



HAL
open science

” Qu’est-ce que ” instruire ” le procès constitutionnel ?

Xavier Magnon

► To cite this version:

Xavier Magnon. ” Qu’est-ce que ” instruire ” le procès constitutionnel ?. Xavier MAGNON, Pierre ESPLUGAS-LABATUT, Wanda MASTOR, Stéphane MOUTON. Les pouvoirs d’instruction des cours constitutionnelles et la formation de l’intime conviction des juges constitutionnels, 6, Presses universitaires Aix Marseille Université, pp.9-12, 2016, Les cahiers de l’Institut Louis Favoreu, 9782731410549. <hal-01725360>

HAL Id: hal-01725360

<https://hal.science/hal-01725360v1>

Submitted on 18 Mar 2018

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

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



HAL Authorization



Les cahiers de l'Institut Louis Favoreu

Institut Louis Favoreu
Groupe d'études et de recherches comparées sur la justice constitutionnelle
CNRS UMR 7318

N° 6

LES POUVOIRS D'INSTRUCTION DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LA FORMATION DE L'INTIME CONVICTION DES JUGES CONSTITUTIONNELS

Actes de la journée d'études
Question sur la Question (QsQ5)
organisée sous la responsabilité scientifique de
Xavier MAGNON
Pierre ESPLUGAS-LABATUT
Wanda MASTOR
Stéphane MOUTON

Toulouse
5 juin 2015

QU'EST CE QU'« INSTRUIRE » LE PROCÈS CONSTITUTIONNEL ?

XAVIER MAGNON

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE

INSTITUT MAURICE HAURIUO

De l'intuition du sujet à son traitement, il est à craindre qu'il ne reste du sujet envisagé qu'une vague introduction générale. Le sujet « qu'est-ce qu'« instruire » le procès constitutionnel ? » n'en est pas un à lui seul, c'est-à-dire sans les autres interventions qui suivront et qui permettront de le décliner dans ses différentes dimensions. Malgré quelques intuitions premières, et ce sera la thèse défendue, il ne semble pas exister de spécificité de l'instruction en elle-même du procès constitutionnel par rapport aux autres types d'instruction. Seules, peut-être, et il appartiendra aux différents intervenants de le mettre en évidence, les déclinaisons de l'instruction sont en mesure de témoigner de cette spécificité. Il n'y aurait donc pas de spécificité quant à la nature de l'instruction, tout au plus une singularité technique de ses modalités d'exercice. Cette thèse ne saurait être conduite sans une définition préalable de l'instruction en général, qu'il s'agira de transposer en contentieux constitutionnel en particulier, ce qui fera apparaître, en filigrane, l'intime conviction des juges.

« *Mettre l'affaire en l'état d'être jugée* », telle est la définition générale que l'on retrouve dans les manuels de procédure civile ou pénale de ce qu'est instruire un procès. L'instruction peut être définie comme une phase préalable et nécessaire au procès, visant à la réunion et à la connaissance de tous les éléments de fait ou de droit qui permettront de trancher le litige soumis au juge. L'article 81 du code de procédure pénale se réfère « à tous les actes d'information [...] utiles à la manifestation de la vérité ». Instruire, c'est connaître. Connaître ne suppose pas pour autant qu'il puisse exister une connaissance pure, objective, des éléments de l'affaire. Même des éléments d'ordre factuel peuvent faire l'objet d'une part d'appréciation subjective. S'il faut connaître les éléments d'un litige pour pouvoir le résoudre, cette connaissance n'est pas absolue et objective et ne saurait relever d'aucune vérité révélée ou à révéler. Certes, il existe toujours des éléments factuels minimums objectifs observables, qu'il s'agisse de la commission d'une infraction, pour un procès pénal, de l'existence d'une disposition législative en vigueur, pour le procès constitutionnel, mais, à l'occasion du procès, l'appréciation de ces éléments pour la résolution du litige fait appel à une dimension subjective indiscutable tirée du regard qui est porté sur ces faits. De manière générale, dans tous les procès, la connaissance des

éléments du litige doit être relativisée du fait de la part de subjectivité qu'appelle l'appréciation portée sur les éléments de l'instruction, y compris factuels.

Cette part de subjectivité renvoie, en l'occurrence, à l'intime conviction du juge. L'« *intime conviction* ou preuve morale », qui aurait son équivalent dans le système anglo-saxon dans le « *beyond a reasonable doubt* »¹, constitue un principe « en vertu duquel le juge apprécie en toute liberté la preuve qui lui est soumise »². L'article 353 du code de procédure pénale français est à cet égard tout à fait éclairant :

« Avant que la cour d'assises se retire, le président donne lecture de l'instruction suivante, qui est, en outre, affichée en gros caractères, dans le lieu le plus apparent de la chambre des délibérations : " Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont fait, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : "Avez-vous une intime conviction ?" ». Si le terme d'intime conviction est réservé en France à la procédure pénale, l'appréciation souveraine des preuves par le juge se retrouve dans les autres contentieux et en particulier en procédure civile³. Elle paraît en tout état de cause parfaitement transposable au contentieux constitutionnel. L'intime conviction peut être lue comme le reflet de la dimension subjective de l'appréciation des preuves. Parce qu'il n'est pas possible d'en avoir une appréhension univoque, le juge peut librement les utiliser pour résoudre le litige qui lui est soumis. Ainsi, la preuve, censée pourtant révéler un élément objectif, est soumise à la subjectivité de celui qui juge, au nom de son intime conviction.

¹ Voir en ce sens : J. Pradel, *Droit pénal comparé*, Dalloz, Précis, Droit privé, 3^e éd., 2008, § 313.

² J. Pradel, *Procédure pénale*, Edition Cujas, 17^e éd., 2013, p. 780.

³ Voir en ce sens notamment : J.-D. Bredin, « Le doute et l'intime conviction », *Droits*, 23, 1996, p. 23 et s.

Au-delà de la preuve, placer l'instruction sous l'angle de la connaissance incite encore à la discussion spécifiquement dans le contentieux constitutionnel. Alors que le jugement de constitutionnalité de la loi porte sur un rapport entre des normes et donc sur un rapport entre la signification d'énoncés prescriptifs, la question de l'interprétation occupe une place décisive et donc la « connaissance » des normes présente une relativité accrue. Interpréter peut être précisément considéré, non comme un acte de connaissance mais comme un acte de volonté, même s'il existe des nuances à faire à cette présentation duale, ce qui conduit à mettre en évidence le rôle subjectif décisif de celui qui interprète les énoncés et, en particulier, des organes de concrétisation du droit.

Sous cet angle, il faut constater que ces organes, et pour ce qui nous intéresse directement, les juges, ne posent pas de manière explicite leurs méthodes d'interprétation. De plus, même s'il existe des indices indirects qui témoignent de l'usage de certaines méthodes d'interprétation, le recours aux travaux préparatoires, à l'esprit ou à la finalité des textes, une même juridiction peut utiliser de manière alternative, combinée ou successive différentes méthodes d'interprétation. Il résulte de ce relativisme méthodologique, un relativisme dans l'ambition de connaître en contentieux constitutionnel. De ce relativisme, il sera difficile d'identifier une interprétation certaine du juge aussi bien de la disposition législative objet du contrôle que de la disposition constitutionnelle qui est la norme de référence.

Ce relativisme de la connaissance dans le procès acquis, il convient de proposer une définition de ce qu'est « instruire » le procès constitutionnel. Si l'on s'en tient au contentieux des normes, qui marque sans aucun doute la plus grande spécificité du procès constitutionnel concernant l'instruction, cette dernière consistera, face à deux argumentations contradictoires *pro* et *contra* sur la constitutionnalité d'une disposition législative, à réunir et à connaître tous les éléments susceptibles d'éclairer la solution à rendre pour résoudre le conflit normatif, quelle que soit cette solution. Dans un tel contexte, face à cette masse d'éléments, c'est en premier lieu le juge instructeur, s'il en existe un au sein de la juridiction constitutionnelle, qui forgera son intime conviction avant que les autres de juges ne fassent de même, dans un second temps, à partir du rapport du premier. D'un point de vue technique, le procès constitutionnel se singularise ici par la place du juge instructeur qui est également juge du fond, du moins par rapport au juge pénal, et par la forte collégialité au sein de la juridiction constitutionnelle.

Cette définition de l'instruction du procès constitutionnel incite à proposer quelques pistes de réflexion mettant en évidence une certaine spécificité de l'instruction du procès constitutionnel. Cette proposition ne résiste cependant pas à une analyse plus

approfondie qui ne témoigne que d'une spécificité relative de ce moment du procès constitutionnel. L'intuition de la spécificité de l'instruction du procès constitutionnel (I) ne résiste pas au constat d'une spécificité relative de celle-ci (II).

I – L'INTUITION DE LA SPÉCIFICITÉ DE L'INSTRUCTION DU PROCÈS CONSTITUTIONNEL

Si, comme nous l'avons définie, l'instruction consiste, face à deux argumentations contradictoires *pro* et *contra* sur la constitutionnalité d'une disposition législative, à réunir tous les éléments susceptibles d'éclairer la solution à rendre pour résoudre le conflit normatif, quelle que soit cette solution, deux éléments de spécificité de l'instruction semblent se révéler de manière plus ou moins immédiate et ce non sans un certain paradoxe. D'un côté, apparaît en effet une certaine subjectivité du procès constitutionnel liée au fait que l'établissement de la signification des énoncés prescriptifs renvoie à une question d'interprétation ; de l'autre, une objectivité du procès qui met en présence deux normes, non pas deux intérêts subjectifs. La subjectivité de l'interprétation semble écarter l'existence véritable de preuves dans le procès constitutionnel au profit d'une argumentation formulée pour convaincre le juge (A) ; l'objectivité tend à conférer une place périphérique aux arguments des parties (B). Ces deux constats ne sont pas forcément contradictoires car ils ne se placent pas sur le même plan, le premier sur le terrain de la preuve, le second sur l'importance relative des différents éléments réunis au cours de l'instruction.

A – L'ABSENCE DE PREUVE : ARGUMENTER POUR CONVAINCRE

Peut-être qu'en contentieux constitutionnel, plus encore que dans les autres contentieux, ce qui peut faire l'objet de connaissance ne sert que pour argumenter dans un sens déterminé, afin de convaincre d'une position particulière. Certes, la preuve s'apparente à un élément factuel et donc à « une proposition susceptible d'être déclarée vraie ou fausse »⁴ ; mais, si cet élément peut être vrai ou faux, il ne sert qu'un propos particulier et s'inscrit par ailleurs dans un ensemble d'autres faits susceptibles de le relativiser. La preuve factuelle, quelle qu'elle soit, l'appartenance de l'arme qui a tué à la personne poursuivie, ne sert qu'un argument particulier susceptible en l'occurrence de se heurter à une autre preuve, l'arme avait été prêtée à une tierce personne au moment de l'homicide, servant un argument contraire. Le recours à un élément factuel ne garantit pas son caractère décisif au moment de le prendre en compte pour trancher le litige parce qu'il peut exister d'autres éléments factuels contradictoires, parce qu'il existe une multitude d'éléments factuels qui contribueront de

⁴ X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *Droits*, 23, 1996, p. 33.

manière différenciée à la formation de l'intime conviction du juge et que l'on peut donc assister à une pondération des différents éléments factuels en fonction de leur lecture et parce que, dans tous les cas, chaque élément factuel est sujet à interprétation. « *Les preuves fatiguent la vérité* » selon l'aphorisme attribué à Georges Braque ; Beccaria déjà préférait l'expression de « *probabilité d'un fait* »⁵ plutôt que les termes de « certitude d'un fait ».

En contentieux constitutionnel, c'est l'existence même d'éléments factuels indiscutables comme preuve qui pose question, au point que l'on peut remettre en cause l'usage même du terme de preuve en cette matière. Recourir à un élément d'ordre factuel pour l'interprétation d'une norme, à savoir, par exemple, les débats parlementaires, et donc la recherche d'une volonté déterminée à partir de propos explicites, ne sert ainsi qu'à convaincre d'une interprétation. Les débats parlementaires, éléments factuels, ne prouvent pas ce que doit être la signification de la loi. Ils ne font qu'illustrer un champ des possibles. En tant qu'élément objectif observable, la preuve en tant que fait n'est pas une preuve en soi, elle est une preuve à l'appui de l'argumentation. La preuve sert l'argumentation afin de convaincre, de persuader. En ce sens, elle pourrait être définie comme un « moyen de démontrer un fait, ou tout au moins d'en persuader le juge »⁶ ou encore être entendue comme « ce qui persuade l'esprit d'une vérité »⁷. Tous les éléments propres à persuader le juge sont donc utilisables sans qu'aucun ne soit pour autant, de manière automatique et systématique, décisif pour le juge afin qu'il tranche dans un sens déterminé.

La relativité de la preuve est donc extrêmement forte en contentieux constitutionnel

B – LE CARACTÈRE OBJECTIF DU PROCÈS :

LA PLACE PÉRIPHÉRIQUE ACCORDÉE

À L'ARGUMENTATION DES PARTIES

Face à tous les éléments susceptibles d'être réunis au cours de l'instruction en matière constitutionnelle, les argumentations des parties n'apparaissent que comme un élément périphérique dans la connaissance des éléments du procès. Il faut cependant relativiser sans doute ce constat lorsque les éléments d'ordre factuel du procès principal à l'origine du procès constitutionnel, s'ils sont communiqués aux juges, permettent de révéler ou d'éclairer la question de la régularité de la norme contrôlée. Il n'en reste pas moins que les argumentations des « parties », dans un

⁵ Beccaria, *Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien d'après la 6^e édition, 1766, § XIV, Des indices et de la forme des jugemens, voie en particulier p. 71.

⁶ J.-P. Lévy, « Preuve », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et S. Rials, Lamy-Puf, 2003, p. 1195.

⁷ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, t. I, 1^{re} partie, livre III, titre VI Des preuves & présomption, & du serment, p. 245. Ainsi utilisée, la citation frôle le contresens au regard de la pensée de Domat sur cette question puisqu'il estime précisément qu'il existe une vérité et qu'elle peut être prouvée.

contentieux objectif, semblent périphériques dans les éléments pris en compte par le juge pour forger sa conviction. Le recours aux *amicus curiae*, à la doctrine et aux tierces interventions témoigne de ce que le juge peut diversifier les sources de connaissance pour asseoir sa conviction et, relativiser ainsi, dans le même temps, la place de l'argumentation des parties. Dans un contentieux objectif, il paraît d'ailleurs d'autant plus nécessaire de multiplier les éclairages afin de disposer d'un panel des possibles le plus large qui soit. S'il fallait proposer une image classique de manuel de droit pénal illustrant la dimension de l'instruction en contentieux constitutionnel, l'on soutiendrait que la procédure est plus inquisitoire qu'accusatoire.

Cette dimension active du juge constitutionnel dans l'instruction du procès peut s'appuyer sur le respect dû à la souveraineté du Parlement et au régime représentatif qui tend à renforcer la dimension inquisitoire du procès constitutionnel et imposer au juge instructeur de réunir le plus d'éléments possible afin d'écarter le maximum d'incertitudes au moment de juger. Il faut pouvoir apporter des éléments qui renforceront la certitude qu'il faut ou qu'il ne faut pas censurer la loi qui est contrôlée. L'argumentation des parties contribuera à imposer éventuellement, si elle est contraire au choix du juge, une motivation du juge plus circonstanciée, mais elle n'est pas décisive. La vérité des parties ne l'emporte pas sur la vérité contentieuse à laquelle aspire le juge constitutionnel. Ce dernier ne saurait se contenter des éléments qui lui sont apportés. La recherche de la vérité contentieuse semble apparaître avec plus de force alors qu'il appartient au juge de soumettre l'expression de la volonté générale au respect du droit.

À ces premières intuitions, il faut ajouter une lecture un peu plus fine pour constater que cette spécificité n'est que relative.

II – LE CONSTAT D'UNE SPÉCIFICITÉ RELATIVE

La spécificité de l'instruction en matière constitutionnelle ne provient pas de la nature spécifique de celle-ci appliquée en ce domaine mais, plus vraisemblablement, des modalités techniques de son déroulement. S'il faut bien ainsi constater l'absence de nature spécifique de l'instruction (A), concernant les spécificités techniques, il ne sera question que de présenter les interventions à venir et, sans anticiper quelque peu les démonstrations éventuelles de cette spécificité, il n'est possible que de s'interroger sur les éventuelles spécificités techniques (B).

A – L'ABSENCE DE NATURE SPÉCIFIQUE

DE L'INSTRUCTION

Argumenter pour convaincre n'y a-t-il pas là une même fonction commune à tous les contentieux ? La preuve n'est-elle pas là, quels que soient les contentieux, seulement pour appuyer un point de vue, autrement dit une subjectivité ? La recherche de la

vérité contentieuse n'est-elle pas la finalité poursuivie par tous les juges ? Une réponse positive paraît pouvoir être apportée à ces questions, témoignant de l'absence de nature spécifique de l'instruction en matière constitutionnelle.

Pas plus que dans les autres contentieux, la preuve n'est une vérité objective indiscutable en soi. Elle ne sert qu'un point de vue, une argumentation dans un sens déterminé. Elle *crédibilise* alors l'argument, plus qu'elle ne le rend incontestable. Le fait rapporté par la preuve sert une interprétation. Ce constat est vrai pour tous les contentieux. Dans un procès pénal, tout fait avancé par une partie dans un certain sens peut faire l'objet d'une tout autre interprétation par l'autre partie. Les faits ne sont certes pas discutables, du moins sont-ils empiriquement falsifiables, mais leur interprétation et leur usage dans l'argumentation le sont. Il en résulte que la preuve tend en définitive plus à *légitimer la décision du juge*, qu'à rapprocher sa décision de la vérité⁸. Le juge est toujours face à plusieurs possibles dans la solution qu'il doit apporter à un litige et les preuves ne sont que des éléments de légitimation de son choix.

Le fait pour le juge instructeur de n'accorder qu'une place relative aux arguments des parties n'est-il pas commun à tous les types de contentieux ? N'y a-t-il pas une dimension naturellement inquisitoire du juge dès lors qu'il s'agit pour lui de régler un litige avec « force de vérité légale » ? La recherche de la vérité judiciaire exige de dépasser les arguments des parties afin d'établir une résolution du litige acceptable. Plus largement, le fait de rendre la justice de manière publique par la mise sous le regard de tous de la décision de justice oblige le juge à trancher en forgeant de manière relativement autonome son intime conviction. L'impartialité du jugement est d'autant plus manifeste que sa motivation révèle une autonomie du raisonnement du juge. Tous ces éléments plaident en faveur de la dimension inquisitoriale de la recherche de

⁸ Voir pour une lecture en ce sens de la preuve : X. Lagarde, « Vérité et légitimité dans le droit de la preuve », *précit.*, pp. 31-39, spécial. p. 38.

la vérité judiciaire, au-delà de l'argumentation des parties.

B – LES SPÉCIFICITÉS TECHNIQUES

DE L'INSTRUCTION

La spécificité de l'instruction est ailleurs. Elle est peut-être dans les modalités concrètes de son organisation. De là, plusieurs interrogations qu'il appartiendra aux différents intervenants de résoudre.

Qui instruit tout d'abord au sein de la juridiction constitutionnelle ? L'instruction est-elle décentralisée, c'est-à-dire confiée à un personnel qui dépend du juge qui instruit, ou centralisée, faisant appel à un service particulier de la juridiction ? Avec quels moyens matériels le juge constitutionnel instruit-il ? Quelle est la part de la procédure d'instruction qui s'inscrit plutôt dans une dimension accusatoire, les parties ayant une place décisive dans cette phase, ou dans une dimension inquisitoire, laissant une place significative au juge instructeur ? Quels sont les pouvoirs accordés aux juridictions constitutionnelles pour instruire ? La singularité de la fonction comme de la composition du juge constitutionnel incite à supposer une spécificité de l'instruction en matière constitutionnelle.

Quels sont les éléments dont dispose la juridiction constitutionnelle pour trancher le litige et quels sont ceux qui, au sein de ces différents éléments, auront un rôle décisif dans la formation de l'intime conviction des juges ? Les éléments à mettre en évidence sont l'intervention des tiers au procès, la prise en considération des intérêts financiers du litige constitutionnel, l'influence de la doctrine, l'usage par le juge de sa propre jurisprudence ou de celle d'autres juridictions constitutionnelles, la prise en compte de la situation du justiciable ou le respect dû au législateur. Il semble à cet égard que certains éléments soient plus spécifiques que d'autres au procès constitutionnel.

Inutile de conclure notre propos, aux intervenants de le prolonger et d'éprouver à l'aune de leurs recherches la question de l'éventuelle spécificité technique de l'instruction du procès constitutionnel, faute d'avoir ici identifié une spécificité de sa nature.