitutionnalité, on ne sait pas comment rendre compte de la décision du Conseil Constitutionnel (il est notamment très intéressant de lire le procès verbal de la délibération, qui est publié). La constitution ne dit rien du tout à propos de l'avortement, comment le Conseil peut-il donc se limiter à appliquer la constitution ? Les conseillers ont en fait validé la loi en faisant autre chose qu'un syllogisme, mais en trouvant un accord sur le fait que rien ne semblait montrer un abus de pouvoir de la part de la majorité qui avait voté la loi Veil dans un pays à culture laïque et sans religion d'Etat comme la France. On pourrait multiplier à perte de vue ce type d'exemples, où la constitution ne donne aucune réponse aux questions posées. Car une loi qui dirait quelque chose d'évidemment contraire à la constitution est un événement rarissime (si on peut en trouver, et on en trouve dans l'Italie des gouvernements Berlusconi³⁷⁰) dans nos démocraties constitutionnelles. Le cas *normal* est qu'il existe un désaccord, un conflit entre différentes interprétations possibles de la constitution et de ce qu'elle permet et que, pour éviter l'anarchie résultant de ce conflit, il faut établir un organe autorisé à produire l'interprétation conforme, et qui donne une réponse à la question de constitutionnalité/d'interprétation de la constitution posée par *ceux qui sont autorisés à le faire*. Qui sont ces acteurs autorisés et quelles sont les modalités de la saisine, ce sont des questions capitales dans le droit constitutionnel et dans la politique comparés. Mais il faut rentrer maintenant dans la Cour pour voir comment la question posée suit un parcours plus ou moins long et compliqué au bout duquel on trouve notre motivation de justice (décision, *opinion*, *sentenza*, *Entscheidung*).

Commençons par la Cour Suprême des Etats-Unis. Celle-ci, on l'a rappelé, n'est pas une cour constitutionnelle au sens européen, mais la cour suprême de la juridiction fédérale (qui faut distinguer de celle des Etats de l'Union), qui a en même temps *original and appellate jurisdiction*. La première fonction fait de la Cour Suprême la cour de première et dernière instance des conflits fédéraux (art. 3 US Const.). La deuxième fonction consiste à assurer une compétence semblable à celles exercées par la Cassation et le Conseil d'Etat, c'est-à-dire de dernière cour d'appel, qui décide d'habitude de questions de droit, dans lesquelles peuvent se glisser ou être explicitement invoquées des questions de constitutionnalité des lois ou des actes du gouvernement (*executive orders*).

Puisque le nombre de cas qui arrivent à la SC en appel est exorbitant, entre le [Judiciary Act de 1925](#) et le [Supreme Court Case Selections Act](#) de 1988 (donc deux lois du Congrès), il a été introduit un mécanisme de triage qui est désigné sous le nom de *certiorari* et qui permet, avec la « règle des 4 » (l'accord de quatre juges sur neuf), de sélectionner une centaine de cas par an qui vont être décidés par la Cour. Le travail de sélection qui est fait chez nous par les juges du fond et par les hautes juridictions est fait aux Etats Unis par la Cour Suprême, largement grâce à ses *clerks*. Rappelons que la règle du tri se justifie et est rendue possible par la circonstance qui permet aux cours inférieures de juger de la constitutionnalité des lois. De sorte que si la Cour Suprême refuse de reconsidérer un cas qui lui a été soumis, il n'y a pas de *déni de justice*, car une

³⁷⁰ Mais on peut penser aussi à la loi du gouvernement Jospin sur la langue corse.

cour inférieure a déjà produit une décision de constitutionnalité, ce qui n'est pas possible dans le modèle européen.

Les étapes sont donc les suivantes :

1. l'appel est envoyé à la CS par la partie d'un procès qui espère en un revirement de la décision (on voit donc que la CS est un juge des juges en même temps que de la loi!)
2. l'appel est ou n'est pas sélectionné par 4 juges dans les réunions qui ont lieu à cette fin
3. une date est fixée pour l'audience avec les parties du conflit – leurs avocats (*oral arguments*). Pendant l'audience, les juges posent des questions aux avocats, et on commence à avoir une idée de ce qu'ils pensent (les *American Justices*, par la modalité même de la motivation, comme on va le voir, sont des figures publiques et tout le monde a une opinion sur leurs positions générales ; il y a des juges *conservative*, des *liberal* et ceux comme Sandra O'Connor qui ont une réputation de *median justice*)
4. après l'audience, les juges se réunissent à huis clos (*the conference*) et votent sur le dispositif du cas
5. après ce vote, la phase de la délibération commence ; *l'échange d'arguments* se fait surtout par écrit à partir du *draft* de l'opinion rédigée par le juge chargé par le *Chief* (le président de la cour), s'il est dans la majorité qui a voté pour le dispositif du cas, ou alors par le juge ayant la plus grande ancienneté parmi les membres de la cour – si le *Chief* est dans la minorité
6. la minorité écrit d'habitude une ou plusieurs opinions, dissidentes, – dans ce cas aussi il y a une délibération – un échange d'arguments – par écrit
7. les membres de la majorité peuvent présenter des opinions concourantes – donc des arguments alternatifs qui aboutissent au même dispositif – ou même qui font état d'un accord partiel avec la justification de la décision
8. enfin, il est possible que le dispositif ne soit pas soutenu par un argument majoritaire – à cause du nombre trop important d'opinions concourantes ; dans ce cas l'opinion décide du cas, mais ne vaut pas en tant que précédent – c'est pourquoi le juge qui rédige le *draft* doit faire un effort pour rallier les opinions des membres de la majorité autour des arguments de son opinion.

En conclusion, on peut caractériser ce processus comme un système par lequel la CS décide d'un petit nombre de cas, en général en appel, et sur des questions de droit (souvent, mais pas nécessairement) constitutionnel. La présence d'opinions séparées³⁷¹ fait que cette cour n'est pas à proprement parler une cour *collégiale* – si on entend par là une cour de type français qui doit s'exprimer d'une seule voix (*one voice*) – mais plutôt une cour *pluraliste* comme dans la tradition anglaise des cours qui décidaient *seriatim*.

La délibération relative aux arguments qui justifient le dispositif n'a pas lieu pendant le délibéré (*the conference*) où l'on vote sur le dispositif du cas, mais après et elle n'a pas la structure *face to face*, celle de la discussion orale de groupe. Les opinions sont souvent très longues (la célèbre opinion *Citizens United* fait presque 150 pages). Les juges, aidés par 4 *clerks* chacun, ont beaucoup de temps pour rédiger et les opinions

³⁷¹ Voir Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, PUAM, 2005.

séparées ajoutent à la longueur du texte. Comme on l'a déjà fait remarquer, la motivation est *exhibée*, car il ne paraît pas étrange ou abusif que le juge dise la loi, pourvu qu'il en explique les raisons.

Si on considère maintenant le Conseil Constitutionnel français, le paysage est profondément différent. Il faut évidemment distinguer le cas de la saisine parlementaire de celui bien plus récent de la QPC. L'origine du cas, les sujets qui peuvent saisir l'organe de contrôle, les modalités et la temporalité des procédures sont tout à fait différents. On va les considérer.

Il faut dire d'abord que le Conseil Constitutionnel est, malgré son nom, la forme pure d'une *cour collégiale* qui doit parler d'une seule voix, comme dans la tradition française établie par les grandes ordonnances royales de François I et de Louis XIV³⁷². On a vu que, à cause de la conception du pouvoir judiciaire toujours influente en France, la motivation doit rester encore aujourd'hui quelque peu cachée – quoique cela soit de moins en moins le cas, notamment pour le Conseil Constitutionnel, qui publie désormais sur sa page web des explications de ses décisions.³⁷³ Ce qui n'est pas encore tout à fait le cas pour les autres hautes juridictions.

Suivons donc le processus décisionnel dans son parcours dans les deux cas : la saisine parlementaire et la QPC. D'abord, on peut souligner des éléments communs :

- A) le CC français, à la différence de la USSC, ne peut pas choisir les cas/questions à décider, il doit répondre à toutes les questions de constitutionnalité qui lui sont envoyées – 250 à peu près l'année dernière, dont la plupart des QPC (il faut ajouter que la moitié des questions soulevées par les juges du fond sont « filtrées » par les hautes juridictions et n'arrivent donc pas au CC).
- B) Le Président du CC a un pouvoir discrétionnaire dans l'attribution des rapports au conseiller de son choix. Celui-ci joue un rôle très important en tant que juge rapporteur, mais son nom n'est pas connu du public, car les décisions sont totalement anonymes et collégiales.

Ceci dit, les deux procédures suivent des voies différentes dans le processus d'élaboration de la décision. Dans le cas de la saisine parlementaire, le président est souvent informé par le chef du groupe parlementaire de l'opposition, lorsque celle-ci a l'intention de saisir la loi une fois approuvée, de sorte que le Président peut déjà nommer un rapporteur *in pectore*, (un pré-rapporteur),³⁷⁴ qui va suivre les débats parlementaires et préparer son (pré-)rapport. La raison de cette procédure, apparemment pas très catholique mais parfaitement rationnelle, est que les lois saisies sont souvent très longues et complexes et que le CC a seulement 1 mois pour arrêter une décision à partir du moment de la saisine (et même un peu moins). En outre, le projet de décision sera discuté dans le délibéré qui, d'habitude, a lieu un jour avant l'échéance du mois en question. Cette contrainte temporelle, sur laquelle a attiré mon attention Olivier Dutheillet De Lamothe, a

³⁷² Voir, P. Pasquino, *Légitimité et processus décisionnel des cours de justice*, in *How Constitutional Courts Make Decisions*, sous la direction de P. Pasquino et B. Randazzo, Milan, Giuffrè 2009, p. 163 ss.

³⁷³ Il y a tout de même un paradoxe si l'on tient compte du fait que les commentaires des décisions sont rédigés par le secrétariat du Conseil et non par ses membres.

³⁷⁴ Je dois ces détails à M. Olivier Dutheillet de Lamothe, que je remercie.

une conséquence forte importante pour le déroulement de la délibération. Puisqu'au moment où le délibéré collégial commence, il ne reste que quelques heures pour produire la décision finale, le juge rapporteur ne peut pas prendre le risque de rentrer dans la salle du délibéré en ayant à peu près l'assurance que la moitié au moins de ses collègues ne sera pas d'accord avec lui, car un désaccord sérieux au sein du collège produirait un blocage de la décision, ce qu'il faut évidemment éviter à tout prix. Que faire donc ? Il est évident que, outre le service juridique – s'il en a besoin – le rapporteur ira voir ses collègues et entamera avec eux une délibération informelle ou *face to face*. Avant la délibération collégiale, qui en un sens clôt le processus décisionnel, le rapporteur prépare son terrain et cherche le consensus de ses collègues.

Il faut tenir compte en outre de cette circonstance que, même en l'absence de procédure contradictoire des parties, le juge rapporteur, parfois, s'ils le souhaitent, en présence d'un certain nombre de ses collègues, discute du cas avec le représentant du gouvernement et qu'un échange d'arguments et de contre-arguments a lieu par écrit entre les deux parties du contentieux constitutionnel. Tout cela est la partie immergée de l'iceberg délibératif qui est souvent - mais, comme je l'ai dit, de moins en moins - cachée par la décision et la motivation publiées. Il faut remarquer à ce propos que dans certaines décisions, par exemple celle dite de la burqa, le commentaire du Secrétaire général du CC est décidément plus long que la motivation publiée par le CC lui-même!

Si on en vient au cas de la QPC, la procédure est un peu différente. Celle-ci donne lieu à un contradictoire entre le plaignant (le justiciable qui a eu la chance de franchir le double filtre du juge du fond et de la haute juridiction), à savoir son avocat, et le représentant du gouvernement, qui présentent évidemment deux interprétations différentes de la constitution. Le processus délibératif est ensuite le même que celui décrit pour la saisine parlementaire, mais en ce qui concerne la QPC le délai pour rendre la décision est de trois mois.

Une autre différence importante doit attirer l'attention. Dans le cas de la saisine parlementaire, le contrôle a lieu, comme on le dit dans le jargon des comparatistes, *ex ante*, avant la promulgation de la loi – ce qui a permis jusqu'en 2010 de faire survivre la fiction qui prétend que la loi promulguée est l'expression de la volonté générale –, mais c'est aussi un contrôle *abstrait*. Par cet adjectif, on entend que le contrôle se fait sur une norme de loi, indépendamment de son utilisation dans la pratique judiciaire (avant son application). En réalité, comme me le faisait remarquer Guy Canivet, le Conseil doit anticiper les effets de la loi, car il est invraisemblable ou du moins peu probable que la loi soit *de toute évidence* contraire à la constitution. Dans le cas du contrôle *ex post*, comme dans la QPC, la cour (et j'évite attentivement de dire le juge, car c'est un collège qui décide et non pas un individu) peut voir de plus près les effets possibles de l'application de la norme de loi et peut en apercevoir les conséquences concrètes, qui étaient imprévisibles pour le législateur, qui édicte les lois si je puis dire sous un « voile d'ignorance » en ce qui concerne leurs applications particulières³⁷⁵ (un point déjà souligné par Rousseau). Comme le montre bien la pratique de la CC Italienne, qui a une très longue expérience de jurisprudence de type QPC, dans ce type de saisine qui naît au cours d'un procès, la CC, tout en ayant à juger de la loi et non du conflit spécifique devant lequel se trouve le juge du fond, ne peut pas s'empêcher de considérer les circonstances

³⁷⁵ Voir par exemple la Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984

concrètes dans lesquelles la norme de loi doit être appliquée/utilisée. On veut dire par là que si le langage de la Cour est abstrait – elle juge en fait des normes générales, notamment des lois, car le conflit une fois porté devant elle est un conflit entre normes – la cause, l’origine et le premier public de la décision sont néanmoins le juge du fond et les parties du procès.

La Cour Constitutionnelle Italienne suit dans une large mesure le modèle français que l’on vient de voir concernant la QPC. On peut souligner les aspects de la procédure semblables à ceux de la procédure du CC français : 1. attribution par le président (élu par les membres de la Cour pour une période plutôt courte) de la question de constitutionnalité à un juge rapporteur ; 2. dans 20% des cas, il existe une procédure contradictoire (couteuse à cause de l’honoraire des avocats, mais pas du tout nécessaire) ; 3. la décision de la Cour se fait *one voice* (mais avec indication du nom du juge rapporteur, qui est aussi, en général, le rédacteur de la décision) ; donc, absence, là aussi, d’opinions séparées.

Mais il y a aussi des différences importantes.

- Concernant l’origine – la CC italienne est la première cour constitutionnelle post-autoritaire, après l’expérience autrichienne de 1920 assez tôt interrompue, car la constitution italienne est entrée en vigueur en 1948 ; le contrôle de constitutionnalité fut établi malgré la ferme opposition des tenants du parlementarisme absolu (les libéraux anglophiles et le groupe socialo-communiste de l’assemblée constituante)³⁷⁶ ;
- Absence de contraintes temporelles pesant sur la décision ;
- Rôle central de la délibération collégiale³⁷⁷ ;
- Présence de décisions longues ;
- Typologie des « sentences » qui est spécialement développée.³⁷⁸

Il faut se demander, enfin, quelle est dans tous ces cas la règle d’arrêt, celle qui clôt la délibération. Dans la Cour Suprême américaine, c’est le vote à la majorité pour le dispositif ; il n’existe par contre aucune règle spécifique dans la phase délibérative par échange de *drafts* qui suit la réunion de la *conference*.

En théorie, c’est encore le vote à la majorité dans le cas du CC français et dans les CC italienne et allemande – sauf pour les *Kammern* où il faut l’unanimité des trois juges.³⁷⁹ Mais *de facto* il y a, pour ce qu’on peut en juger de l’extérieur, tendance au consensus, ou à accepter l’opinion la plus partagée.³⁸⁰

³⁷⁶ Voir “L’origine du contrôle de constitutionnalité en Italie: Les débats de l’Assemblée constituante (1946-47), in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, n.1, p. 1-11

³⁷⁷ Sur ce point on peut se rapporter au texte de la CC italienne, ici en appendice.

³⁷⁸ Voir G. Zagrebelsky et V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012, Section VII.

³⁷⁹ Les Chambres sont des formations de trois juges constitutionnels qui décident de la plupart des recours directs.

³⁸⁰ G. Zagrebelsky, *Principi e voti*, Torino, Einaudi, 2005.

La motivation des cours souveraines (2)

Contraintes sur la décision des cours souveraines – le cas de la USSC

La théorie pure et formaliste du droit prétend que la motivation des cours souveraines n'est liée par aucune contrainte³⁸¹. Ce qui prouve seulement que la théorie en question n'est pas en mesure de rendre compte du fonctionnement de ces institutions. Il faut voir pourquoi.

J'ai soutenu la thèse que ces cours font autre chose qu'« appliquer » le droit, malgré le fait que la culture constitutionnelle française veuille croire ou nous faire croire que les juges ne font rien d'autre que des syllogismes juridiques. Elles créent, en fait, du droit. Il existe dans les démocraties constitutionnelles du *judge-made-law*. Les collègues qui, comme Michel Troper, acceptent ce point de vue prétendent en même temps que par conséquent les cours souveraines sont toutes puissantes et qu'elles peuvent faire ce qu'elles veulent.

Je pense que cette conclusion dépend d'une théorie du droit qui, en isolant la pratique du droit de toute réalité sociale, s'empêche de voir l'existence des contraintes qui font des cours des acteurs politiques qui, comme tout acteur du système social, opèrent sous des contraintes plus ou moins importantes. Comme Jon Elster l'a bien montré de manière générale, création et contraintes ne s'opposent pas.³⁸²

Il faut parler en revanche de création du droit sous contraintes.

On peut distinguer contraintes *internes* et contraintes *externes*.

Ceci nous amènera à discuter aussi le concept de délibération dans le cas institutionnel qui nous concerne.

Tout d'abord le *principe de la collégialité* est une contrainte importante. Interne, car elle tient à la structure et au fonctionnement de l'institution en tant que telle. *Il n'y a pas de juge constitutionnel* isolé ou monocratique. La décision et la motivation de celle-ci sont le résultat d'un travail collectif qui engage plusieurs individus qui doivent aboutir à une position commune, au minimum majoritaire et souvent plus que majoritaire, au sein du collège. Le juge constitutionnel au singulier est un acteur imaginé et imaginaire dont parle souvent la théorie du droit (de Dworkin à Troper), mais qui n'existe pas ; il n'existe en revanche qu'un collège qui doit décider, dans le cas des cours constitutionnelles, de questions de constitutionnalité. D'où l'intérêt et l'importance pour nous d'étudier la procédure décisionnelle de ce collège ou comité – un thème auquel la théorie du droit ne semble pas s'intéresser, à tort, mais qui a donné lieu à beaucoup de travaux intéressants en théorie des décisions, qui d'ailleurs, à ma connaissance, ne se sont pas penchés sur les cours (collégiales)³⁸³. Or, la procédure prévoit – dans le modèle qui existe dans la plupart des CC continentales à la différence de ce qui se passe aux Etats-Unis – qu'un membre du collège, le juge rapporteur (dans le cas américain, on l'a vu, celui chargé de l'opinion de la majorité dans la USSC), présente un projet de décision capable de persuader au minimum la majorité des membres de la cour.

On pourrait objecter que la majorité d'une cour constitutionnelle peut en réalité

³⁸¹ Parfois, la théorie pure du droit parle de contraintes juridiques, mais celles-ci ne sont pas claires et on a le sentiment que la théorie est en réalité instable.

³⁸² *Alchemies of mind*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999. .

³⁸³ Après les travaux classiques de Condorcet, on peut rappeler le livre important de Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*. Cambridge, Cambridge University Press, 1958.

décider ce qu'elle veut. Mais remarquons d'abord que dans la plupart des cours que je connais, il n'y a pas (à la différence que de ce qu'on trouve dans une assemblée représentative d'un régime parlementaire) de majorité stable (dans l'USSC il faut avoir l'accord du *median justice*)³⁸⁴. Mais, plus important, sur les décisions des cours suprêmes/constitutionnelles pèsent des contraintes externes.

Avant d'aborder ce sujet, je vais m'arrêter brièvement sur un thème à la mode, celui de la délibération. On peut, me semble-t-il distinguer deux types idéaux de mécanismes de décision collective : le *vote* et la *délibération*.³⁸⁵

On peut appeler décision par *vote* un choix produit en additionnant, avec une règle à définir (majorité absolue, relative, qualifiée, etc.), des décisions individuelles qui sans besoin d'arguments ni d'explications produisent une *binding decision*, un choix qui oblige tous les membres du groupe qui décide (ou même la communauté tout entière pour laquelle un groupe restreint de décideurs a titre à imposer ses choix).

Il est certainement important de distinguer entre vote secret et vote public. Il faut remarquer aussi que souvent les groupes parlementaires font précéder leur vote d'une déclaration (de vote). Il me semble en tout cas que dans un « Etat de partis » (autrement que dans le système parlementaire classique de la Monarchie de Juillet)³⁸⁶, la déclaration de vote est un argument qui s'adresse non pas au public des décideurs, mais à un public externe, les électeurs, ou de manière plus vraisemblable aux militants.

Appelons *délibération* en revanche une modalité de la prise de décision collective (et *binding*) où les individus qui votent (ou même qui décident de ne pas faire recours au vote) doivent justifier leurs choix par des arguments rationnels qui sont liés à des contraintes discursives à qualifier. Par exemple, un juge ne peut pas dire : Je choisis la solution X du litige, car j'ai envie d'aller voir le dernier film de Woody Allen et il faut en finir avec la discussion, ou parce que je suis de gauche, ou parce que je veux rendre un service à mon collègue, le juge Tartempion, qui est un vieux copain. Il est obligé de fournir un autre type de justification de son choix. Par exemple, dans une cour constitutionnelle, trouver un argument qui est tiré de la jurisprudence de la cour³⁸⁷ ou de la constitution. Il faut présenter une interprétation de celle-ci qui soit en mesure de persuader les codécideurs. Contrairement à ce que pensent certains « réalistes », la raison qui pousse le juge à trouver son argument constitutionnel – tout en admettant qu'on puisse la connaître, ce que je tends à nier, du moins d'un point de vue général – n'a aucun intérêt pour la décision collective, seul compte l'argument exprimé, sa force ou sa faiblesse pour les autres codécideurs. La décision et la motivation de celle-ci se produisent dans le champ rhétorique d'une délibération entre experts.

³⁸⁴ Il peut arriver aux Etats-Unis – quoique cela soit rare – que la *Supreme Court* ait une claire majorité *liberal* ou *conservative* (la *Lochner Court* et la *Warren Courts* sont des exemples de ce cas de figure). Mais ceci tient à la spécificité de la nomination des juges à la Cour Suprême et à cette particularité qu'on ne connaît pas en Europe de la nomination à vie.

³⁸⁵ Ici je reprends en partie des idées présentées dans mon article “Voter et délibérer”; in *Revue européenne des sciences sociales*, XLV, 2007, No 136, p. 35-45

³⁸⁶ Qui a été pendant longtemps le modèle à partir duquel on a théorisé et critiqué – notamment Carl Schmitt – la délibération parlementaire.

³⁸⁷ Un exemple remarquable est la décision signée par le juge S. Cassese d'inadmissibilité d'un referendum électoral : *Sentenza* 13/2012, laquelle n'utilise que des précédents de la Cour.

Dans le cadre du processus discursif-délibératif, il faut, d'ailleurs, distinguer entre *conversion* et *compromis*.³⁸⁸ Dans le premier cas de figure, la persuasion argumentative produit un changement (véritable ou non, c'est très difficile à savoir) de celui ou ceux à qui s'adresse l'argument. Dans le second cas, les interlocuteurs s'accordent pour abandonner leurs opinions originaires pour en arriver à une opinion de compromis. Donc, dans le premier cas, le juge X pense *a* et le juge Y *b*, et après délibération Y pense *a* (conversion). Dans le second cas, en revanche, X pense *a* et Y *b*, et après délibération X et Y s'accordent sur *c* (compromis).

Dans les deux cas de figure, il y a eu un changement des positions originaires des décideurs par échange d'arguments. Or, dans ce contexte, le mécanisme du vote peut être utilisé *soit* pour éviter d'éterniser le débat/l'échange d'arguments, *soit* pour que le collectif fasse un point sur l'état de la discussion. Dans ce dernier cas, le vote n'a pas une fonction décisionnelle mais épistémique, il permet au groupe de voir où il en est. En présence d'un compromis, le vote n'est pas vraiment nécessaire – c'est le compromis en fait qui prend la place du vote.

On peut faire valoir qu'il existe un troisième modèle, mixte, lequel ressemble à celui que B. Manin dans son livre sur *Les principes du gouvernement représentatif*³⁸⁹ appelle « démocratie du public ». L'exemple le plus clair de ce modèle est celui des tribunaux populaires athéniens (*dikasteria*). Les jurés ne discutent pas entre eux, donc, *a fortiori*, ils ne délibèrent pas, mais sont exposés à des arguments contradictoires avant une décision prise par vote secret et sur la base du principe de majorité absolue. Ils ne délibèrent pas dans le sens du terme proposé ici, car ils n'échangent pas d'arguments entre eux avant de voter (le vote étant secret), ne cherchent pas à se persuader et ne visent même pas à un compromis, qui est impossible en l'absence d'échange d'arguments.

Mon modèle de délibération a plutôt à voir avec les pratiques du gouvernement mixte dont parle Aristote, qu'avec les institutions de la démocratie athénienne.³⁹⁰

Pour donner un sens à la dichotomie vote - délibération, il faut rappeler qu'il s'agit de *types idéaux* ou de types purs et que, donc, dans la réalité des institutions on trouve souvent un mélange des deux mécanismes. Il me semble néanmoins qu'on a intérêt à distinguer ces deux formes de la prise de décision d'un point de vue analytique, car cette distinction peut nous aider dans la perspective normative que je vais discuter plus loin.

J'en viens donc à la question à laquelle j'ai fait allusion.

Qu'est-ce que j'entends par *contrainte externe* ?

Une CC est un acteur du système politique, et on ne peut pas comprendre son pouvoir et les limites de son pouvoir si on se borne à une pure analyse juridique de ses décisions, ou même à la prise en compte de la procédure de décision de l'institution, réglée par des normes et des conventions, comme on l'a fait jusque là.

Dans une société démocratique, les acteurs politiques principaux sont à côté de la CC elle-même, le Parlement, donc les représentants élus, et l'« opinion publique » (telle qu'elle résulte des sondages d'opinion).

Je prendrai le cas de la Cour Suprême américaine (USSC), que j'ai étudiée de plus

³⁸⁸ Je remercie Annabelle Chelil qui m'a porté à réfléchir sur cette distinction conceptuelle.

³⁸⁹ Calmann-Lévy, 1995.

³⁹⁰ Voir M. H. Hansen, *La démocratie athénienne. A l'époque de Démosthène*, Paris, Le Belles Lettres, 1993.

près de ce point de vue, et qui semble être d'ailleurs la plus puissante, outre qu'elle est la plus ancienne, des cours qui exercent le contrôle de constitutionnalité. Il s'agit d'un contrôle *conventionnel*, car à la différence de ce qui se passe dans la plupart des démocraties constitutionnelles, il n'est pas écrit dans la constitution des États-Unis – ce qui est aussi d'ailleurs le cas d'Israël, et, on le sait moins (à cause des barrières linguistiques) de l'Islande et des Pays Bas, qui *a priori* interdisent même dans leur constitution, qui remonte à 1814, le contrôle de constitutionnalité !

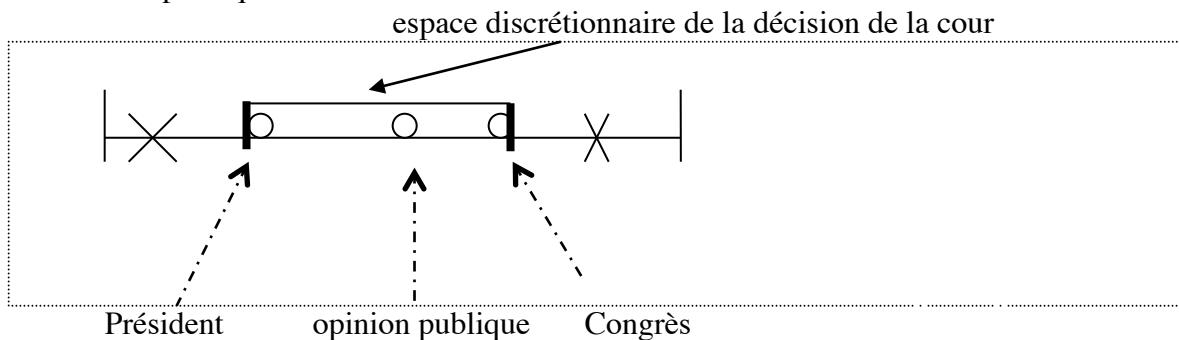
Le système politique américain a un certain nombre de particularités que l'on est obligé de prendre en compte pour comprendre ce que je vais dire.

Les deux plus importantes sont 1. sa structure fédérale et 2. l'indépendance de l'exécutif (*the administration = the president elected and the secretaries of state*) vis-à-vis du Congrès, bicaméral. Aux États-Unis, il n'y a donc pas de responsabilité politique de l'exécutif vis-à-vis du Parlement et différentes formes de *divided government* – l'équivalent de notre *cohabitation* – sont possibles (comme c'est présentement le cas).

Il est donc tout à fait possible que le Président, le Congrès et l'opinion publique aient des préférences politiques différentes.

Fig. 2

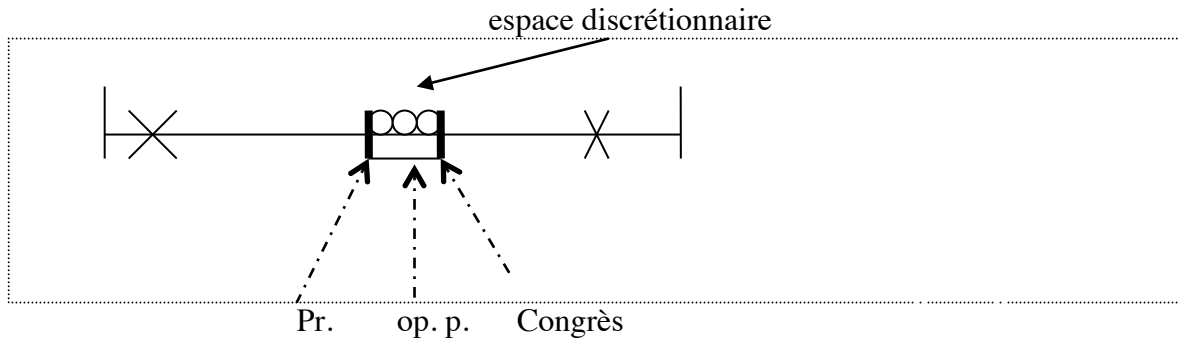
Possibilités politiques :



La distance importante entre les préférences des différents acteurs du système constitue ce qu'on peut appeler l'espace de pouvoir *discrétionnaire* pour la décision de la Cour Suprême. Elle peut décider à peu près comme elle veut sans risques à l'intérieur de ce périmètre, qu'elle ne peut pas tracer et qui lui est imposé par les préférences des autres acteurs politiques.

Si, en revanche, les préférences de nos trois acteurs politiques se resserrent, la Cour Suprême a moins d'espace pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Là aussi, elle est conditionnée par des forces qui sont tout à fait hors de son contrôle.

Fig. 2bis



Une étude empirique systématique devrait pouvoir vérifier cette hypothèse de travail, en tout cas, un certain nombre de cas célèbres que j'ai étudiés de près, semblent confirmer l'hypothèse avancée. On peut notamment faire référence à deux d'entre eux : la décision *Korematsu* (*Korematsu v. United States*, [323 U.S. 214](#) ; 1944)³⁹¹ et celle connue sous le nom de *Youngstown* (*Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 ; 1952)³⁹². Dans le premier cas, la Cour Suprême américaine décida en faveur de la constitutionnalité des mesures d'internement des citoyens d'origine japonaise après l'attaque de Pearl Harbor, ceci dans un contexte où étaient favorables à ces mesures le Président F.D. Roosevelt, le Congrès, une large partie de l'opinion publique et même le gouverneur de Californie Earl Warren. En revanche, la décision du président Truman, pendant la guerre de Corée, d'empêcher la grève des ouvriers d'une usine d'aciérie sous prétexte des exigences supérieures de la guerre, se heurta à l'opposition conjointe du Congrès et de l'opinion publique et fut cassée par la Cour Suprême.

On peut aussi faire observer que si la Cour Suprême, même dans ses compositions moins progressistes, ne revient pas sur la décision *Roe v. Wade* (1973) qui a légalisé l'avortement, ceci tient aussi à la position de l'opinion publique. De même, la Cour Suprême se retient devant l'hypothèse de casser la peine de mort, car l'opinion publique y est (malheureusement) favorable.

³⁹¹ Voir E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, PUF, 2000, p. 507 ss.

³⁹² *Ivi.*, p. 575 ss.

Fig. 3

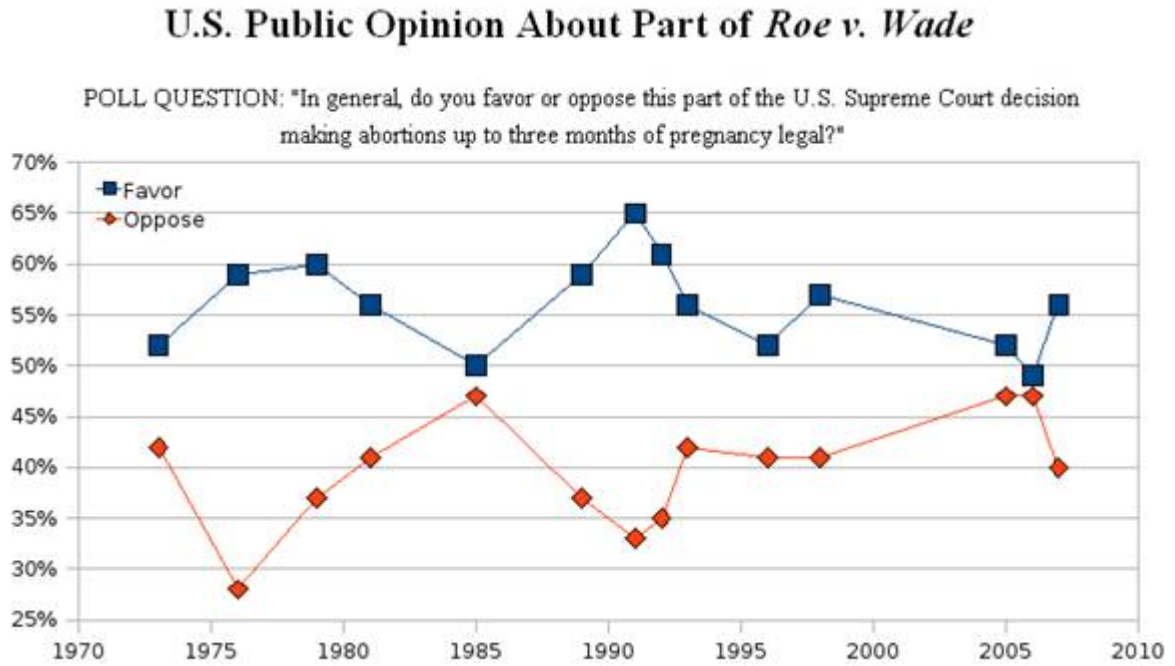


Fig. 4

● New National Poll Shows Decrease in Support for Capital Punishment



La motivation des cours souverains (3) *Justification : une expérience mentale.*

On a vu jusque là que les cours suprêmes et constitutionnelles, plutôt que de se limiter à l'appliquer, produisent du droit, mais ceci sous un ensemble de contraintes qu'il faudrait étudier systématiquement et de manière comparative.

Ces contraintes résultent, comme j'ai essayé de l'expliquer, en même temps 1. de la structure collégiale de l'organe décisionnel, 2. du type d'arguments que l'on peut utiliser dans des débats juridictionnels et enfin 3. de cette circonstance que la CC en tant qu'acteur politique se trouve opérer non pas dans le vide, mais dans un contexte dans lequel d'autres acteurs politiques jouent un rôle essentiel. De sorte que si l'on prétend, comme on le fait dans certaines théories du droit, que les CC peuvent décider ce qu'elle veulent, on dit en même temps *quelque chose qui est vrai jusqu'à un certain point, mais aussi sans intérêt* ; vrai, car bien souvent la constitution ne dicte pas une interprétation univoque, mais aussi sans valeur cognitive sur ce que font ces organes, car les CC n'opèrent pas dans le contexte pur du droit ; comme elles sont des organes politiques (je veux dire que leur décisions ont des effets sur la société - la *polis* - dans laquelle elles opèrent), pour comprendre ce qu'elles font et comment elles décident, on doit considérer l'arène politique dans son ensemble et les règles qui caractérisent leur fonctionnement en tant que collègues décideurs – une analyse que j'ai amorcée dans ce texte.

Je voudrais aborder maintenant la question souvent discutée de la légitimité, ou comme on dit de la légitimité démocratique de ces organes, ou plus simplement de *ce qui en fait une institution souhaitable dans un Etat de droit constitutionnel*, car le mot démocratie, qui est en lui-même déjà peu clair dans l'usage passe-partout qu'on en fait d'habitude, risque de se transformer en un mantra vide, idole d'une religion qui n'a pas de dieu.

Une analyse exhaustive de cette question coïncide avec un projet très ambitieux. Il faudrait revenir dans un tel cadre sur les conceptions de la démocratie et notamment sur les deux versions les plus importantes à mon avis produites au 20^e siècle par deux grands théoriciens tchèques, marqués par l'expérience extraordinaire et tragique de la République de Weimar, je pense évidemment à Joseph Schumpeter et Hans Kelsen.

Pour notre propos, il suffit de remarquer que les grandes théories de la « démocratie des modernes » de Schumpeter à Kelsen, de Sartori à Przeworski ne disent pas grande chose sur cette forme de la démocratie des modernes que la vénérable *Encyclopedia Britannica* à partir des années 1990 définit comme « démocratie constitutionnelle » : le système politique dans lequel un organe non élu et non responsable devant le suffrage peut modifier par son interprétation ou peut, à la limite, casser une loi approuvée, votée à la majorité, par un Parlement élu par les citoyens.

D'où la question posée par des auteurs comme Troper ou Waldron, mais déjà par Carl Schmitt (et aussi Palmiro Togliatti, le chef du Parti Communiste italien, lors des débats de l'Assemblée constituante) de la compatibilité de ces organes avec la démocratie.

On comprend bien que cette question n'a de sens que sur la base de l'assomption, implicite et la plupart du temps non justifiée, qui consiste à réduire la démocratie (l'équivalent du bon gouvernement) à l'« électionisme ». Ce mot inventé par Sieyès et qui n'a pas été accepté dans le vocabulaire politique français (la science politique américaine utilise d'ailleurs le terme d' *electoralism*) ~~veut~~ tend à rabattre la démocratie

sur les élections, libres – pas tout à fait, car elles étaient publiques la plupart du temps jusqu’au 20^e siècle (et, seulement plus tard : compétitives et à suffrage universel). On réduit par cette opération une forme de gouvernement à son critère de légitimité.

Dans la lutte des colonies américaines contre le pouvoir colonial de l’Angleterre, mais plus encore dans celle de la Révolution en France contre l’Ancien Régime, la question de la forme de gouvernement (que les Lumières voulaient modéré et anti-despotique) s’est réduite comme une peau de chagrin à la figure antimonarchique et antinobiliaire de l’autorisation au moyen des élections. Cette réduction ou assimilation, il vaut la peine d’insister sur ce point, avait un double avantage, établissant, d’un côté, une société de citoyens égaux en droit, tout en garantissant, de l’autre, la sélection d’une élite naturelle de la société. B. Manin et P. Rosanvallon ont illustré ces deux aspects du gouvernement représentatif, mélange des principes classiques de l’aristocratie et de la démocratie. On pourrait montrer assez facilement qu’il s’agit là d’une transformation radicale de l’idée classique/aristotélicienne du gouvernement mixte, car si chez l’auteur de la *Politique* la *memigmene politeia* (la constitution mixte) est un mélange des formes institutionnelles propres aux régimes politiques de la démocratie et de l’oligarchie, ceci grâce à la présence dans les organes de gouvernement des *mere tes poleos*, des parties consubstantielles de la cité, le *demos* et les *gnorimoi* (*grandi* et *popolo*, chez Machiavel), en revanche, dans le gouvernement représentatif moderne, le mélange est ramené aux élections - l’élément démocratique - qui (comme l’enseignait Thomas d’Aquin) donnent au peuple le pouvoir de choisir les élites.³⁹³ Or, dans le langage classique, nos gouvernements représentatifs ne sont rien d’autre qu’une aristocratie populaire : à autorisation populaire. On retrouve donc cette réduction de la forme de gouvernement au principe et à la mécanique de l’autorisation.

Le grand effort de Montesquieu et après lui des libéraux français comme Sieyès et avec plus d’évidence Benjamin Constant et Germaine de Staël, cet effort pour créer un gouvernement limité, s’est replié purement et simplement sur la substitution du peuple au roi et, en fait, sur l’intronisation d’une assemblée élue à la place du monarque. Carré de Malberg à la fin de sa vie parlera, pour qualifier cette forme de gouvernement née de la Révolution et établie finalement par la 3^e République, de *parlementarisme absolu*.

Or, cette identification du parlement avec le peuple et sa volonté n’est pas basée seulement sur la vieille figure rhétorique de la *synecdoque* : les représentants d’une partie sont les représentants du tout - une figure rhétorique consubstantielle à la démocratie majoritaire en tant que telle -, mais aussi sur la négation de ce que la science politique américaine appelle *the agency problem*. Par cette expression, on fait référence à la divergence toujours possible entre la volonté et les intérêts des citoyens et ceux de leurs représentants, dyscrasie qui est inscrite dans la nature même du gouvernement représentatif basé sur le rejet des mandats impératifs et sur l’idée du mandat libre des élus.

Laissons pour un instant le ciel de la théorie et les encombrements de l’histoire. Pour rendre plus clair mon propos, je vais citer le résultat d’un sondage :

³⁹³ Sur tout cela, voir, P. Pasquino, “Democracy Ancient and Modern: Divided Power”, in *Athenian Demokratia – Modern Democracy: Tradition and Inspiration*, edited by M.H. Hansen, Entretiens sur l’Antiquité classique de la Fondation Hardt, Vandoeuvres, Genève, 2010, pp. 1-50.

[Le Monde, 2 février 2012]

en dépit des proclamations solennelles, ici ou là, en faveur d'une République "irréprochable" ou "exemplaire", *trois Français sur cinq considèrent que gouvernants et élus confondent de plus en plus souvent leurs intérêts personnels et leurs responsabilités publiques*. La moitié, enfin, jugent qu'ils sont moins "sincères" qu'auparavant, contre 9 % seulement qui estiment qu'ils le sont davantage [c'est moi qui souligne].

On comprend en lisant ces mots ce que l'on entend par *agency problem*. Dans le langage juridique français, on dira qu'on ne peut pas identifier la volonté du mandant avec celle du mandataire.

Que faire ? Il y a tout un courant de la réflexion politique contemporaine qui, sous les noms de démocratie participative ou parfois délibérative, semble suggérer, en tant que correctif au problème d'un gouvernement des élites représentatives, plus d'implication des citoyens dans la gestion ou le gouvernement de la chose publique. Pourquoi pas, pourvu que cela ne se réduise pas à un appel au peuple vague et inarticulé, qui fait à tort l'économie des expériences de pays qui, à différents degrés, de l'Italie à la Californie et aux cantons suisses, connaissent une variété de formes mixtes – ici dans un autre sens de cette expression à la mode mais décidément un peu trop polysémique –, entre le gouvernement représentatif et la démocratie populaire/participative.

La démocratie constitutionnelle, qui s'est implantée petit à petit en occident, mais pas seulement (il suffit de penser à l'Inde, à la Corée du Sud, au Japon et à l'Afrique du Sud), a choisi une forme différente de correctif du parlementarisme absolu³⁹⁴: une forme politique ou un régime que je suggère d'appeler « pouvoir partagé » ou nouvelle séparation des pouvoirs/du pouvoir³⁹⁵.

Quelle est la fonction des CC, et dans quel sens peut-on penser que ces institutions représentent non seulement un élément très important d'une forme politique différente du gouvernement représentatif classique dans sa version de *Parteienstaat*, mais aussi une forme *supérieure* – celle que des citoyens raisonnables et rationnels ont un intérêt à choisir ou à défendre ?

Pour répondre à cette question il faut mettre en question ce que l'on peut appeler la *liberal narrative* du contrôle de constitutionnalité. Celle de quelqu'un comme Ronald Dworkin qui, en prenant comme point d'appui et de référence la Warren Court, la plus progressiste dans l'histoire des EU, prétend que la fonction d'une cour exerçant le contrôle de constitutionnalité consiste à protéger les droits des minorités ou des plus faibles. Il s'agit à mon sens d'une dangereuse demi-vérité qui risque de disqualifier l'institution et de fourvoyer le débat.

Je m'en explique. Il me semble que la fonction d'une CC n'est pas d'être de droite ou de gauche – telle la Warren Court (que d'ailleurs en tant que citoyen j'admire beaucoup). Ce qui est clair et même inévitable, si on étudie tant soit peu l'histoire de ces institutions, c'est que la droite va critiquer toutes les décisions d'une cour constitutionnelle qu'elle n'aime pas parce que progressiste, et que la gauche va faire de même dans le cas de décisions considérées comme plus conservatrices. Beaucoup de

³⁹⁴ Le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas la forme exclusive de correctif de l'*électionisme* ou de la démocratie majoritaire ; il suffit de penser au système constitutionnel italien qui connaît les referendums abrogatifs des lois.

³⁹⁵ J'utilise le singulier car je pense que la doctrine classique de la séparation des pouvoirs est intenable pour les raisons présentées par Kelsen dans sa théorie de l'Etat.

citoyens de gauche n'ont pas aimé la décision du Conseil Constitutionnel sur les nationalisations, ceux de droite beaucoup des décisions récentes du Conseil Constitutionnel : de la garde à vue à la rétention de sûreté, et on peut continuer à l'infini. Il peut même se trouver des individus (d'habitude dans le milieu universitaire) qui se prétendent ni de droite ni de gauche et qui s'instituent en juges de la Cour. Entendons-nous bien, la critique des décisions d'une cour constitutionnelle n'est pas seulement bienvenue, mais dans les pays comme la France, qui pour de bonnes raisons ne connaissent pas le *dissent*, elle est en même temps *bienvenue* et *nécessaire*, si elle est de bonne qualité.

La question n'est pas là, mais à mon avis dans le fait que la CC n'est pas instituée pour protéger les droits d'un groupe particulier de citoyens, mais pour protéger tous les droits garantis par la constitution – droits qui, comme je l'ai dit, peuvent se prêter à des interprétations différentes et qui, à cause de cette inévitable ambiguïté, nécessitent une instance autorisée à trancher ces conflits d'interprétation – car c'est cela d'une manière générale le contenu des décisions des CC : une décision sur un conflit d'interprétation concernant le contenu des droits fondamentaux des citoyens (ou sur le fonctionnement et les compétences des organes constitutionnels – comme dans le cas de l'*Organstreit* allemand).

Mais quelle est la valeur positive de cette institution d'un point de vue normatif ?

Je propose de recourir à une expérience de pensée, *ein Denkexperiment*, du même genre que celle proposée par Hobbes dans son *De cive* (d'après l'explication qu'il en donne dans la deuxième version de son texte, celle de 1647). Je vais utiliser une sorte de langage rawlsien pour mon raisonnement (Rawls d'ailleurs a été énormément influencé par le contractualisme moderne, comme le montrent ses cours de philosophie politique).

Imaginons être des citoyens qui doivent choisir (ou donner leur soutien à) une structure d'autorité politique. Cela implique d'attribuer à des instances, que nous allons *hypothétiquement* mettre en place, le pouvoir de nous donner des ordres – à savoir d'édicter des *binding decisions*, des normes qui nous lient tous, que nous soyons ou non personnellement d'accord avec le contenu des normes en question. Si elles ont une certaine forme, ces ordres prennent le nom de lois. Si nous utilisons un mécanisme d'autorisation qu'on appelle démocratique (les élections), il est inévitable que la majorité puisse autoriser les instances de gouvernement à faire tout ce qu'elles considèrent utile pour promouvoir les intérêts de leurs électeurs dont les élus dépendent pour leur réélection. Cette dimension de synecdoque de la logique démocratique qui fait d'une *partie* (même majoritaire, ce qui est rarement le cas si l'on considère que les lois électorales transforment souvent en une majorité de sièges au parlement une minorité de voix populaires) l'équivalent du *tout* – indépendamment de l'*agency problem* auquel j'ai fait allusion tout à l'heure –, cette circonstance suggère à des individus raisonnables sous un voile d'ignorance concernant la position dans laquelle ils vont se trouver après les élections, (dans la majorité **ou** dans l'opposition), de fixer des limites au principe de majorité³⁹⁶ et donc, au pouvoir des majorités élues.

Ces limites, que nous trouvons déjà chez Hobbes, pour qui le droit à la *self-preservation* ne peut pas être aliéné, sont celles que nous appelons « droits fondamentaux », ou droits constitutionnellement protégés. L'art. 16 de la Déclaration des

³⁹⁶ On peut dire aussi de casser l'axiome de « neutralité » du théorème de May.

droits de l'homme de 1789 prétend que, sans garantie de ces droits, il n'y a pas de constitution (ce qui veut dire dans ce langage que les citoyens retomberaient sous l'empire d'un gouvernement despotique).

Si on me suit jusque là dans mon expérience de pensée, on comprend que je suis en train de reprendre la thèse libérale de Hobbes, d'après laquelle pour des êtres rationnels il n'existe pas d'obligation politique si le droit ou les droits fondamentaux (il dit *naturels*) ne sont pas garantis et protégés.

Je pense évidemment qu'il faut faire un pas supplémentaire pour achever le libéralisme de Hobbes, celui que l'auteur du *Léviathan* (dans un contexte historique tout à fait différent, celui des guerres civiles de religion) ne voulait pas admettre. Et moins *coûteux* que celui proposé par John Locke avec sa doctrine de l'« appel au ciel ». Le raisonnement est le suivant. Si on s'est mis d'accord sur les droits qui doivent être soustraits au pouvoir des majorités démocratiques, on ne peut pas éviter de se rendre compte que des conflits peuvent/vont naître au sein de la société concernant le contenu précis de ces droits, un conflit notamment entre un ou plusieurs citoyens et le gouvernement. Le premier pourra prétendre que le commandement du gouvernement, la loi, transgresse la sphère protégée de ses droits constitutionnels ; il est de l'autre côté très vraisemblable que le gouvernement, la majorité élue prétendent le contraire. Que faire ?

Si le citoyen avait le droit de désobéir à la loi parce qu'il la trouve contraire à ses droits, on aurait une recette parfaite d'anarchie. Tout un chacun pourrait prétexter de l'inconstitutionnalité de n'importe quel commandement, et cela produirait la dissolution de l'Etat. Si, en revanche, le citoyen n'avait aucun moyen de recours à l'encontre des abus possibles du gouvernement, le constitutionnalisme moderne, celui préconisé par l'article 16, n'aurait rien ajouté à la théorie politique du *Léviathan* – sauf la dangereuse autorisation démocratique du pouvoir ; car à l'idée abstraite du consentement, on aurait substitué la pratique concrète des élections.

Il me semble que si sous ce voile d'ignorance concernant notre position future – une expérience de pensée qui n'est pas vraiment imaginaire, car en démocratie l'alternance au pouvoir est consubstantielle au système politique – nous réfléchissons à l'ordre institutionnel qui peut justifier une obligation politique rationnelle et non suicidaire, il nous faut établir une voie de recours en cas de conflit (d'interprétation des droits fondamentaux) entre nous en tant que citoyens et le gouvernement.

Cette voie de recours est l'organe que nous appelons aujourd'hui Cour Constitutionnelle. La raison de présenter les choses de cette manière, qui peut paraître inutilement complexe et tordue, consiste en ceci que tout ce que nous pouvons faire est d'établir cet organe et de définir ses règles de nomination et de fonctionnement, sans aucune certitude qu'il sera de notre côté de plaignants. C'est un peu comme établir l'existence d'un Parlement élu. Cela semble une bonne idée malgré le fait qu'il n'existe aucune garantie que le parlement sera contrôlé par notre parti politique.³⁹⁷

³⁹⁷ On objectera que les membres du Parlement étant élus et responsables devant le suffrage ont une nature différente de celle des juges d'une cour constitutionnelle. Et pour cause. Si les juges constitutionnels étaient eux aussi élus et responsables devant le suffrage, ils risqueraient de n'être pas en mesure de contrôler les élus. Et, surtout, les élus étant responsables sont presque inévitablement partiaux en faveur de leurs électeurs, ce qui n'est pas le cas des organes indépendants du suffrage. On a déjà vu, d'ailleurs, qu'ils ne sont pas tout-puissants et que leur compétence est limitée par les préférences des autres acteurs d'une démocratie constitutionnelle.

Est-ce que cette CC, qui est supposée protéger nos droits, est autre chose qu'une deuxième ou troisième Chambre, qui n'est d'ailleurs pas responsable devant le suffrage, et qui est donc une institution *non démocratique* – dans la perspective et le langage de l'électionisme ?

Il faut s'entendre sur le sens des mots. Si l'on appelle Chambre tout organe qui partage le pouvoir normatif (législatif, comme on le dit d'habitude), il faudra dire que le Président des Etats-Unis est une troisième chambre, mais aussi la Cour de Cassation qui, par l'interprétation des lois, contribue à leur production et fabrique elle aussi du droit.

Je pense et je l'ai déjà répété que la CC est un co-législateur. Je voudrais attirer l'attention sur le fait que c'est exactement l'absence de mandat électoral qui fait d'elle, la CC, l'instrument de *pouvoir partagé* ou de contrepouvoir que cherchent dans un moderne Etat de partis les libéraux, les tenants du gouvernement limité.

L'absence de mandat électoral, permet en principe à ce collègue d'experts de pouvoir éviter deux biais naturels dans les organes élus : la myopie et la partialité.³⁹⁸

Les juges n'ayant pas la possibilité d'être renommés et ne pouvant pas (dans les cours constitutionnelles de type français) bâtir une figure publique, grâce à l'absence des opinions séparées, sont en mesure de répondre aux questions d'interprétation qui leur sont posées avec plus d'autonomie vis-à-vis du gouvernement et des citoyens-électeurs. Ils ont en en sens la possibilité d'une neutralité que le mécanisme électoral exclut, la plupart du temps, dans le cas des organes élus.

Contre cette thèse de la neutralité de la Cour Constitutionnelle, on objecte la vieille lune de l'impossibilité d'un pouvoir neutre. Evidemment, si par pouvoir neutre on entend soit la « bouche de la loi/de la constitution », soit un pouvoir divin d'objectivité absolue, on s'engage dans une mauvaise guerre contre des fantasmes. Ces types de neutralité ou d'objectivité n'existent pas, et l'argument en question tue un homme mort. Ce qui en plus n'est pas très courageux.

Il s'agit, comme dans toutes les choses de ce monde, d'une question de degrés. N'étant pas responsables devant le suffrage, les juges des CC ne sont certes pas de nature divine ni dépourvus d'opinions de toute sorte. Simplement, s'ils sont nommés de manière raisonnable, et pas à vie, et si on réfléchit sur la structure de la délibération collégiale qui guide la production de la motivation, on verra qu'il s'agit d'un bon correctif vis-à-vis de la démocratie majoritaire. Le meilleur, en tout cas, qu'on ait pu trouver aux possibles abus de pouvoir des majorités élues.

³⁹⁸ Voir sur ce dernier point: P. Pasquino, « Le principe de majorité : nature et limites », in La vie des idées, [14-12-2010] : <http://www.laviedesidees.fr/Le-principe-de-majorite-nature-et.html?lang=fr> et « La minorité décisive. Le paradoxe de la démocratie majoritaire », *ivi*, [02-12-2011]: <http://www.laviedesidees.fr/Le-peuple-en-democratie.html?lang=fr>.

APPENDICE

http://www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_324.do#titolo6

6.7 Closed Session

The judges deliberate on how to resolve the cases before them in closed session (*camera di consiglio*), and in total secrecy. The Court normally meets in closed session from 9:30 a.m. to 1:00 p.m. and from 4:00 p.m. to 7:00 p.m., every other week, in conjunction with its public hearings.

It is here that the Court, under the direction of the President, debates the issues to be resolved, frames possible solutions, reaches decisions, and approves opinions. If one considers that in a year there are approximately 18 weeks of closed sessions, from Monday afternoon to Friday, and for every day of sittings the judges meet for up to 6 or 7 hours, one can calculate the amount of time that they spend together in discussion every year!

One can therefore understand the sort of longstanding rapport that grows up among the fifteen constitutional judges, in an environment the rites and rules of which are reminiscent of those of a monastery. After several months, the level of reciprocal understanding (of their respective ideas and of their ways of thinking) tends to become rather intense. Since each judge serves for nine years, one can appreciate that the experience of working in the Constitutional Court leaves a deep impression on the judges, converting the group of fifteen into something more than the sum of its parts: the Court becomes virtually a person in its own right, made up of fifteen people.

During this week of group meetings, the judges normally deal first with the cases discussed in open court, turning next to those dealt with in closed session.

Discussion may last no more than a few minutes in cases where the rapporteur proposes a solution that does not meet with objections, and is therefore immediately adopted by the Court. Or it may last entire days, depending on the complexity or controversial nature of the question at issue.

The judges work with the record and the research material before them, but it must be emphasized that the discussion is not based on a draft opinion already prepared by the *rapporteur* (as occurs in other Courts). Debate begins with a preliminary statement made by the *rapporteur* judge, which highlights any possible problems regarding the threshold admissibility of the question at issue. The report may end with a detailed proposal, or with a list of various possible solutions, depending on the choice of the *rapporteur*.

At this point the other judges may join in the discussion, starting with the question of admissibility and then turning to the merits of the case. If the question is of relatively minor importance, it is likely that only a few judges will speak; otherwise, all will offer their thoughts. In the case of more formal discussion, the judges speak in order of age, starting with the youngest, while the President speaks last. The discussion can continue, if requested, with further observations, objections, and requests for clarification. A judge may request that the discussion be postponed until a later date, or there may be a need to acquire new material in order to examine the matter in more depth. The discussion does not necessarily follow a fixed plan. Much depends on the requests made by the judges, as well as the President's direction of the debate, although he often defers to the desires of his colleagues. The *rapporteur* can reply to other judges' comments, or wait until the end

of the hearing to conclude the debate and offer a final proposal (which does not always coincide with the proposal he presented at the beginning). It is here, above all, that one can measure the efficacy and utility of the group discussion, which can generate objections to the case as presented by the *rapporteur* as well as suggestions for different grounds on which to base the decision.

One must consider that the final decision of the Court consists not only of the formal judgement itself (such as a declaration of unconstitutionality, a declaration that the certified question is unfounded, or declarations that the question itself is inadmissible), but also, and sometimes above all, of the grounds for the decision spelled out in the opinion of the Court. There may be agreement on the ultimate result, but dissent with respect to the grounds for that result. The latter are important primarily because they constitute - more than the judgment itself - the nucleus of the precedents referred to in cases that the Court is called to decide in the same or similar matters in the future; and also because a single judgment might be supported by reasoning that produces different effects. For example, a decision that rejects a constitutional challenge on the grounds that the impugned provision is constitutional is very different from one that declares the same question unfounded because the challenged law should be interpreted in a different way from that indicated by the judge. Therefore, settling on the grounds for a decision is sometimes more important than deciding whether or not the law is unconstitutional. This may account for the determined and protracted nature of some discussions in closed session.

[6.8 Majority Decisions?](#)

Like any other group of thinking heads, the Constitutional Court can find itself divided. With fifteen judges, some dissent is likely, despite the fact that all the judges rely on the same Constitution and that their long hours of collaboration favor the formation of common views. Accordingly, the Court, like other collegial bodies, must arrive at decisions by majority vote. A formal vote is held only when there is a lack of unanimity (for example, in support of the *rapporteur's* proposed resolution) or even a clear majority of similar viewpoints, or if a judge requests such a vote. The President calls the vote, thus bringing deliberations to a close.

The practices of the Court may vary depending on the styles and attitudes of the President and the other judges, but the basic goal is to achieve the broadest possible consensus among the judges. For this reason, discussions are sometimes extended to look for compromise solutions, or at least solutions that avoid sharp divisions within the Court. The compromise can often consist of a decision that does not resolve the question definitively, for example by declaring a certified question inadmissible rather than rejecting it on the merits. Less dramatically, the Court might simply narrow the sweep of the reasoning in its opinion. This practice is probably driven in part by the current lack of a vehicle, such as dissenting opinions which are published in Germany and Spain, for judges to register their disagreement with the majority view.

The general practice of the Court is to accept or reject the *rapporteur's* final proposal. Sometimes, if a preliminary question emerges (e.g., regarding the admissibility of the certified question) the Court first takes a vote on the *rapporteur's* proposal regarding this issue and then, if necessary, on the *rapporteur's* proposal on the merits of the case. If the

rapporteur proposes a series of options, ranking them in order of preference, the Court considers these proposals in the order suggested by the *rapporteur*. This agenda-setting power is perhaps the most significant power in the hands of the *rapporteur*, whose personality can at times contribute to the formation of a majority in support of his proposal.

All judges present during the deliberations must vote for or against any proposal put to the vote; they may not abstain. Furthermore, all the judges present at the beginning of the discussion on a case, either at the public hearing or in closed session, must take part in deliberations until the end and cannot, as is often the case in political assemblies, "leave the room" to effectively abstain from voting. Finally, the composition of the Court cannot change during the discussion of a case.

If the Court is made up of an even number of judges and the vote is evenly split, then the outcome is determined by the vote of the President (or whoever presides over the sitting). This is the only occasion when the President exercises any power greater than that of the other judges. In all other circumstances, his vote is worth the same as that of the others. His influence naturally derives from his authority vis-à-vis his colleagues, but there are no internal hierarchies within the Court, only varying personalities and opinions.

6.9 Drafting the Judgement of the Court

The proceedings do not come to an end with the decision of the Court or vote of the Court in its closed conference. The judgment only becomes final when it has been drafted, approved, and signed, and the original has been filed with the clerk's office.

The phase following the decision is thus very important and is where the grounds on which the judgment is based take shape. It can last anywhere from two weeks to several months, though the average is two months.

Normally the judge who has served as the *rapporteur* on a case is responsible for drafting the opinion of the Court, and is known as the *giudice redattore*, or author of the opinion. Not infrequently, the *rapporteur* may be in the minority, but the general practice is nevertheless for him to draft the Court's opinion along the lines of the majority view. On the rare occasions when the dissenting *rapporteur* prefers not to write the Court's opinion, the President entrusts the task to another judge from among the majority, unless he chooses to draft it himself.

6.10 Reading the Judgement

If the Court decides to dismiss a question as "manifestly inadmissible" as a preliminary matter, or to reject it as "manifestly unfounded" on the merits, the author of the opinion drafts a brief order known as an *ordinanza* which is circulated among the members of the Court. If there are no objections, in writing or otherwise, within several days of circulation of the draft, the order is signed by the President and the author of the opinion, and filed with the clerk's office, thus becoming final and public. Until a final text is reached, however, any judge is entitled to offer comments and propose changes to the opinion.

If the decision of the Court reaches the merits and therefore is memorialized in a detailed opinion, known as a *sentenza*, the author distributes his draft to all the constitutional

judges. The judges later review the draft opinion together during a chamber conference. The author reads aloud the portion of the opinion that contains the legal analysis for the Court's decision (not the background section that sets forth the facts and the parties' arguments).

At the end of the reading, the judges (each of whom has a written copy of the text) voice their comments or objections, beginning with the general structure of the opinion, and then systematically work through each page of the draft. They discuss whether to change, add, or delete arguments, sentences, and even single words, until agreement is reached, or at least an opinion is finalized at least to the satisfaction of a majority. In cases where the majority does not agree with the draft, the author may be asked to submit another draft, or to change or add some portion. In such circumstances, the reading is postponed until a new draft is circulated.

It is therefore clear that the judges collaborate closely and engage in wide-ranging discussions in the course of drafting opinions. Even those judges who are in the minority may ask that the published opinion reflect their concerns to a certain extent. Some opinions are true compromises, while others may simply be free of any statements that may engender particular controversy among the judges. This can sometimes lead—as critical observers are quick to note—to opinions that are less than clear or more laconic, with reasoning that is more elusive than if a broader consensus had been reached.

It is important to realize that each published opinion of the Court is the product of a collaborative effort of all the judges, and not simply the opinion of an individual author. Indeed, the author may have dissented from the majority view embodied in the final opinion. In drafting the opinion, the reporting judge tries to reflect the opinions of the other judges and to encapsulate what emerged from the discussions of the Court. Commentators often err in personalizing the opinions of the Court, by crediting (or blaming) the author with their content, as if the opinions and arguments presented in them were his alone, rather than those of the Court as a whole.

Naturally, given that a single judge writes the initial draft, it retains his stylistic imprint, and the structure of its reasoning will tend to reflect the one he proposed (which, in turn, is always based on the collective will of the Court). Yet it is fairly common for the final text to contain less than what the author originally proposed, because points with which other judges disagreed may have been discarded, or because additional passages, reasoning, or nuances of argument that the author had not originally included, but which arose in the course of group deliberations.

This way of proceeding explains why the Court may spend more time debating the content of its opinion than debating how the case should be decided. In constitutional cases, the court's reasoning may be as essential as the result it reaches.

This two-step decision making process, which involves debate on both the ultimate result to be reached and the written opinion to be issued, means that the final decision of the Court exists, juridically, only after the final opinion is adopted, signed and filed with the clerk's office of the Court. Until that time, the Court can revisit its initial decision, altering or even reversing it if, in later discussions, it becomes clear that the decision was incorrect. In drafting the opinion, the author may realise that there are logical or legal difficulties with the decision of the Court, or objections which were not initially taken into account. In such cases he can propose that the decision be amended. The general practice of the Court is to allow its decisions to stand - especially if a vote has been taken,

regardless of whether the decision was unanimous or supported only by a majority - unless none of the members of the college object to the modification. If the Court were less rigid, the decision making process might be never-ending.

6.11 Dissenting Opinions

Constitutional Courts or judicial bodies in other countries allow for their members who dissent from the result reached in a given case, or even only on the grounds for that result, to draft and publish their own written dissenting or concurring opinions together with the decision of the Court. In Anglo-Saxon countries this is a result of a tradition whereby the legal decisions of collegial bodies consisted not of a unitary text, but are the sum of individual opinions drafted by each judge. In countries with other traditions, opinions or votes which differ from those of the majority also find room for expression. The jurisprudence of these courts thus includes not only the view of the majority, but also dissenting or other views. With the passage of time, a majority of the Court may eventually adopt the views expressed in an earlier dissenting opinion, allowing for the gradual evolution of case law.

To date, such a practice has not been permitted in Italy, where the traditional ideal of a unified and impersonal judicial opinion still prevails even if in practice the Court's opinions are the product of a collaborative decision-making process in which not all judges necessarily agree with the majority view. Moreover, strict secrecy surrounds the Court's deliberations, including differences of opinion that are voiced by judges, proposals made but rejected, and legal arguments not contained in the final opinion. When the newspapers report that the Court was split along certain lines, or that a decision was made by a particular majority, they are doing so solely on the basis of leaks or pure supposition. Officially, one cannot know whether a decision was made unanimously or by majority vote, by how great a majority, or how individual judges voted.

For some time there has been discussion, in both academic and legislative circles, and within the Court itself, about whether or not it would be appropriate to introduce the practice of publishing dissenting opinions, and of ways in which this could be done. There is disagreement about the wisdom of such an innovation.

One argument for allowing dissenting opinions is that they would encourage clearer majority opinions, because they would need to respond directly to the arguments presented by the dissenters. Moreover, criticism of the decisions of the Court might move away from simplistic claims that the judges had simply prejudged the issues, and towards reasoned debates focusing on substantive legal arguments. This would dispel the notion that a group of judges may have prevailed based solely on their force of numbers, or based on preconceived ideas.

On the other hand, some fear that dissenting opinions would lead to an excessive "personalization" of constitutional judgments, to the exposure of individual judges to external pressures, as well as to undermining the authority of the decisions of the Court and a reduced incentive for judges to seek the broadest possible consensus for the decisions of the Court.

Table des matières

Rapport de Mathilde Cohen	3
Introduction	6
1— Définition de l'objet de recherche	6
2— Quelles cours souveraines ?	9
3— Méthodologie	12
Chapitre 1 : Histoire et théorie de la notion de motivation	16
1— Hypothèse socio-théorique : l'essor de la motivation, indissociable de l'essor des cours souveraines.....	16
2— La position spécifique des cours souveraines.....	20
3— Petite histoire de la motivation	22
1— Sur l'histoire tortueuse du principe de motivation en droit français.....	22
2— Le principe de motivation depuis la Révolution française.....	30
3— Conséquence de cette histoire sur la motivation à la française	32
4— Une fonction de communication de la motivation	34
1— Communication interne.....	35
2— Communication externe.....	37
Chapitre 2 : Deux types de cultures organisationnelles internes aux cours souveraines	41
I— De la motivation comme notion juridique à la motivation comme production professionnelle.....	41
II— La culture organisationnelle <i>ex ante</i>.....	46
1— L'instruction : une phase individuelle ou par « petit groupe » ?.....	46
2— Une phase collective : réunions, audience, délibéré.....	58
III— La culture organisationnelle <i>ex post</i>	67
2— La phase collective : certiorari, audience publique, et délibéré.....	71
3— La motivation par petit groupe	76
Chapitre 3 : Enjeux et problèmes communs.....	83
I— Désaccord interne ou désaccord externe : où se trouve la collégialité?.....	83
1— Une dialectique entre l'influence de chaque juge considéré individuellement et l'influence collective du collègue	83
2— Désaccord interne et désaccord externe	88
II— Des juges auteurs ou éditeurs ?	89
1— L'avènement des juges-éditeurs.....	90
2— Pourquoi les juges du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation restent-ils des auteurs ?	95
L'importance du profil socio-professionnel des juges.....	96
III— Motiver moins ou motiver mieux ?	101
1— Sélection discrétionnaire des requêtes	103
2— Filtrage partiel et aiguillage des dossiers vers différents niveaux de traitements	105
IV— Le cas particulier des cours internationales : la motivation comme instrument d'uniformisation	109
1— Éléments de diversité.....	109
2— La motivation comme facteur d'uniformisation	110
Conclusion.....	116

Bibliographie	117
Rapport de Pasquale Pasquino	128