
La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)

Mariana Almeida Kato

 <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=349>

DOI : 10.35562/droit-public-compare.349

Référence électronique

Mariana Almeida Kato, « La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis) », *Droit Public Comparé* [En ligne], 2 | 2024, mis en ligne le 26 juin 2024, consulté le 01 juillet 2024. URL : <https://publications-prairial.fr/droit-public-compare/index.php?id=349>

Droits d'auteur

CC BY-SA 4.0

La transparence de la justice constitutionnelle : une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)

Mariana Almeida Kato

PLAN

1. Comparer pour démultiplier le regard sur l'objet étudié : la diversité des systèmes juridiques analysés
 - 1.1. L'étude de différents styles de justice constitutionnelle
 - 1.2. L'étude de différents niveaux de transparence
2. Comparer pour approfondir le regard sur l'objet étudié : la portée des résultats obtenus
 - 2.1. La dimension culturelle de la transparence
 - 2.2. Les limites de la transparence

TEXTE

- 1 Quoi comparer, pourquoi comparer et comment comparer ? Tout chercheur en droit comparé se voit confronté à ces trois questions interdépendantes. Le choix d'un système juridique amène au choix d'un objet à étudier et *vice versa* ; le choix de l'objet est souvent associé à une interrogation de départ où se dissimulent déjà des objectifs à atteindre (la connaissance, la recherche de la *meilleure* solution juridique, des emprunts juridiques, etc.) ; enfin, ces choix sont à la fois déterminants pour la méthode à être retenue et déterminés par elle. La réponse à chacune de ces questions dépend en effet de l'approche comparatiste adoptée par le chercheur, laquelle n'est pas dissociée de sa vision du droit.
- 2 La doctrine comparatiste est assez diverse. On distingue traditionnellement trois courants : l'universaliste, selon lequel le droit comparé est un instrument qui « permet d'unifier des droits différents ou d'anticiper l'unification (ou, à défaut, l'homogénéisation) inhérente à l'évolution des systèmes juridiques globalement considérés¹ » ; le fonctionnaliste, qui voit dans le droit comparé un instrument permettant de faire émerger la meilleure solution pour un problème juridique² ; et, enfin, le courant

culturaliste ou *contextualiste*, qui tend à concentrer l'analyse sur les aspects extrajuridiques des systèmes juridiques³. Toutes ces méthodes impliquent des choix qui prêtent le flanc à la critique : faire reposer l'analyse essentiellement sur les similarités entre les systèmes juridiques⁴, attribuer une place secondaire ou trop importante au contexte dans lequel les droits s'inscrivent⁵, ne pas être suffisamment adaptées au droit public⁶ ou enfin ne pas proposer une méthode spécifique⁷. Plutôt qu'une réponse universelle aux questions soulevées, ce qui existe ce sont des méthodes et des objectifs qui sont propres à chaque recherche et qu'il faut que tout chercheur explicite dans son travail⁸.

3 Une esquisse de réponse à ces questions se dessine souvent en parallèle au choix du sujet à traiter, mais c'est seulement au moment où la recherche commence à prendre forme qu'il devient possible d'établir de manière plus précise la démarche comparative qu'il paraît pertinent d'adopter. En effet, ce n'est qu'au moment où la démarche comparative a déjà commencé – dans le sens de la découverte du droit de l'« autre » – que l'on s'aperçoit plus concrètement des possibilités de la comparaison. Le travail de découverte de l'approche comparatiste adoptée n'est ainsi pas dissocié de la découverte de l'objet de la recherche. C'est pourquoi, afin d'explicitier la démarche comparative retenue, il convient de situer la présente recherche dans le temps, en restituant ainsi le processus de découverte de l'objet de la thèse.

4 L'intitulé de la thèse – *La transparence de la justice constitutionnelle, une étude de droit comparé (France, Brésil, États-Unis)* – désigne les trois éléments constitutifs de l'objet de la recherche : la transparence, la justice constitutionnelle et le droit comparé. Les deux premiers termes indiquent la thématique : la transparence dans le domaine spécifique de la justice constitutionnelle ; le dernier indique l'approche retenue. Plus précisément, cet intitulé révèle que l'étude confronte un objet spécifique – la transparence de la justice constitutionnelle – dans des contextes géographiques, juridiques et culturels distincts et que nous accordons à cette comparaison une place prépondérante.

5 Le choix du sujet de la transparence de la justice constitutionnelle est né de deux sentiments : l'étonnement et la naïveté. L'étonnement,

d'abord, de constater que le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel – au contraire d'autres juridictions constitutionnelles dans le monde – se caractérisait, ou plutôt se caractérise par le secret. Et la naïveté, ensuite, de penser que, puisque le Tribunal fédéral suprême brésilien – tout à l'opposé du Conseil constitutionnel – a su faire de la transparence sa marque, il pourrait servir d'exemple. Ainsi, avons-nous rédigé en 2016 un mémoire de recherche sur la transparence de la justice constitutionnelle brésilienne, avec cette intention naïve d'en montrer tous les bienfaits pour la justice constitutionnelle. L'idée de réaliser une étude comparative avec la France est venue, mais a été déconseillée : le Conseil constitutionnel était bien trop secret pour faire l'objet d'une étude sur la transparence. Or, comme il est souvent inévitable dans un travail de recherche, celui-ci s'achève sur beaucoup moins de certitudes qu'au départ. La transparence, fréquemment assimilée à la lumière, est une lumière parfois aveuglante et nous étions tombés dans le piège du « transparence-marketing », si brillamment mis en avant par le juge constitutionnel brésilien. L'objectif de départ : présenter un *meilleur* modèle de transparence, ne résistait pas à une analyse plus approfondie de la réalité de la justice constitutionnelle brésilienne.

- 6 La poursuite de cette recherche s'est donc imposée dans le cadre du doctorat, mais, cette fois, avec plus d'interrogations que de certitudes. Il fallait ainsi commencer la thèse en revenant en arrière. Plutôt que de partir d'un postulat pour ensuite faire une démonstration, c'est le chemin inverse qui a été emprunté : partir d'une – ou plutôt de plusieurs – interrogation(s) pour arriver à une conclusion. Il ne s'agissait plus de chercher à présenter la *meilleure* solution, mais de mobiliser le droit comparé comme un outil épistémologique permettant de mieux comprendre, et surtout de façon critique, notre objet d'étude. Les juridictions constitutionnelles sont-elles transparentes ? Doivent-elles l'être ? Comment cette exigence, qui émerge dans un contexte politique, s'adapte-t-elle à la justice constitutionnelle ? Comment la transparence peut-elle être conciliable avec d'autres principes applicables en la matière, comme l'impartialité ou le devoir de réserve ? Quels en sont les conséquences, les bénéfices et les dangers ? Quelles en sont les limites ?

- 7 Pour répondre à ces questions, un travail de recherche préliminaire était indispensable, afin de comprendre ce qu'est la transparence – une notion porteuse d'autant de contradictions que de significations – et de recenser tous les aspects relatifs à la justice constitutionnelle qui pourraient lui être associés, soit en raison d'une référence explicite dans les textes juridiques, soit en raison de la référence à la transparence dans les discours produits par la doctrine, les juges ou les médias. Plusieurs sujets ont été ainsi identifiés : la motivation, la publicité des audiences et de la délibération, la procédure de nomination des juges, la gestion administrative et budgétaire, le choix du rapporteur, les collaborateurs, l'accès aux archives, les interventions extérieures, les décisions de déport et de récusation, la communication institutionnelle et personnelle.
- 8 À l'issue de cette recherche préliminaire, nous avons pris deux décisions relatives au périmètre de la recherche et qui se sont révélées déterminantes pour les résultats obtenus. En premier lieu, il a été décidé de ne pas borner la notion de transparence. Ce qui lui donne sa richesse c'est justement son aspect protéiforme, ses contradictions et ses tensions internes. Plutôt que tenter de les effacer, il fallait les accepter pour pouvoir appréhender la transparence de façon critique et ne pas tomber dans le piège de croire à une transparence qui ne serait porteuse que de vertus. En second lieu, il a été également décidé de ne pas limiter l'étude aux seules incidences de la transparence dans le contentieux constitutionnel, car, si l'étude portait sur la transparence de la justice constitutionnelle, il fallait étudier toutes ses différentes manifestations.
- 9 La recherche a ainsi été orientée vers un terrain plus original puisque, outre les sujets classiques, ont été étudiés les aspects relatifs à la vie des juridictions, les pratiques qui se sont installées et ont des conséquences sur le droit lui-même et qui pourtant sont moins fréquemment traitées dans une étude juridique. Si, pour citer Jean Carbonnier, « en général, la transparence est un effet de la contrainte, de la contrainte du droit⁹ », elle se développe parfois à l'écart de toute contrainte et cet aspect ne pouvait pas être ignoré. La transparence n'existe pas exclusivement à travers le droit, dans certains cas elle apparaît indépendamment puisque, avant d'être une

norme juridique, la transparence est un comportement ou la qualité de quelqu'un. L'étude devait ainsi porter sur la transparence en tant que norme juridique, mais aussi sur la transparence en tant que comportement et la transparence en tant que jugement de valeur.

10 Cela dit, il ne s'agissait pas d'entreprendre une étude approfondie sur tous les aspects extrajuridiques qui déterminent la transparence, puisque nous reconnaissons bien les limites et les difficultés d'une telle prétention, et encore plus les limites de notre formation en tant que juriste. Nous avons, par conséquent, restreint notre analyse aux aspects que nous pouvons saisir dans une étude juridique : les textes relatifs à la transparence, les éléments relatifs au mode de fonctionnement de la justice constitutionnelle et les différents discours qui sont produits par les juges constitutionnels et à propos de ceux-ci.

11 Ces décisions prises au début de la recherche ont favorisé un recul important à propos de l'objet d'étude et ont permis d'étudier tous les différents aspects de la transparence. Tout en imposant un regard critique sur le sujet, cet angle d'analyse nous a permis d'en saisir toute la dynamique et de mieux comprendre l'apport de la transparence pour la justice constitutionnelle. Ainsi, le caractère parfois stratégique et illusoire de la transparence n'a été ni évacué ni minimisé dans la thèse, puisqu'il ne s'agissait pas d'un plaidoyer en faveur de la transparence de la justice constitutionnelle, mais d'une étude censée présenter toutes les facettes de cette notion dont les contours sont souvent obscurs.

12 Cette démarche s'est enfin inscrite dans une étude comparatiste portant sur la France, le Brésil et les États-Unis – un autre choix qui s'est avéré également déterminant pour cette étude. En effet, pour un sujet si pluriel et si protéiforme, quoi de plus adapté que le droit comparé ? C'est donc sous l'angle de l'apport du droit comparé dans une recherche sur la transparence de la justice constitutionnelle que ce travail sera présenté, tout en espérant convaincre d'autres juristes de l'utilité de la démarche comparative pour une étude de la justice constitutionnelle (et notamment d'une démarche qui invite à naviguer vers les terres plus lointaines de l'Amérique latine...).

13 Dans cette thèse, le choix du droit comparé a permis de diversifier le regard porté sur la transparence de la justice constitutionnelle en

confrontant trois systèmes juridiques extrêmement différents, dont un particulièrement inconnu du public français (1.). Une diversité qui, paradoxalement, a rendu possible la proposition d'une étude de droit comparé qui s'éloigne d'une approche purement descriptive afin d'offrir une réflexion plus générale à propos de la transparence de la justice constitutionnelle (2.).

1. Comparer pour démultiplier le regard sur l'objet étudié : la diversité des systèmes juridiques analysés

- 14 Le choix des systèmes juridiques s'inscrit dans une volonté de multiplier les points de vue sur la transparence et de favoriser ainsi une approche plus critique du sujet. Puisque c'est dans le contraste que l'on voit plus clairement, ce choix porte sur les différences, mais sans pourtant abandonner la nécessité de trouver les similitudes qui rendent possible la comparaison : l'existence d'une juridiction chargée spécialement de rendre la justice constitutionnelle (1.1.) et l'actualité de débats relatifs à sa transparence (1.2.).

1.1. L'étude de différents styles de justice constitutionnelle

- 15 La question la plus récurrente à laquelle nous étions confrontés pendant cette recherche était celle relative à la possibilité de la comparaison. Pour reprendre l'expression de Marcel Détiene, comment « comparer l'incomparable¹⁰ » ? Derrière cette question se cachait néanmoins une approche spécifique du droit comparé. En effet, ce n'est que dans une approche plus formelle du droit comparé – comme c'est le cas, par exemple, chez les fonctionnalistes – que l'importance des différences constitue un obstacle pour la comparaison. Pour les contextualistes le scepticisme ne concerne pas la possibilité de la comparaison, mais la possibilité d'une convergence. Pour revenir à la question de départ, « comparer l'incomparable » n'est pas un constat de fait, mais un jugement de

valeur qui révèle non seulement une approche plus formelle du droit comparé, mais qui tend également à centrer le regard plutôt sur la profondeur des divergences que sur l'intérêt d'une étude sur celles-ci.

16 Plusieurs arguments étaient opposables à ceux qui doutaient de la possibilité même de la comparaison entre trois systèmes juridiques et trois styles de justice constitutionnelle si différents. Tout d'abord, à s'en tenir au sens du mot « comparer », il faut admettre que le simple constat d'une différence entre les systèmes présuppose un exercice de comparaison. En ce sens, rien ne serait *a priori* incomparable : la question ne devrait pas porter sur la possibilité de la comparaison, mais sur sa pertinence. Deuxièmement, il est possible d'admettre que, s'il est vrai que la comparaison sur des objets qui n'ont aucun point en commun est difficilement pertinente, cela n'était pas le cas ici puisque, malgré les divergences, un fond commun permettant la comparaison était toujours présent. Il suffit de penser, par exemple, à l'existence dans les trois systèmes juridiques d'un contrôle de constitutionnalité des lois, de l'obligation de publicité des décisions de justice, de l'existence d'une procédure de récusation, etc. L'importance des divergences peut être ce qui se révèle aux yeux à première vue, mais un regard plus approfondi constate que ces divergences – si elles existent et sont importantes – coexistent avec des similitudes tout aussi importantes. Enfin, nous pouvons également arguer que c'est de la divergence qu'est né l'intérêt de la comparaison : une étude portant sur des systèmes juridiques parfaitement identiques n'aurait aucun intérêt.

17 Plus concrètement, dans cette thèse, le choix des États à comparer a permis de situer la transparence dans des contextes bien différents. Tout d'abord, quant au type de système juridique, puisque nous avons comparé un pays s'inscrivant dans la tradition de la *common law*, un pays européen s'inscrivant dans la tradition de la *civil law* et un pays d'Amérique latine dont le contexte juridique est particulier et ne se rattache précisément à aucun système juridique traditionnel¹¹. En deuxième, nous constatons également une diversité relative aux caractéristiques de la justice constitutionnelle. Quant à cet aspect, la justice constitutionnelle en droit comparé est souvent étudiée selon la perspective de modèles¹². Les distinctions se font classiquement entre le type de contrôle (*a posteriori* ou *a priori*, diffus ou concentré,

concret ou abstrait), le type de saisine (par voie d'exception ou par voie d'action) et les effets des décisions (*inter partes* ou *erga omnes*)¹³. L'objectif de la modélisation est, justement, à partir des abstractions, d'organiser les différences entre les systèmes juridiques et par là rendre possible la comparaison.

18 Toutefois, depuis longtemps la doctrine s'interroge sur la pertinence de cette modélisation¹⁴ : peu adaptée à la réalité de pays situés en dehors de l'espace géographique des États-Unis et de l'Europe, comme le Brésil, elle tend, dans tous les cas, à effacer les particularités de chaque système juridique, particularités qui sont déterminantes pour la façon dont le droit est construit. Plutôt donc que créer une nouvelle catégorie dans cette modélisation, il fallait l'abandonner. Le dépassement de ce cadre a conduit à accepter le fait que la justice constitutionnelle est historiquement et politiquement enracinée, qu'il n'y a pas de *modèles* de justice constitutionnelle, mais plutôt des *styles* de justice constitutionnelle qui sont propres à chaque système juridique¹⁵.

19 Ainsi, au lieu de neutraliser les différences, comme c'est le propre d'un travail à partir des modèles, cela a conduit au chemin inverse : c'est-à-dire à approfondir l'étude des différences entre les systèmes juridiques traités, et plus spécifiquement concernant la justice constitutionnelle. Or, c'est justement la confrontation de ces différentes réalités qui a permis la richesse de cette étude : nous avons à traiter trois styles de justice constitutionnelle, chacune insérée dans un contexte juridique et politique bien spécifique, et chacune avec une réponse particulière à des exigences similaires de transparence.

1.2. L'étude de différents niveaux de transparence

20 Le choix des États à comparer n'a pas seulement permis de contextualiser la transparence dans trois cadres juridiques bien divers, il a également permis d'analyser différents niveaux de transparence de la justice constitutionnelle et d'apprécier plus concrètement son apport. S'il était possible de mesurer la transparence de façon objective, le choix de ces trois systèmes juridiques a permis de vérifier les conséquences de son absence, de

son excès et de ses insuffisances – chacun de ces niveaux étant respectivement associé à une conception spécifique de justice constitutionnelle. Pour le dire autrement, l'étude de la transparence de la justice constitutionnelle a consisté plus largement à analyser différents styles de justice constitutionnelle – d'où l'avantage de l'approche comparatiste : elle permet de comprendre cette dimension plus générale de la transparence et de dégager non pas une, mais des conceptions de la transparence, associées à différentes conceptions de la justice constitutionnelle.

- 21 Tout d'abord, il s'avérerait pertinent d'inclure dans l'analyse un système juridique dans lequel la transparence de la justice constitutionnelle suscite des débats doctrinaux plus importants, ce qui est le cas des États-Unis où de nombreux articles ont déjà été publiés sur ce sujet¹⁶. Outre l'apport doctrinal pour l'étude de la transparence, la profondeur historique de son expérience fait de la Cour suprême un champ d'analyse important pour plusieurs sujets comme, par exemple, celui relatif aux *amici curie*¹⁷.
- 22 Ensuite, il paraissait également pertinent d'étudier un ordre juridique où la transparence fait l'objet de contestations, comme au Tribunal fédéral suprême brésilien, où les pratiques dites de transparence ne trouvent pas d'équivalent ailleurs et commencent désormais à faire l'objet de critiques. En effet, la portée et l'ampleur de la transparence dépendent de la volonté et de l'action de ses acteurs : il s'agit d'un domaine construit dans une dialectique entre les normes et la pratique. Et, sur ce point, le Brésil est un champ d'études important dans la mesure où le juge constitutionnel n'hésite pas à faire usage de la transparence pour réaffirmer son pouvoir.
- 23 L'exemple le plus cité pour démontrer l'ampleur de ces pratiques est celui relatif à la publicité des séances de jugement du Tribunal (lesquelles comprennent les audiences et les délibérations) et qui sont, depuis 2003, retransmises en direct sur la TV Justiça et aujourd'hui également sur sa chaîne YouTube. Mais au-delà de cet aspect, plusieurs autres exemples attestent l'ouverture du juge constitutionnel brésilien à la transparence : l'intense communication qu'il développe sur différents réseaux sociaux (Twitter, YouTube, Facebook, Instagram, TikTok), les rapports que certains membres entretiennent avec les journalistes, la publication sur son site internet

de toutes les recettes et dépenses (y compris les salaires de ses membres et de tout le personnel), l'accès en ligne aux documents des saisines dès leur dépôt, etc. Si l'apport de la Cour suprême consiste surtout en la richesse de certains débats doctrinaux, ce qui favorise une réflexion théorique plus importante, le Tribunal fédéral suprême se singularise lui par la richesse de ses pratiques, nous permettant ainsi d'apprécier plus concrètement les conséquences de la transparence.

- 24 Enfin, en contraste avec les cas précédents, il semblait également pertinent de les confronter avec un système juridique dans lequel la transparence est loin de caractériser la justice constitutionnelle, d'où le choix du Conseil constitutionnel. Certes, entre le début et la fin de la thèse, plusieurs réformes ont été menées par le Conseil, notamment concernant la publicité des portes étroites, ou encore en matière de communication. Plus récemment, un règlement relatif au contrôle de constitutionnalité a priori a même été publié¹⁸. Mais cette évolution, quoiqu'importante, n'anéantit pas la critique ni le fait que – surtout dans une perspective comparatiste – le Conseil constitutionnel se démarque davantage par son opacité que par sa transparence.
- 25 Cette confrontation d'expériences si différentes ne va toutefois pas sans difficulté, et c'est peut-être plutôt en cela que la comparaison entre ces trois systèmes juridiques peut interroger quant à sa faisabilité. Outre la gestion d'un volume de documents assez important à analyser et les problèmes de traduction, la principale difficulté était de parvenir à un traitement équilibré et harmonisé de ces trois systèmes juridiques si divergents. Les pratiques et le mode de fonctionnement du Conseil constitutionnel ont ainsi contrasté de multiples fois avec ceux de la Cour suprême des États-Unis et du Tribunal fédéral suprême du Brésil, et ce dernier s'est à plusieurs reprises distingué de ses homologues en raison de l'intensité – parfois très critiquable – de sa transparence.
- 26 Mais une fois cette difficulté surmontée (ou plutôt acceptée), la confrontation des expériences si divergentes a permis d'approfondir la réflexion. Pour synthétiser, c'est en embrassant, dans toute leur ampleur, les divergences entre les systèmes juridiques étudiés que la comparaison est devenue possible.

2. Comparer pour approfondir le regard sur l'objet étudié : la portée des résultats obtenus

- 27 Le comparatiste, s'il souhaite dépasser une analyse purement descriptive des droits étudiés, ne doit pas se limiter à constater les divergences ou les similitudes entre les systèmes juridiques : il faut aller au-delà et chercher à donner un sens à celles-ci. Dans cette perspective, ce que les divergences entre les systèmes juridiques étudiés nous ont permis de constater, c'est le rapport inévitable de la transparence avec le contexte juridique dans laquelle elle s'insère (2.1.). Et, qu'en dépit de ces divergences, une réflexion générale à propos des limites de la transparence pouvait être mise en lumière (2.2.).

2.1. La dimension culturelle de la transparence

- 28 À chercher un sens aux divergences constatées, ce que l'étude comparatiste du sujet a mis en évidence, c'est tout d'abord la relation entre la transparence et les cultures juridiques : la transparence de la justice constitutionnelle dépend non seulement de la structure de ce droit tel qu'il est consacré par les textes et par le juge constitutionnel, mais également de la position que les juridictions constitutionnelles occupent dans le paysage institutionnel du pays et, plus largement, des particularités de chaque système juridique. Davantage donc qu'une étude sur la transparence, cette étude s'est avérée, dans certains cas, celle des rapports entre la transparence et la conception même de la justice constitutionnelle au sein de différents systèmes juridiques.
- 29 Quant au Conseil constitutionnel, si jusqu'à présent il est possible d'affirmer qu'il ne réunit toujours pas toutes les caractéristiques d'une juridiction, l'absence de transparence n'est pas sans rapport avec cet état de fait : elle est à la fois le symptôme et la cause de ce problème. Les exigences de transparence sont associées à l'importance des décisions rendues, à la nécessaire visibilité de

l'exercice du pouvoir, ou à la recherche même de la légitimité. Ainsi, deux axes de réflexion s'offrent pour appréhender son rapport avec la transparence : soit le Conseil constitutionnel n'est pas transparent parce qu'il n'est pas encore une véritable juridiction (l'absence de transparence comme symptôme) ; soit il n'est pas transparent parce que le secret lui convient, ce qui l'empêche de renforcer son caractère juridictionnel (l'absence de transparence comme cause). Ce n'est donc pas un hasard si c'est en évoquant la volonté de devenir une « Cour constitutionnelle de référence¹⁹ » que certains progrès, encore timides il faut le dire, ont été faits récemment en la matière. Dans tous les cas, la transparence peut bien lui servir à renforcer sa nature juridictionnelle et ne laisser aucun doute sur le caractère révolu de son passé en tant qu'« institution politique, sorte de troisième chambre posée à côté de l'Assemblée nationale et du Sénat²⁰ ».

30 Aux États-Unis, les demandes pour davantage de transparence de la Cour suprême s'inscrivent plus globalement dans la volonté d'apporter un regard plus critique sur le pouvoir exercé par la Cour²¹. La transparence apparaît comme une revendication plus récente d'une partie de la doctrine et de la classe politique qui considèrent que la transparence de la Cour suprême n'est pas conforme à la place qu'elle occupe dans le système juridique et politique²² : sa position justifierait ainsi des mesures plus importantes de transparence, une meilleure visibilité dans la façon dont elle exerce son pouvoir. Si donc pour le Conseil constitutionnel la question concerne plutôt les rapports entre la transparence et sa nature juridictionnelle, à la Cour suprême il s'agit plutôt de vérifier si ses pouvoirs justifient le développement de meilleures pratiques en matière de transparence. À défaut de réponse, le risque est justement de faire de la transparence une revendication de mode, mais vide de tout contenu ou de toute réflexion.

31 Enfin, au Brésil, la transparence du Tribunal fédéral suprême a contribué intensément à son processus de légitimation et à renforcer la confiance du public en ses décisions. Toutefois, dès lors que le juge constitutionnel brésilien commence à s'emparer des débats juridiques et politiques plus importants, la transparence, jusqu'alors source de légitimation et de confiance et qui a tant contribué à consolider sa place, nourrit désormais les contestations. Par ailleurs, la doctrine

commence à porter un regard plus critique sur la qualité de sa transparence qui, à force de trop montrer, finit par créer de l'opacité. Au contraire donc des États-Unis ou de la France, il ne s'agit pas seulement de le rendre plus transparent ou de justifier sa transparence, bien au contraire, il s'agit de repenser une transparence qui semble aujourd'hui devenue source de contestations et d'opacités.

- 32 Cet ancrage de la transparence dans les cultures juridiques nous permet de mieux expliquer les différences dans sa concrétisation au sein des trois juridictions étudiées, et également de mieux comprendre les discours critiques suscités par ces pratiques. En effet, toute opinion sur la transparence est difficilement indissociable de la culture juridique dans laquelle elle s'inscrit. Pour bien comprendre la portée de la transparence dans chaque système juridique, il faut laisser le regard se déplacer. Certes, tout chercheur est un être situé, mais le comparatiste est avant tout un voyageur²³, quelqu'un capable d'outrepasser les frontières jusqu'à ce que l'étude du droit de l'« autre » devienne en effet l'étude de soi-même.
- 33 Cela dit, si nous attribuons une importance majeure aux cultures juridiques, cela ne signifie pas que nous portons un regard complaisant à l'égard des pratiques étudiées. Les cultures juridiques comme élément d'explication ne sauraient en effet se confondre avec un élément de justification : les cultures juridiques font partie de l'analyse, mais elles ne signifient pas que des améliorations soient impossibles.

2.2. Les limites de la transparence

- 34 La transparence apparaît dans un premier temps comme révélatrice des particularités de la justice constitutionnelle de chaque système juridique. Cela n'implique toutefois pas que son rôle soit purement passif puisque la transparence a également la capacité de modifier son objet. Ainsi, au-delà de ce que la transparence nous révèle à propos de la justice constitutionnelle, existe aussi ce qu'elle est capable de produire sur celle-ci. Il s'agit de sa force créatrice, de sa capacité à contribuer à la consolidation de la justice constitutionnelle ou même à son renouvellement. Pour synthétiser, c'est un mouvement à double sens qui s'opère en la matière : le contexte dans

lequel la transparence s'insère détermine sa portée, mais elle a également la capacité de modifier la réalité dans laquelle elle s'inscrit.

- 35 Cette capacité créatrice de la transparence rencontre pourtant des limites et n'est pas exempte de tensions : tensions qui résultent de la confrontation entre l'exigence de transparence et les caractéristiques propres à la justice constitutionnelle (et également propres à chaque système juridique) ; mais aussi tensions inhérentes à la transparence elle-même, laquelle comporte des injonctions et des objectifs souvent contradictoires. C'est pourquoi, quelle que soit la juridiction étudiée, la transparence est le plus souvent ajustée, adaptée ou minorée par la recherche d'un équilibre entre différents principes, règles et objectifs, équilibre qu'il n'est pas toujours simple d'atteindre. De plus, non seulement la transparence ne crée pas toujours ce qu'elle énonce, mais elle produit aussi, parfois, par ricochet, des effets incompatibles avec les intérêts qu'elle vise à protéger.
- 36 Ce que nous avons alors constaté est que, malgré des conceptions différentes de la justice constitutionnelle et des pratiques de transparence différentes, les trois systèmes partagent plusieurs traits communs puisque les enjeux sont toujours les mêmes, quel que soit le contexte. La transparence ne peut jamais être considérée comme une fin en soi, car elle ne se justifie que dans la mesure où elle permet de garantir un bon fonctionnement de la justice constitutionnelle, c'est-à-dire produire effectivement les effets attendus : garantir l'accès à l'information, prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, assurer l'image d'impartialité, renforcer la légitimité de la justice constitutionnelle et la confiance des citoyens en elle. En tant que moyen pour atteindre certains objectifs, ce sont donc ceux-ci qui lui imposent des limites. En ce sens, dès lors que la transparence ne produit pas les bénéfices supposés ou qu'elle produit le contraire de ce qui est attendu – c'est-à-dire l'image de la partialité, la suspicion excessive et la défiance – sa raison d'être est remise en cause.
- 37 Il s'agit par là d'accepter que la transparence n'est pas la solution miracle à tous les problèmes de la justice constitutionnelle, ni l'opacité toujours la cause. Ces deux notions, en apparence si opposées, servent en effet parfois le même objectif : garantir que la justice constitutionnelle puisse se réaliser dans le respect des principes qui lui sont imposés. Pour le dire autrement, si l'on

considère la transparence non comme une notion idéalisée ou la fin ultime, mais plutôt comme un instrument capable d'améliorer la qualité de la justice constitutionnelle, elle n'exige pas le rejet absolu du secret, mais une meilleure articulation avec lui. C'est pourquoi l'opposition entre secret et transparence n'a pas lieu d'être, c'est leur articulation qui doit être préférée : c'est l'équilibre entre ces deux éléments qui permet à la transparence de produire véritablement les effets qui lui sont assignés.

- 38 En partant de ce constat, et sans prétendre identifier le meilleur exemple, puisque cela est toujours propre à chaque système juridique, nous avons cherché à identifier les pratiques qui peuvent encore évoluer. Différentes propositions ont ainsi émergé au cours de ce travail, afin de conduire, dans les trois systèmes juridiques, à des pratiques de transparence plus conformes aux vertus qui lui sont associées ou aux bénéfices envisagés : la réglementation de toutes les étapes du contentieux constitutionnel, l'établissement de règles de déontologie pour les membres de la justice constitutionnelle et leurs collaborateurs, l'encadrement de la communication, l'amélioration de la motivation des décisions et l'adoption de pratiques de gestion administrative et budgétaire plus transparentes.
- 39 Aucune de ces propositions n'oublie les particularités de chaque système juridique ni ne souhaite les bouleverser complètement, ce qui susciterait encore plus de polémiques à propos d'un sujet déjà suffisamment controversé. Il s'agit plus modestement d'adapter et de faire évoluer certaines pratiques notamment au regard de l'évolution de la justice constitutionnelle, ce qui semble cohérent avec le mouvement pour une meilleure transparence constaté dans les trois juridictions étudiées. Adopter de meilleures pratiques de transparence ne signifie pas une rupture totale avec les différentes cultures juridiques, cela s'inscrit tout simplement dans la continuité de l'histoire de la justice constitutionnelle, où la transparence participe au processus de renforcement de son autorité et de sa légitimité.

NOTES

- 1 O. PFERSMANN, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », RIDC, vol. 53, n° 2, 2001, p. 276.
- 2 L'ouvrage de Zweigert et Kötz est le plus représentatif de ce courant : K. ZWIEGERT et H. KOTZ, *Introduction to Comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 3^e édition, 1998, *passim*.
- 3 Par exemple, P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 3^e édition, Paris, PUF, 2016, *passim*.
- 4 M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, New Jersey, Princeton University Press, 2009, p. 10.
- 5 J. HUSA, « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? », RIDC, vol. 58, n° 4, 2006, p. 1101-1105.
- 6 M.-C. PONTTHOREAU, *Droit(s) Constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, p. 40-41.
- 7 J. HUSA, « Methodology of comparative law today: from paradoxes to flexibility? », *op. cit.*, p. 111.
- 8 V. JACKSON, « Comparative constitutional law: methodology », in : M. ROSENFELD et A. SAJO (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 69-70.
- 9 J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 319.
- 10 M. DÉTIENNE, *Comparer l'incomparable*, Paris, Seuil, 2009.
- 11 Sur les particularités du constitutionnalisme de l'Amérique latine, voir C. HUBNER MENDES, R. GARGARELLA et S. GUIDI, *The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2022, *passim*.
- 12 L. FAVOREU, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », AIJC, n° 4, 1990, p. 51-66.
- 13 E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », in : E. BOTTINI, B. HARCOURT, P. PASQUINO

et O. PFERSMANN (dir.), *Nouveaux regards sur des modèles classiques de démocratie constitutionnelle*, Paris, mare & martin, 2018, p. 222.

14 Voir, par exemple, E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », *op. cit.*, p. 219-318 ; M. CARPENTER, « Pour de nouveaux « modèles » de justice constitutionnelle », *RIDC*, n° 1, 2016, p. 179-219 ; G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique*, Bologne, Banonia University Press, 2009 et O. JOUANJAN, « Modèles et représentation de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum* [en ligne], n° 2, 2009, URL : <https://juspoliticum.com/article/Modeles-et-representations-de-la-justice-constitutionnelle-en-France-un-bilan-critique-72.html>.

15 « Le style, contrairement au modèle, permet d'admettre l'enracinement historique et politique de la justice constitutionnelle sans devoir en faire abstraction comme dans la modélisation », E. BOTTINI, « La construction d'un style italien de justice constitutionnelle dans le contexte global », *op. cit.*, p. 227.

16 Voir par exemple E. J. SEGALL, « Invisible Justices: How Our Highest Court Hides from the American People », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2015, p. 787-848 ; R. BARNES et al., « Symposium & Miller Lecture Panel: Supreme Court Transparency in The Age of Social Media », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2016, p. 927-952 et A. J. ALFINI, « Supreme Court Ethics: the Need for Greater Transparency and Accountability », *The professional lawyer*, vol. 21, n° 2, 2012, p. 10-14.

17 Voir par exemple H. A. ANDERSON, « Frenemies of the Court: The Many Faces of Amicus Curiae », *University Of Richmond Law Review*, vol. 49, 2015, p. 361-416 ; P. M. COLLINS JR, « Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in US Supreme Court Litigation », *Law & Society Review*, vol. 38, n° 4, 2004, p. 807-832 ; G. A. CALDEIRA et J. R. WRIGHT, « Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much? », *The Journal of Politics*, vol. 52, n° 3, 1990, p. 782-806 et S. KRISLOV, « The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy », *The Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, p. 694-721.

18 Décision n° 2022-152 ORGA du 11 mars 2022, décision portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les déclarations de conformité à la Constitution.

- 19 Discours de M. LAURENT FABIUS, Sciences Po Paris, 14 septembre 2016, URL : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/rentree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po>.
- 20 D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris, Descartes & Cie, 1997, p. 19.
- 21 E. J. SEGALL, *Supreme Myths. Why the Supreme Court is Not a Court and Its Justices Are Not Judges*, Santa Barbara, Praeger, 2009, p. 8.
- 22 Voir par exemple N. S. MARDER, « The Supreme Court's Transparency: Myth or Reality? », *Georgia State University Law Review*, vol. 32, n° 4, 2016, p. 849-902 et L. J. VIRELLI III, « Transparency and Policymaking at the Supreme Court », *Georgia University Law Review*, vol. 32, 2016, p. 903-926.
- 23 G. FRANKENBERG, « Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law », *Harvard International Law Journal*, vol. 26, n° 2, 1985, p. 411-412.

RÉSUMÉS

Français

L'étude de la transparence de la justice constitutionnelle, abordée à travers le prisme du droit comparé, offre un regard critique et diversifié sur le sujet. La comparaison de trois systèmes juridiques bien distincts révèle la diversité des pratiques et souligne l'importance du contexte juridique et culturel dans lequel la transparence s'insère. Malgré des divergences dans les pratiques et conceptions de la transparence, une réflexion générale sur ses limites émerge, soulignant son rapport inévitable avec les différentes cultures juridiques.

English

The study of transparency in constitutional justice, approached through the prism of comparative law, offers a critical and diversified perspective on the subject. The comparison of three very different legal systems reveals the diversity of practices and highlights the importance of the legal and cultural context in which transparency is embedded. Despite divergences in transparency practices and conceptions of transparency, a general reflection on its limits emerges, emphasizing its inevitable connection with different legal cultures.

INDEX

Mots-clés

transparence, justice constitutionnelle, droit comparé, droit constitutionnel, cultures juridiques

Keywords

transparency, constitutional justice, comparative law, constitutional law, legal cultures

AUTEUR

Mariana Almeida Kato

Docteure en droit public qualifiée aux fonctions de maître de conférences,
Teaching Associate à l'University of Nottingham
IDREF : <https://www.idref.fr/196493358>