

Xème Congrès de l'AFDC

Lille, 22,23 et 24 juin 2017

Atelier E – Garanties juridictionnelles des droits et libertés fondamentaux

L'INSTITUTIONNALISATION DE L'AMICUS CURIAE DANS LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL BRÉSILIEN « CONCENTRÉ » ET « OBJECTIF »

Mayara THORET-LE MOS

I.	Une institutionnalisation ontologiquement controversée.....	7
A)	L' <i>amicus curiae</i> , un tiers pas comme les autres.....	7
B)	Une procédure dépendante du rapporteur	10
II.	Une institutionnalisation symptomatique de la subjectivisation du contrôle objectif ?...	14
A)	L'objectivité spécifique du contrôle de constitutionnalité des lois	15
B)	La considération de la situation individuelle de l' <i>amicus</i> comme indice de la subjectivisation procédurale	19

L'introduction de la République marquera le renversement de la Monarchie constitutionnelle parlementariste de l'Empire brésilien, et par conséquent, mettra fin à la souveraineté de l'empereur Dom Pedro II. À partir de ce moment, sera créé le Tribunal suprême fédéral en 1890, et le système de contrôle de constitutionnalité brésilien de type incident et diffus sera expressément prévu par la Constitution de 1891¹. Avec la Constitution de 1934 un contrôle par voie principale et concentrée, dénommé « *representação interventiva* » sera introduit en attribuant au Tribunal suprême fédéral la compétence exclusive en la matière. Cette voie constitutionnelle permettait la saisine du Tribunal par le Procureur général de la République, afin qu'il soit statué sur la constitutionnalité des lois qui autorisaient l'intervention fédérale pour violation d'un des principes constitutionnels devant être observés par les États membres. Le renforcement du caractère hybride du contrôle de constitutionnalité brésilien surviendra avec l'amendement constitutionnel n°16 du 26 novembre 1965 qui instituera l'action d'inconstitutionnalité, prévue dans l'article 101, I, k de la Constitution de 1946.

¹ Art. 59, §1 de la Constitution fédérale de 1891.

Conformément à l'article 102 de la Constitution de 1988 en vigueur², le Tribunal fédéral suprême est l'organe suprême du pouvoir judiciaire et il lui appartient d'assurer la garde de la Constitution. Il est composé de onze membres nommés par le Président de la République après approbation par majorité absolue du Sénat.

La Constitution brésilienne est la plus longue au monde, comprenant pas moins de deux cent cinquante articles. À l'instar de la plupart des constitutions modernes, elle a été adoptée pendant une période de transition entre un État autoritaire et un État démocratique. Elle maintient un contrôle de constitutionnalité dual, en y apportant certaines nouveautés par rapport au système précédent, notamment l'augmentation des requérants potentiels à une action directe d'inconstitutionnalité³, l'introduction de mécanismes de contrôle d'inconstitutionnalité par omission⁴, ou encore la mise en place du mécanisme de « *arguição de descumprimento de preceito fundamental* »⁵. Puis, l'amendement constitutionnel n°3 du 18 mars 1993 créera l'action déclaratoire de constitutionnalité⁶.

Les voies de contrôle relevant de la compétence exclusive du Tribunal suprême se résument aujourd'hui par les actions suivantes :

- a) action directe d'inconstitutionnalité ;
- b) action directe d'inconstitutionnalité pour omission ;
- c) action déclaratoire de constitutionnalité ;
- d) action directe d'intervention⁷ ;
- e) les allégations d'inobservance de principes fondamentaux⁸.

Du fait de l'imprécision constitutionnelle, il n'est possible de connaître la portée de ces actions qu'en se référant aux lois organiques ultérieurement adoptées. Il s'agit principalement de deux lois intervenues dans l'intention d'explicitier les dispositions constitutionnelles. Tout

² Constitution fédérale promulguée le 5 octobre 1988 (CF).

³ Art. 103 CF.

⁴ Art. 103, §2 et Art. 5, LXXI CF.

⁵ Art. 102, §1 CF. « Il s'agit d'une part d'une demande tendant à faire constater par le juge le non-respect par les pouvoirs publics des "préceptes fondamentaux", c'est-à-dire des "normes fondamentales", et d'autre part, de lui demander de prendre des mesures nécessaires afin d'éviter ou de réparer les atteintes à ces règles fondamentales. (...) Le but de ce recours est de permettre à la Cour suprême d'analyser la conformité de tous les actes qui échappent à son contrôle dans le cadre des autres procédures à la Constitution ». - Thales MORAIS DA COSTA, « Le droit constitutionnel : la protection des droits fondamentaux », in *Introduction au Droit Brésilien*, L'Harmattan, 2006, p. 85.

⁶ Contrairement à l'action directe d'inconstitutionnalité, dans le cas d'une action déclaratoire de constitutionnalité, c'est la déclaration de la constitutionnalité d'une loi qui est demandée, et non de son inconstitutionnalité. L'intérêt de l'action provient des cas de conflit d'interprétation existant entre les tribunaux dans le contrôle diffus de constitutionnalité.

⁷ Art. 36, III CF.

⁸ Ou « *arguição de descumprimento de preceito fundamental* ».

d'abord, la loi n° 9.868 du 10 novembre 1999 indiquera la procédure à suivre en cas de voie de contrôle concentrée devant le Tribunal suprême fédéral, c'est-à-dire en ce qui concerne l'action directe d'inconstitutionnalité et l'action déclaratoire d'inconstitutionnalité. Ensuite, la loi n° 9.882 du 3 décembre 1999, réglera la procédure et le jugement des allégations d'inobservance de préceptes fondamentaux.

En ce qui concerne la loi n° 9.868, elle est tout particulièrement intéressante, puisqu'elle entérinera la jurisprudence du Tribunal suprême en admettant la participation d'*amicus curiae* dans le contentieux constitutionnel concentré brésilien.

Selon le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, l'*amicus curiae* désigne « la qualité de consultant extraordinaire et d'informateur bénévole en laquelle la juridiction saisie invite une personnalité à [...] fournir en présence de tous les intéressés toutes les observations propres à éclairer le juge »⁹. Il s'agit donc d'une institution permettant la manifestation de certaines personnes, dont la finalité est d'apporter une contribution aux décisions juridictionnelles, en offrant une meilleure base de réflexion pour des questions fondamentales et de grand impact¹⁰.

Certains replacent l'origine de l'*amicus curiae* dans le droit romain où les collaborateurs devaient être neutres et coopérer avec les magistrats dans des cas qui allaient au-delà d'un aspect purement juridique, et afin d'éviter que les juges ne commettent des erreurs dans les jugements¹¹. Pour d'autres il s'agit d'une figure originaire du droit pénal anglais de l'époque médiévale, où l'*amicus* avait pour rôle de réunir et actualiser les précédents et les lois qui pouvaient être méconnus des magistrats. Quelle qu'en soit la provenance, c'est surtout aux États - Unis qu'il a gagné en relief, avec la *Rule 37* du règlement interne de la Cour suprême qui régule sa participation¹². Il est prévu qu'une pétition d'*amicus curiae* qui apporte des faits importants, qui n'ont pas encore été développés par les parties, sera une aide considérable pour la Cour. Sauf exception, la seule condition est que les parties donnent leur accord. Son existence

⁹ CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007.

¹⁰ CATIB DE LAURENTIIS, Thais. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo tribunal federal*, Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão de curso, São Paulo, 2007, p. 4.

¹¹ BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *Revista da Escola da Magistratura do RN*, v.7, n. 1 (2008), p. 3.

¹² La première manifestation formelle d'un *amicus curiae* dans l'ordre juridictionnel américain, semble être celle effectuée dans le cas *Green v. Biddle*, où le sénateur Henry Clay a demandé en tant que *friend of the Court*, une nouvelle audience en raison d'erreurs procédurales dans la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de l'État du Kentucky.

est justifiée par le système de *stare decisis*, attribuant *de facto* une portée importante aux décisions malgré leur effet *inter partes*.

Par ailleurs, l'*amicus curiae* est aussi présent au Canada, en Australie, en Hong Kong, en France, en Italie et en Argentine. Puis au niveau international, au sein de la Cour internationale de justice, de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹³. Cette introduction dans les ordres juridictionnels est souvent justifiée par la volonté d'accroître le contradictoire, en augmentant le nombre de participants dans le débat, et par conséquent la légitimité de la décision juridictionnelle¹⁴. En ce sens, Bonavides considère que même de manière timide, il peut être remarqué que l'idéologie de la démocratie participative a été implantée au sein de la juridiction constitutionnelle concentrée brésilienne, en offrant une plus grande légitimité et efficacité dans les relations entre pouvoirs, et dans la décision souveraine de la Cour¹⁵.

Son introduction semble donc tout à fait louable, allant dans le sens de la souveraineté populaire, du plus grand accès à la justice¹⁶ et de la pluralité démocratique¹⁷, protégés par la Constitution brésilienne. Il s'agit en outre d'une alternative à l'absence de saisine directe du Tribunal. En ce sens, Claudia Paiva relève trois fonctions de l'*amicus curiae* : informative, démocratique et légitimatrice¹⁸.

Dans l'ordre juridictionnel brésilien, la première faculté de manifestation d'un *amicus curiae* était celle prévue par l'article 31 de la loi n° 6.385, du 7 décembre 1976 selon lequel, dans les procédures traitant de matières relevant de la compétence de la « Commission des valeurs mobilières », cette dernière pouvait intervenir afin d'exprimer son opinion ou fournir des informations, dans un délai de quinze jours suivant la citation à comparaître.

¹³ CATIB DE LAURENTIIS, Thais. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo tribunal federal*, Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2007, p. 12.

¹⁴ BAZÁN, 2005, p. 33. BAZÁN, Victor. *El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino*. Cuestiones Constitucionales. México, n. 12, p. 29-71, jan./jun. 2005.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. Malheiros: São Paulo, 2001, p. 35.

¹⁶ Art. 5, XXXV CF.

¹⁷ Art. 1, V CF.

¹⁸ cf. PAIVA CARNEIRO DA SILVA, Claudia. *O amicus curiae na Suprema corte americana e no Supremo tribunal federal brasileiro : um estudo de direito comparado*, Dissertação de mestrado, UFRJ, Rio de Janeiro, 2011.

Au sein du contentieux constitutionnel, cette introduction s'est faite tout d'abord de manière jurisprudentielle. Dans la *ementa*¹⁹ de l'action directe d'inconstitutionnalité (ADI) n° 748²⁰, il peut être lu :

« La procédure de contrôle normatif abstrait instaurée devant le Tribunal fédéral suprême n'admet pas l'intervention pour assistance de tiers [...]. Simple rajout de documents présentés par un organe étatique sans intégrer la relation procédurale, qui a agi, dans le domaine de l'action directe d'inconstitutionnalité, comme collaborateur informel de la Cour (*amicus curiae*) : situation qui ne constitue pas techniquement, hypothèse d'intervention *ad coadjuvandum* ».

Dans ce cas, l'*amicus curiae* était un collaborateur informel dans le processus décisionnel, sans une représentativité adéquate, dont la manifestation était limitée au recueil de mémoires en dehors de toute procédure²¹.

Puisant ses sources d'exemple dans le droit américain, la positivation de l'institut a dû être adaptée au droit romano-germanique brésilien. La loi n° 9.868 a alors admis dans son article 7, §2 la manifestation d'organes et entités dans le contentieux constitutionnel concentré, selon la volonté discrétionnaire du rapporteur et eu égard à l'importance de la matière et à la représentativité des candidats. Conformément aux premières manifestations de l'*amicus* en droit anglais, il appartient à la Cour de décider sur la possibilité d'admission, et non pas les parties²². Pourtant cette introduction législative était restreinte, puisque si cela a été autorisé pour l'action directe d'inconstitutionnalité, l'article 18, §2 de la loi n° 9.868 qui l'admettait pour l'action déclaratoire de constitutionnalité, a subi le veto présidentiel pour une raison de célérité procédurale. Néanmoins, dans son message n° 1.674 du 10 novembre 1999 dans lequel il justifie les raisons du veto, le président de la République Fernando Henrique Cardoso informe qu' « il reste assurée, cependant, la possibilité pour le Tribunal suprême fédéral, par voie d'interprétation systématique, d'admettre dans le processus d'action déclaratoire, l'ouverture procédurale prévue pour une action directe au § 2 de l'art. 7 ».

Sur les fondements constitutionnels à l'adoption de la procédure d'intervention pour l'*amicus curiae*, la doctrine met en exergue plusieurs principes plus ou moins ambigus, comme

¹⁹ Résumé qui se situe en tête de décision.

²⁰ STF, ADI-AgR 748/RS, Rapp. Min. Celso de Mello, 01/08/1994.

²¹ DE OLIVEIRA CARVALHO, Camilo. « A função do *amicus curiae* no Estado constitucional e democrático de direito », accessible en ligne le 27 mai 2017.

²² CATIB DE LAURENTIIS, Thais. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo tribunal federal*, op.cit., p. 12.

la citoyenneté²³, le pluralisme politique²⁴, l'exercice des pouvoirs constitutionnels directement par le peuple²⁵, la libre manifestation de la pensée²⁶, le droit à la libre conviction politique et/ou philosophique²⁷, l'accès à l'information²⁸, le droit au procès²⁹, et la représentation de légitimité active dans la proposition d'actions constitutionnelles^{30,31}.

Dans la même perspective, d'autres mécanismes étaient déjà prévus par la Constitution, permettant une meilleure protection des droits fondamentaux et l'accès populaire à la justice constitutionnelle, comme le mandat d'injonction³², le mandat de sécurité³³, le *habeas corpus*³⁴, le *habeas data*³⁵, et les allégations d'inobservance de principes fondamentaux.

Les formalités de l'intervention de l'*amicus* au sein de l'ordre juridictionnel brésilien, établies aussi bien par la loi que par la jurisprudence, ont pu être résumées par le Professeur Nelson Nery Junior de la manière suivante :

« Le rapporteur, par une décision définitive, pourra admettre la manifestation de personne physique ou juridique, association civile, scientifique, organe ou entité, dès lors qu'il y ait une respectabilité, une reconnaissance scientifique ou une représentativité pour donner un avis sur la matière faisant l'objet de l'action directe. Il s'agit de la figure de l'*amicus curiae*, originaire du droit anglo-saxon. Dans le droit nord-américain, il y a l'intervention par consensus entre les parties ou par autorisation de la Cour. Le système brésilien a adopté la seconde solution, de manière que l'intervention de l'*amicus curiae* dans l'action directe d'inconstitutionnalité sera admise en accord avec une décision positive du rapporteur. L'*amicus curiae* pourra présenter des raisons, des manifestations par écrit, documents, arguments oraux, mémoires, etc. »³⁶.

²³ Art. 1, II CF.

²⁴ Art. 1, V CF.

²⁵ Art. 1, paragraphe unique CF.

²⁶ Art. 5, IV CF.

²⁷ Art. 5, VIII CF.

²⁸ Art. 5, XIV CF.

²⁹ Art. 5, LIV CF.

³⁰ Art. 1, paragraphe unique, et art. 103 CF.

³¹ *cf* en ce sens, DE OLIVEIRA CARVALHO, Camilo. « A função do *amicus curiae* no Estado constitucional e democrático de direito », *op.cit.*

³² Procédure dans laquelle est demandée la régulation d'une norme constitutionnelle, lorsque les pouvoirs compétents se sont abstenus de le faire. La demande est faite afin de garantir le droit d'une personne lésée par l'omission.

³³ Procédure qui vise à garantir un droit liquide et certain, individuel ou collectif, qui est violé ou menacé par un acte illégal ou inconstitutionnel d'une autorité.

³⁴ Mesure qui vise à protéger le droit d'aller et de venir.

³⁵ Action qui vise à garantir l'accès d'une personne à des informations personnelles, présentes dans des archives ou bases de données d'entités gouvernementales ou publiques. Il est aussi possible de demander la rectification des données incorrectes.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1408.

Pourtant, l'introduction de l'*amicus curiae* dans le contentieux constitutionnel brésilien est controversée aussi bien par sa nature que par son régime juridiques (I). Cette institutionnalisation permet par ailleurs de s'interroger sur les modèles de contrôle de constitutionnalité. En permettant l'intervention de personnes ne pouvant pas être qualifiées de « parties », il convient alors de se demander si la considération du contrôle de constitutionnalité comme un contrôle purement objectif n'est pas obsolète (II).

I. Une institutionnalisation ontologiquement controversée

D'une part, la nature juridique de l'*amicus curiae* pose difficulté. Certains parlent alors d'un « tiers atypique », d'un « auxiliaire de justice », d'une « forme spéciale d'intervention », d'une « modalité de participation de la société » ou encore d'un « collaborateur informel » (A). D'autre part, le régime juridique de l'intervention n'a pas été suffisamment précisé par le législateur, laissant son admission ou son rejet, à la discrétion du rapporteur chargé d'instruire la demande (B).

A) L'*amicus curiae*, un tiers pas comme les autres

L'article 7 *caput* de la loi n° 9.868 dispose que « Ne sera pas admise l'intervention de tiers dans la procédure de l'action directe d'inconstitutionnalité ». Pourtant, son paragraphe 2 énonce que, du fait de l'importance de la matière et de la représentativité des candidats, le rapporteur pourra par une ordonnance définitive et sous un délai de 30 jours, « admettre la manifestation d'organismes ou d'entités ». Aussi, l'article 9, §1, permet au rapporteur de désigner une commission d'experts afin d'obtenir des renseignements supplémentaires en cas de nécessité d'éclaircissement d'une matière, ou pour insuffisance d'informations. Sur ce point, le Tribunal suprême fédéral a pu considérer que le §2 de l'article 7 de ladite loi, « a réduit le sens absolu de l'interdiction quant à l'intervention pour assistance, en passant, désormais, à permettre l'intervention d'entités dotées de représentativité adéquate dans la procédure du contrôle abstrait de constitutionnalité »³⁷.

³⁷ STF, ADI-MC 2.321/DF, Rapp. Min. Celso de Mello, 25/10/2000.

Ainsi, l'*amicus curiae* ne serait pas un tiers, ou en tout cas, pas un tiers comme les autres. Lorsque la manifestation du tiers *strictu sensu* est admise, il intervient en tant que partie ou assistant de cette dernière, alors que l'*amicus* n'a pas cette condition. En ce sens, le Tribunal fédéral suprême dans la décision ADI n° 748/RS³⁸, a considéré que la participation d'*amicus curiae* n'est pas une intervention de tiers, mais d'un collaborateur informel de la Cour, dans la mesure où la loi n° 9.868/88 n'admet pas l'intervention de tiers dans la procédure de l'action directe d'inconstitutionnalité. Toutefois, contrairement aux premières interventions de l'*amicus curiae*, celles effectuées aujourd'hui le sont conformément aux dispositions expressément prévues par le législateur. La terminologie de collaborateur « informel » semble dès lors inadaptée.

Il serait aussi possible d'affirmer qu'il s'agit d'un tiers spécialisé, qui agit dans des procédures objectives qui requièrent des connaissances spécifiques, en apportant un support au juge. Dans cette perspective, il intervient notamment pour des questions techniques, comme dans la ADI n° 3510 sur les recherches sur les cellules souches³⁹.

Pourtant, ce n'est pas un expert. Ce dernier peut lui aussi apporter son aide, mais il n'offre qu'un support technique limité à ce qui a été demandé par le juge ou par les parties, sans avoir un quelconque intérêt dans le débat. Il est assurément neutre⁴⁰ et rémunéré pour son intervention.

Il ne s'agit pas non plus d'un assistant, puisque ce dernier intervient dans une procédure d'une autre personne afin de protéger ses propres intérêts⁴¹. L'assistant apporte un soutien à l'une des parties, avec l'intention de protéger son droit de caractère subjectif, afin que la décision lui soit favorable. Or, l'*amicus curiae* ne doit en principe pas assister les parties, mais le juge, en défendant des droits diffus pouvant appartenir à la société en général⁴².

La qualification de l'*amicus curiae* comme un tiers, dépend aussi de la définition de « tiers » adoptée. L'ancien code de procédure civile brésilien de 1973, prévoyait l'intervention de tiers au procès, sans faire aucunement mention aux *amici*. Pourtant, le nouveau code de procédure

³⁸ STF, ADI-AgR 748/RS, Rapp. Min. Celso de Mello, 01/08/1994.

³⁹ STF, ADI 3510/DF, Rapp. Min. Ayres Britto, 29/05/2008.

⁴⁰ BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *Revista da Escola da Magistratura do RN*, v.7, n. 1 (2008), p. 9.

⁴¹ Conformément à l'article 119 du nouveau code de procédure civile (2015), l'assistant est un tiers *juridiquement* intéressé à ce qu'une décision soit favorable à l'une des parties, pouvant dès lors intervenir afin de l'assister. Sur plus de précisions sur le rôle de l'assistance, cf. arts. 119 à 124 du nouveau code de procédure civile brésilien.

⁴² BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *Revista da Escola da Magistratura do RN*, v.7, n. 1 (2008), p. 9.

civile de 2015, régle dans sa partie générale et plus précisément dans son titre III, l'intervention de tiers, dont le chapitre V porte sur les *amici curiae*. Conformément à cette nouvelle régulation, il est possible d'affirmer que l'*amicus curiae* est un tiers.

L'article 7 *caput* de la loi n° 9.868 semble donc interdire l'intervention de tiers, selon les modalités d'intervention prévues dans l'ancien code de procédure civile. Par l'adoption du nouveau code, il y a une contradiction, puisque la loi n° 9.868 refuse la qualification de « tiers » à l'*amicus*, alors que la nouvelle législation l'admet.

Finalement, la solution quant à la nature de l'*amicus curiae* n'est pas sans équivoque. Dans la lignée de Streck il serait toutefois possible d'affirmer que l'intervention d'entités dans la condition d'*amicus curiae* est auxiliaire, ce qui représente un net facteur de pluralisation et de légitimation du débat constitutionnel. Elle n'a pas la nature juridique d'intervention de tiers, institut typique de procédures où se discutent des droits de nature individuelle⁴³.

En effet, la prévision formelle de l'*amicus curiae* a eu pour objectif principal, de répondre à la nécessité de rendre le débat constitutionnel plural, avec l'apport d'un nombre plus important d'informations et de positions sur la controverse amenée au Tribunal suprême fédéral⁴⁴.

Ainsi, c'est parce que le contrôle brésilien concentré est abstrait, avec un effet *erga omnes*, que l'*amicus curiae* est justifié à intervenir, car la décision aura inéluctablement des conséquences sur toute la société. De surcroît, l'impossibilité d'intervention de tiers prévue par la loi n° 9.868, démontre la volonté du législateur de sauvegarder le caractère abstrait et objectif de la procédure, sans que puissent intervenir des droits subjectifs particuliers. Dans la ADI n° 2.130-3/SC⁴⁵, le juge Celso de Mello note :

« L'admission de tiers, dans la condition d'*amicus curiae*, dans la procédure objective de contrôle normatif abstrait, est un facteur de légitimation sociale des décisions de la Cour suprême, en tant que Tribunal constitutionnel, car elle permet, en conformité avec le principe démocratique, l'ouverture de la procédure de fiscalisation concentrée de constitutionnalité, afin de permettre que soit réalisée, toujours sous une perspective éminemment pluraliste, la possibilité de participation formelle d'entités et d'institutions qui effectivement représentent les intérêts généraux de la collectivité ou qui expriment les valeurs essentielles et importantes de groupes, classes ou couches

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 3a edição, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2013, p. 697.

⁴⁴ Inês Virgínia Prado Soares, « Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional : as audiências públicas no Supremo tribunal federal », in *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional. Do passivismo ao ativismo judicial*, p. 199.

⁴⁵ STF, ADI 2.130-3/SC, Rapp. Min. Celso de Mello, 02/02/2001.

sociales. En résumé : la règle inscrite dans l'art. 7°, §2 de la loi n° 9.868/1999 – qui contient la base normative légitimant l'intervention procédurale de l'*amicus curiae* – a pour finalité principale de pluraliser le débat constitutionnel ».

B) Une procédure dépendante du rapporteur

La loi n° 9.868 prévoit la manifestation d'organes et entités eu égard à l'*importance thématique* et à la *représentativité des candidats*. S'agissant de concepts à texture largement ouverte, il appartient aux rapporteurs chargés d'admettre ou de rejeter leur participation, de préciser dans quelle mesure les *amici curiae* sont compétents pour intervenir.

Il y a d'abord une condition tenant à la qualité l'*amicus* : il doit être un organe ou une entité, donc une personne juridique. Par conséquent, cela est en principe impossible pour une personne physique, afin de ne pas dénaturer le caractère abstrait de la procédure⁴⁶. C'est ce qui ressort notamment de la *Ação cautelar* n° 688/SP⁴⁷.

Les deux autres conditions tiennent à la représentativité des candidats et à l'importance de la matière.

Selon Binenbojm, la *représentativité* est en rapport avec la possibilité pour les membres de l'entité d'être affectés par la décision du Tribunal suprême fédéral dans le contrôle concentré⁴⁸, ou encore si l'organe ou entité, regroupe parmi ses adhérents une portion significative (quantitativement et qualitativement) des membres des groupes sociaux affectés⁴⁹. Ainsi, dans la ADI n° 3931/DF, la juge Carmen Lúcia, a nié la participation de l'ANAMATRA⁵⁰, pour absence d'intérêt direct dans l'action, en affirmant que « la décision rendue dans cette action directe d'inconstitutionnalité, n'affectera en rien l'action professionnelle, la situation financière, ou les prérogatives inhérentes aux juges de la justice du travail »⁵¹. Mais conçue de cette

⁴⁶ Il est néanmoins admis qu'une personne naturelle intervienne dans le cadre du §1 des articles 9 et 20 de la loi n° 9.868.

⁴⁷ STF, AC-AgR n° 688/SP, Rapp. Min. Carlos Britto, 12/06/2006.

⁴⁸ VALENTE CARDOSO, Oscar. « O *amicus curiae* na legislação brasileira », Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 17 n. 113 Out. 2015/Jan. 2016, p. 617.

⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira : legitimidade democrática e instrumentos de realização*, 3^a ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2010, p. 164.

⁵⁰ Association nationale des magistrats de la justice du travail.

⁵¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3941/DF, Decisão monocrática, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ de 19/08/2008.

manière, ce critère semble être un facteur de subjectivisation procédurale, qui semble aussi être refusé par la jurisprudence. À titre d'exemple, dans la ADPF n° 134/CE, le juge Ricardo Lewandowski, a soutenu que « l'admission des demandes formulées, impliquerait l'ouverture d'un espace pour la discussion de situations de caractère individuel, qui ne doivent pas avoir lieu dans le cadre du contrôle abstrait, en plus de configurer des conditions qui s'éloignent de la figure de l'*amicus curiae* »⁵², en niant par conséquent la participation de deux *amici curiae* intéressés.

En analysant la jurisprudence du Tribunal suprême, Laurentiis ressort comme justification du critère de représentativité, les éléments suivants :

« a) l'entité qui cherche à intervenir dans la procédure doit être représentative de classe ou organe ; b) en étendant le raisonnement du dernier point, les juges du Tribunal suprême ont aussi délimité que l'intérêt qui doit être défendu par l'*amicus curiae* ne peut pas être de caractère individuel, mais collectif ; c) il doit exister une compatibilité entre les intérêts de l'entité qui cherche à participer *via* l'*amicus curiae* et les intérêts qui sont discutés dans l'action directe ; d) il ne peut y avoir un chevauchement entre les intérêts de l'*amicus* et du requérant, de sorte que, le premier ne peut englober le second ; e) de nouveaux éléments factuels et juridiques doivent être apportés par l'*amicus curiae* afin que sa participation soit pertinente »⁵³.

Les points « c » énoncent une sorte de « pertinence thématique ». En effet, si elle n'est pas prévue par la loi, la pertinence thématique semble exigée par le Tribunal suprême comme présupposé à l'admission des mémoires d'*amicus curiae* et consiste dans la relation qui doit exister entre les fins institutionnelles et les attributions de l'organe ou entité, et le contenu de l'acte normatif contesté par le biais de l'action directe⁵⁴.

Cette condition jurisprudentielle pose alors difficulté, car elle semble aboutir à une sorte d'intérêt à agir, qui entraînerait une subjectivisation du contrôle. Or, par l'interdiction d'intervention de tiers *strictu sensu* dans le contentieux concentré, le législateur entendait sauvegarder les aspects objectif et abstrait, en permettant la participation de la société dans une procédure qui intéresse la société et non seulement les parties⁵⁵. L'*amicus* doit présenter un

⁵² STF, ADPF 134/CE, *Decisão monocrática*, Rapp. Min. Ricardo Lewandowski, 01/08/2008.

⁵³ CATIB DE LAURENTIIS, Thais. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo tribunal federal*, *op.cit.*, p. 45.

⁵⁴ PAIVA CARNEIRO DA SILVA, Claudia. *O amicus curiae na Suprema corte americana e no Supremo tribunal federal brasileiro : um estudo de direito comparado*, Dissertação de mestrado, UFRJ, Rio de Janeiro, 2011, p. 77.

⁵⁵ FERREIRA MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, 3^a ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 480-481.

intérêt institutionnel mais non juridique dans les procédures où il intervient, car il n'est pas le titulaire du droit discuté⁵⁶. Ainsi, Cássio Scarpinella relève que

« Ce qui donne lieu à l'intervention de ce 'tiers' dans la procédure, est le fait qu'il soit (...) légitimement porteur d'un 'intérêt institutionnel', compris comme un intérêt qui dépasse la sphère juridique d'un individu et que, pour cette raison, est un intérêt méta-individuel, typique d'une société pluraliste et démocratique, qui est détenu par des groupes ou segments sociaux plus ou moins définis »⁵⁷.

En reprenant sa conception, il est alors possible de considérer qu'aura une « représentativité adaptée », toute personne, groupe de personnes, ou entité de droit public, qui démontrera un intérêt institutionnel spécifique, et qu'en fonction de cela, dispose de conditions pour contribuer au débat en offrant des éléments ou informations utiles et nécessaires à l'adoption d'une meilleure décision juridictionnelle⁵⁸. Le critère de la représentativité doit donc être saisi comme la qualité qui fonde la légitimité de l'*amicus* pour intervenir dans le débat.

En ce qui concerne *l'importance de la matière*, elle se réfère à sa complexité et à l'extension des effets de la décision sur la société, ou sur une parcelle considérable de cette dernière. Généralement c'est surtout sur le fondement de l'absence de représentativité que sont rejetées les demandes d'*amicus*. Mais en guise d'exception, dans la demande n° 195.764/2006, le juge Marco Aurélio, considère qu'« il n'existe pas une situation concrète qui requière la participation du syndicat, malgré sa représentativité. En synthèse, il n'est pas nécessaire, étant donné l'ampleur de la thématique en discussion, la manifestation d'organes ou entités ». L'importance de la matière doit donc être reconnue et couplée avec la représentativité du candidat, afin que soit admise la manifestation de l'*amicus*. Pourtant, Batista consacre l'existence d'une présomption d'importance dans l'hypothèse d'un contrôle abstrait de constitutionnalité, dans la mesure où la décision influencera nécessairement la vie de tous les citoyens⁵⁹.

⁵⁶ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Tereza. « *Amicus curiae*: afinal, quem é ele? », *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n. 1, p. 76-80. jan./jun. 2007, p. 77-78.

⁵⁷ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum (ordinário e sumário)*. 3^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol. 2, tomo I, p. 1447.

⁵⁸ SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 147.

⁵⁹ BATISTA DE ARAÚJO NETO, Henrique. « O *amicus curiae* no STF : efetividade e novos rumos », *Constituição e garantia de direitos*, vol. 4, n. 1, p.13.

Valente quant à lui, estime que la matière doit être considérée comme importante, lorsque la décision rendue est susceptible de constituer un précédent⁶⁰. Néanmoins, le système juridictionnel brésilien étant un système de *civil law* où le précédent ne constitue pas une source formelle du droit, une telle position paraît délicate.

Il doit être relevé que le critère de l'importance de la matière ne remet en rien en cause le caractère objectif et abstrait de l'action directe d'inconstitutionnalité, car il s'agit d'une condition relative à l'objet de l'action, à la norme pour laquelle la constitutionnalité est questionnée⁶¹.

La jurisprudence du Tribunal suprême considère que le critère de l'importance est rempli, lorsque des informations supplémentaires sont requises pour que le Tribunal prenne sa décision. Dans la demande d'intervention en *amicus curiae* n° 70.592/2006, le juge Marco Aurélio remarque : « En l'espèce, fait l'objet du contrôle concentré de constitutionnalité, une disposition relative à la survie des partis politiques, matière qui demande une plus grande quantité d'informations pour l'indispensable réflexion ». Il en va de même de la complexité de la matière. Dès lors qu'elle est constatée, le critère de l' « importance de la matière » est rempli⁶². Daniela Medeiros remarque ainsi que telle est la fonction de l'*amicus*, permettre l'effective participation sociale dans des thématiques importantes qui auront un impact collectif⁶³.

En ce qui concerne le déroulement de la manifestation de l'*amicus*, il est nécessaire qu'elle se fasse par l'intermédiaire d'un avocat. Au départ, le Tribunal interdisait les interventions orales, car cela pouvait ralentir le travail du Tribunal⁶⁴. Mais la jurisprudence, en suivant la doctrine du juge Sepúlveda Pertence, a fini par l'admettre de manière exceptionnelle⁶⁵. Finalement, l'amendement n° 15 au règlement intérieur du Tribunal, en date du 30 mars 2004, a par le biais de l'article 131, §3, régulé cette possibilité. Puis, ils peuvent intervenir tout au long de la procédure, jusqu'au début du jugement final. Il peut être rappelé par ailleurs, que tous les débats effectués au sein du Tribunal suprême sont publics et retransmis à la télévision par la chaîne « *TV Justiça* ».

⁶⁰ VALENTE CARDOSO, Oscar. « O *amicus curiae* na legislação brasileira », *op.cit.*, p. 617-618.

⁶¹ CATIB DE LAURENTIIS, Thais. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo tribunal federal*, *op.cit.*, p. 29.

⁶² En ce sens, *cf.* demande n° 133.592/2005.

⁶³ BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *Revista da Escola da Magistratura do RN*, v.7, n. 1 (2008), p. 12.

⁶⁴ STF, ADI 2.223/DF, Rapp. Min. Mauricio Corrêa, 10/10/2002.

⁶⁵ *cf.* STF, ADI 2.675/PE, Rapp. Min. Carlos Velloso et ADI 2.777/SP, Rapp. Min. Cezar Peluso.

Eu égard à l'ouverture terminologique employée par le législateur, le rapporteur est globalement libre de préciser les conditions d'admission de l'*amicus*. Par ailleurs, il n'a pas de voie de recours en cas de refus d'intervention, ne disposant pas juridiquement d'un droit à l'intervention. La compétence discrétionnaire et étendue des rapporteurs, les conduisent à ne pas admettre la manifestation d'un *amicus* lorsqu'elle n'est pas désirable ou utile, même en étant remplis les critères de l'importance de la matière et de la représentativité du candidat⁶⁶. Pourtant, cette liberté ne peut être véritablement critiquée, car elle a été prévue par le législateur lui-même. Cela va de soi, puisque l'*amicus curiae* devant intervenir au soutien de l'émission d'une décision, c'est au juge d'affirmer si ce soutien lui est ou non nécessaire.

La compétence attribuée aux *amici curie* de prendre part à la controverse portant sur la constitutionnalité d'une loi, ne semble en principe pas aller à l'encontre de la raison d'être de l'action directe d'inconstitutionnalité brésilienne et de ses caractères abstrait et objectif. Néanmoins, il a été possible de constater que certaines applications des conditions d'intervention et plus spécifiquement du critère tenant à la représentativité du candidat, peuvent aboutir à une subjectivisation du contentieux, au stade de la procédure d'admission de l'intervention. L'analyse doit donc être poursuivie : une fois la faculté d'intervention reconnue par le rapporteur, ses modalités peuvent-elles remettre en cause le caractère objectif du contrôle concentré brésilien, à l'étape de la prise de décision ?

II. Une institutionnalisation symptomatique de la subjectivisation du contrôle objectif ?

Lorsqu'il est fait référence à un contrôle de constitutionnalité de normes, il s'agit d'un contrôle d'une norme, quelle qu'elle soit, par rapport à la Constitution. Il peut aussi s'agir d'une norme « potentielle », dans l'hypothèse où ce contrôle s'effectuerait *a priori*, c'est-à-dire avant l'adoption de l'acte permettant son entrée en vigueur.

En toutes circonstances, quelle que soit la norme contrôlée, dans le contentieux constitutionnel le contrôlé est effectué par rapport à la Constitution. Celle-ci est la norme

⁶⁶ PAIVA CARNEIRO DA SILVA, Claudia. *O amicus curiae na Suprema corte americana e no Supremo tribunal federal brasileiro : um estudo de direito comparado*, op.cit., p. 79.

suprême des ordonnancements juridiques mettant en place un tel contrôle. C'est afin de garantir cette suprématie constitutionnelle qu'ont été développés des contrôles de conformité des lois à la Constitution à géométrie variable.

Avant de s'interroger plus spécifiquement sur la remise en cause du caractère objectif du contrôle de constitutionnalité par l'intervention d'*amici curiae*, certains présupposés théoriques doivent être admis. Si des distinctions portant sur les modalités de contrôle ont été établies par la doctrine, il faut reconnaître que le contentieux constitutionnel des lois désigne un contrôle entre deux normes abstraites, quelle qu'en soit la procédure : il s'agit d'un contrôle objectif (A). Pourtant, le fait que l'*amicus curiae* ne soit pas neutre par rapport à la procédure, n'amènerait-il pas à une subjectivisation de ce contrôle ? (B).

A) L'objectivité spécifique du contrôle de constitutionnalité des lois

Les modélisations traditionnelles concernant le contrôle de constitutionnalité des lois, sont définies de forme variable. Afin de mieux comprendre les développements qui suivent, il est alors nécessaire de poser quelques définitions préalables.

Le contrôle « abstrait », ou encore, « par voie principale » ou « action directe », est un contrôle réalisé indépendamment de tout événement matériel, abstraction faite de tout litige entre des parties. Son seul objet, consiste dans la vérification de la conformité d'une norme législative par rapport à la norme constitutionnelle. Aucun droit subjectif n'est impliqué dans la controverse portant sur la conformité d'une norme par rapport à la Constitution. L'existence d'un contrôle par voie principale, est généralement - *mais pas nécessairement* - associé à un contrôle concentré. C'est-à-dire qu'un organe *ad hoc* sera spécifiquement - *mais pas limitativement* – chargé de cette compétence.

En revanche, dans le « contrôle concret », « incident » ou par « voie d'exception », la question portant sur la constitutionnalité, apparaît adjointe à la question principale. Le juge doit apporter une réponse à la première, avant la résolution de la seconde. Dans cette hypothèse, la problématique de la conformité d'une norme législative par rapport à la Constitution, se pose à l'occasion d'un litige qui se présente devant une juridiction, qu'il s'agisse de celle qui effectuera le contrôle – contrôle diffus - ou qu'elle doive renvoyer la résolution de la question à un organe spécifique – contrôle concentré. Ainsi, la voie concrète est habituellement - *mais pas inéluctablement* - associée à un contrôle diffus de constitutionnalité⁶⁷. Dans cette hypothèse,

⁶⁷

Le contentieux constitutionnel française faisant partie des exceptions.

tous les organes chargés de l'application de la loi, sont habilités à vérifier sa conformité à la Constitution. Si l'organe considère que la loi est entachée d'inconstitutionnalité, habituellement, sa seule possibilité sera d'écarter l'application de cette loi dans le cas d'espèce. Il annulera la validité de la norme pour le cas concret⁶⁸.

Une deuxième distinction doit être effectuée entre contrôle objectif et subjectif. Elle concerne la prise en considération de faits dans l'opération de contrôle⁶⁹.

Dans le contrôle abstrait, l'objectivité décisionnelle semble acceptée. En ce sens, Guillaume Drago observe :

« Le contrôle abstrait est par nature plus éloigné des éléments de fait, surtout s'il est exercé *a priori*. Il fait jouer le rapport de constitutionnalité de manière pure entre la norme subordonnée et la constitution, et les seuls éléments qui ne sont pas de pur droit sont ceux touchant à la procédure d'adoption de la norme contestée. Ils relèvent rarement de situations subjectives »⁷⁰.

Le contrôle de constitutionnalité des lois à la Constitution est ontologiquement objectif, fondamentalement juridique, ne concernant que le droit pur. Alors même que la doctrine distingue ordinairement, d'une part, le contrôle constitutionnel « abstrait », et d'autre part, le contrôle constitutionnel « concret », il convient de préciser que même dans cette seconde hypothèse, il existe un degré d'objectivité au moment du contrôle. Si *de facto*, l'organe chargé du contrôle abstrait, pourrait effectuer une prospection vers l'avenir et envisager les cas d'espèce qui pourront naître de l'application de la loi (dans l'hypothèse d'un contrôle *a priori*), ou considérer les circonstances d'application de la disposition dans les précédents jurisprudentiels (dans l'hypothèse d'un contrôle *a posteriori*), ces cas d'espèce ne devront être pris en considération par le juge de sorte que le contrôle ne soit plus un contrôle de constitutionnalité mais d'opportunité. Ces situations ne doivent pas être analysées en situations personnalisées, mais dans leur généralité, afin de ne pas tomber dans un contentieux subjectif⁷¹. Par ailleurs, la réalité de la prise en compte des cas d'espèce peut paraître inconstante. Uniquement une étude empirique pourrait apporter des réponses analytiques, sans pour autant qu'il soit convenable d'en tirer des généralités, cet examen étant par principe circonstanciel. Ainsi, la question de

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Théorie pure du droit*, Trad. de *Reine Rechtslehre*, 1962, par Charles Eisenmann, Bruylant, L.G.D.J, 1999, p. 269.

⁶⁹ D'autres conceptions ont pu être formulées concernant la distinction entre contrôle objectif et subjectif. Cf. en ce sens, DRAGO Guillaume, *Contentieux constitutionnel français*, 2^e édition refondue, Thémis droit, Puf, p. 42.

⁷⁰ DRAGO Guillaume, *op.cit.*

⁷¹ Sur la prise en considération des faits dans le raisonnement du juge, Cf. DRAGO Guillaume, *op.cit.*

savoir si les juges constitutionnels ont pris en considération les cas concrets hypothétiques d'application de la loi est contingent, et relève dans la plupart du temps de l'ordre psychologique, sans qu'il soit possible pour l'observateur d'y accéder⁷².

En conclusion de cette réflexion, le contrôle de constitutionnalité des lois, serait composé de trois étapes :

Premièrement, il s'agit des conditions d'admission de la question portant sur la constitutionnalité d'une loi. Ces conditions doivent être établies par une norme, qui précisera par exemple, les délais, les requérants compétents, la qualité de la question pouvant être posée, etc. C'est dans cette perspective que certains systèmes juridiques prévoient la présence d'un litige au fond (contrôle concret), en guise de condition procédurale à l'admission de la question de constitutionnalité. Cette condition possède alors plusieurs variantes. Dans la plupart du temps, il est nécessaire d'établir un lien entre la question posée et le litige. Parfois, de manière plus précise, la résolution de la question doit commander l'issue du procès.

La deuxième étape consiste dans l'analyse de la constitutionnalité à proprement parler. En effet, « ce sont les lois arguées d'inconstitutionnalité qui forment le principal objet de la justice constitutionnelle »⁷³. Pendant cette étape, l'objectivité du contrôle atteint son paroxysme, puisqu'il s'agira de vérifier la conformité d'une norme par rapport à une autre norme. Il doit donc s'agir d'un contrôle purement juridique.

Pourtant, d'autres éléments permettraient de penser que l'objectivité dans l'analyse de constitutionnalité, surtout dans le contrôle « concret », ne relèverait que d'un idéal kelsénien. Ainsi, les Cours constitutionnelles ne cessent d'étendre leur palette de dispositifs décisionnels, afin de ne pas rendre des décisions qui échapperaient au justiciable, ou qui apporteraient des conséquences pratiques indésirables. Par exemple, la possibilité de moduler les décisions dans le temps, permet d'envisager les suites des décisions, ainsi que son application. C'est ainsi les juridictions rendent des décisions tout en essayant de conserver leur « effet utile ».

Toutefois, le raisonnement du juge doit tendre à une objectivité. La prise en compte des faits

⁷² Dans la mesure où les débats entre les membres du Tribunal suprême fédéral sont publics, il est possible d'observer certaines mises en perspective effectuées. Néanmoins, cela varie selon le membre et son argumentation. Cette prospection peut aussi être opérée, sans qu'aucune mention n'y soit faite. Pour ces raisons, aucune conclusion générale ne peut être dégagée.

⁷³ KELSÉN, Hans. « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice de la Constitution) », RDP, 1928, p. 227.

d'espèce ne doit pas être d'une importance qui viderait de sens le contrôle de constitutionnalité entre normes. Dans ce cas ce n'est plus seulement la Constitution en tant que norme suprême de référence qui est sauvegardée, mais aussi les situations juridiques manifestes, conduisant alors les Cours constitutionnelles à s'attribuer des compétences appartenant au législateur ou aux juridictions ordinaires, en concrétisant des normes sans habilitation normative.

Troisièmement, la prise de décision, ou la décision *strictu sensu*. Il s'agit de l'adoption du dispositif décisionnel, c'est-à-dire la déclaration de la conformité ou de la non-conformité de la loi à la Constitution. Cette décision doit résulter des conclusions tirées de la deuxième étape. Or, dans les justices constitutionnelles modernes, il arrive que le dispositif décisionnel soit adopté avant le raisonnement de conformité. La particularité est que l'on vient *greffer* un raisonnement qui serait adapté au dispositif décisionnel *souhaité* par la juridiction. La signification du contrôle de constitutionnalité prend alors une toute autre tournure, dérivant encore une fois d'un contrôle de compatibilité entre normes juridiques, vers un contrôle d'opportunité méta-juridique.

La décision quant à la constitutionnalité d'une loi amènera ensuite, au moment de son application, à ce que le juge envisage ses possibilités de signification et que suivant le cas d'espèce, il concrétise la loi dans un sens donné. C'est donc surtout à ce stade, que les cas d'espèce devront entrer dans le raisonnement du juge. La particularité du contrôle diffus de constitutionnalité, est que les juges chargés d'effectuer ce contrôle seront aussi chargés de concrétiser la loi. Mais cela ne signifie pas pour autant que la réflexion portant sur la constitutionnalité, et celle portant sur l'application de la loi au cas d'espèce doivent être confondues. D'ailleurs, en vertu de l'article 97 de la Constitution brésilienne, lorsqu'une question sur la constitutionnalité d'une loi apparaît au cours d'un procès, elle doit être amenée à la formation plénière du tribunal. Le procès devant une juridiction en formation restreinte reste suspendu, jusqu'à ce que le tribunal en *full bench* rende sa décision. Ce n'est qu'après, que la formation restreinte pourra reprendre le procès, en appliquant ou pas la loi aux faits d'espèce, conformément au sens de la décision rendue.

Eu égard à ces présupposés analytiques, les modalités d'intervention de l'*amicus curiae* sont-elles compatibles avec le caractère ontologiquement objectif du contrôle de

constitutionnalité des lois ? Son absence de neutralité, ne serait-elle pas une preuve de la subjectivisation du contrôle ?

B) La considération de la situation individuelle de l'*amicus* comme indice de la subjectivisation procédurale

Batista affirme que l'*amicus curiae* est une figure neutre et objective qui peut soutenir la libre conviction motivée du juge, dans la résolution de la question constitutionnelle, par le biais d'une collaboration technique et importante, exprimée dans les mémoires ou pendant la soutenance orale. Il ne s'agit pas d'une partie, et il ne la substitue pas, raison pour laquelle, sa contribution, finalement, peut être en faveur ou non de l'acte⁷⁴.

Mais du fait de la terminologie employée, l'*amicus curiae* peut-il ne pas être neutre par rapport à la procédure, au risque de devenir non pas un ami de la Cour, mais un ami des parties ? Une réponse positive à cette question pourrait engendrer la reconnaissance de la subjectivisation du contrôle objectif. La doctrine n'est pas unanime, mais les dispositions de la loi n° 9.868 ne semblent pas imposer cette neutralité.

Pourtant, cette question perd peu à peu d'importance, puisque la majorité des auteurs considère que la neutralité de l'*amicus* est extrêmement réduite ou absente, la règle étant que les amis de la cour soutiennent l'une des solutions de la controverse constitutionnelle⁷⁵. Sa manifestation est partielle, en penchant pour l'un des côtés⁷⁶. C'est en ce sens que des auteurs soutiennent qu'un tel intérêt personnel, suppose la subjectivisation du contrôle objectif de constitutionnalité. Pour certains, cette subjectivisation ressortirait aussi directement des dispositions législatives, qui régissant la possibilité de réalisation de d'expertise technique⁷⁷ : « S'il ne s'agit que d'une comparaison de normes, pour quelle raison le législateur pourrait penser à la nécessité d'admettre l'expertise par la propre loi ? En quoi un expert technique pourrait contribuer et quelle expertise est faite dans le champ abstrait ? »⁷⁸.

⁷⁴ BATISTA DE ARAÚJO NETO, Henrique. « O *amicus curiae* no STF : efetividade e novos rumos », p. 11.

⁷⁵ FRANÇA CORRÊA, Letícia. « A figura do *amicus curiae* no Supremo tribunal federal », Accessible en ligne le 27 mai 2017.

⁷⁶ BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *op.cit.*, p. 8.

⁷⁷ Article 9°, §1 de la loi 9.868, et article 6°, §1, de la loi 9.882.

⁷⁸ DE SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo ; PELUSO NEDER MEYER, Emílio ; BOMFIM RODRIGUES, Eder. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*, vol. 2, Arraes editores, pp.80-81.

Il peut au préalable être souligné que le §2 de l'article 7 de la loi n° 9.868 n'impose pas une telle neutralité. Ensuite, l'*amicus curiae* peut intervenir dans une procédure objective, sans pour autant que sa subjectivisation soit reconnue. Il a un intérêt institutionnel à intervenir, mais pas un intérêt juridique. Il se peut qu'il ait un intérêt personnel dans la controverse, mais s'il entend se manifester, il faudra qu'il démontre que cet intérêt est aussi existant pour la société ou du moins pour une partie considérable de cette dernière. Pour ces raisons, Cladia Paiva considère que dans les actions de contrôle de constitutionnalité, le « tiers » qui se manifestera sera un *amicus curiae* qui présentera un intérêt seulement objectif, mais aussi lorsqu'il présentera un intérêt subjectif conjugué avec l'objectif, car le résultat favorable à la constitutionnalité ou non d'une norme, aura des effets non seulement pour les parties ou pour les *amici curiae*, mais pour toute la société ou une partie de cette dernière⁷⁹. L'intérêt objectif est l'intérêt dans la préservation de l'ordre constitutionnel, qui peut être conjugué avec l'intérêt subjectif dans la solution, dans l'hypothèse d'une question constitutionnelle incidente⁸⁰.

L'importance accordée à la neutralité ou non de l'*amicus* ne doit donc pas être exacerbée. L'on ne peut empêcher qu'il fasse état des conséquences d'une décision sur ses droits subjectifs, dès lors qu'il démontre aussi que son intervention est institutionnellement justifiée. Il est alors nécessaire d'envisager cette éventuelle subjectivisation, non pas tant selon la perspective du mémoire d'intervention de l'*amicus*, mais sur la prise en considération de ses droits subjectifs par le juge. L'*amicus* pourrait contribuer au débat sur la controverse portant sur la constitutionnalité d'une loi, sans que ses droits subjectifs soient impliqués. Peut-être qu'ils seront affectés de manière indirecte, mais il ne s'agit pas de l'objet du contrôle.

En outre, quelle que soit la position de l'*amicus*, elle peut ou non être prise en considération par les juges, contribuer à leur conviction ou être écartée⁸¹. Une étude empirique effectuée par Medina, démontre que l'*amicus* a une influence certaine dans la prise de décision du Tribunal suprême, en augmentant les chances de réussite de celui qui reçoit son soutien. Cela pose alors la question du rôle de l'information dans la prise de décision dans des cas complexes, et de l'équilibre procédural, dans la perspective d'offre d'alternatives interprétatives par des tiers

⁷⁹ PAIVA CARNEIRO DA SILVA, Cláudia. *O amicus curiae na Suprema corte americana e no Supremo tribunal federal brasileiro : um estudo de direito comparado*, op.cit., p. 72.

⁸⁰ PAIVA CARNEIRO DA SILVA, Cláudia. *O amicus curiae na Suprema corte americana e no Supremo tribunal federal brasileiro : um estudo de direito comparado*, op.cit., p. 72.

⁸¹ BRASIL MEDEIROS, Daniela. « *Amicus curiae*: um panorama do terceiro colaborador », *Revista da Escola da Magistratura do RN*, v.7, n. 1 (2008), p. 9.

intéressés⁸². Pour cette raison, il considère qu'il n'y a donc pas de neutralité. D'ailleurs, il affirme que

« L'*amicus curiae* est un tiers qui intervient dans la procédure de prise de décision juridictionnelle, fréquemment en défense de droits par lui représentés, en offrant des informations autour de la question juridique controversée, bien comme de nouvelles alternatives interprétatives. L'instrument est utilisé, essentiellement, par des entités associatives, qui offrent des mémoires avec trois types d'information : renforcement des argumentations juridiques déjà présentes dans la procédure ; éléments techniques non légaux ou données sur des faits et pronostiques ; indices autour des préférences politiques du groupe d'intérêt qu'ils représentent »⁸³.

Cette influence serait notamment due à la distribution asymétrique d'informations résultant de son action polarisée, constituant une conséquence négative de l'intervention. En soutenant l'une des solutions décisionnelles, l'*amicus* agirait dans la révélation d'informations importantes qui adoptent le point de vue défendu par la partie qu'il soutient. Ce déséquilibre fera que la partie qui ne possède pas son soutien ait un désavantage, réduisant ainsi ses chances de réussite, puisque le juge aura entre ses mains, moins d'alternatives interprétatives pour adopter la perspective juridique défendue par ce pôle de la procédure. En offrant un plus grand nombre d'alternatives interprétatives au juge, la partie et ses *amici*, disposeraient d'un avantage informationnel, en augmentant les chances de réussite, dans la mesure où ils augmentent la probabilité de présenter un argument qui va à l'encontre des préférences interprétatives du juge⁸⁴. Pour l'auteur, dans l'application de la régulation brésilienne, l'*amicus curiae* ressemble plus à un *amicus causae* ou *amicus partes*, car empiriquement, il a un intérêt dans la résolution de la controverse.

Cette distribution asymétrique d'information serait encore plus problématique si dans l'adoption de la décision quant à la constitutionnalité d'une loi, le juge prenait en considération la situation individuelle de l'*amicus*. Malgré, les conditions d'intervention fondamentalement objectives, une subjectivisation procédurale, non plus au stade de l'admission de l'*amicus*, mais de la prise de décision, pourrait être remarquée. Par l'introspection par le juge, des

⁸² MEDINA, Damares. *Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus curiae no Supremo tribunal federal*, Dissertação de Pós-Graduação, Brasília, DF, 2008, p. 168.

⁸³ MEDINA, Damares. *Ibid.*, p. 179.

⁸⁴ MEDINA, Damares. *Amigo da corte ou amigo da parte? Amicus curiae no Supremo tribunal federal*, Dissertação de Pós-Graduação, Brasília, DF, 2008, p. 181.

conséquences de la décision sur la situation subjective de l'*amicus*, alors même qu'il ne s'agit pas d'une partie à un procès et qu'il ne dispose pas d'un intérêt juridique, le caractère objectif du contentieux serait mis en péril. Cette subjectivisation s'inscrit dans la lignée « néoconstitutionnaliste » dont l'objectif est notamment de rendre effectif des mécanismes qui garantissent la démocratisation et la légitimation des pouvoirs étatiques ou de son exercice⁸⁵. La prise en considération du principe démocratique dans la procéduralisation des actions d'inconstitutionnalité n'est pas en soi problématique, puisque par la mise en valeur moderne de la « démocratie participative », des mécanismes sont prévus pour rendre effective la participation des citoyens, réels détenteurs du pouvoir, dans les actions de l'État. Ce qui l'est plus, c'est la volonté de défendre les droits fondamentaux à tout prix, en allant au-delà des dispositions juridiquement prévues. Cela va non seulement à l'encontre de la raison d'être du contrôle de constitutionnalité des lois, mais aussi de la législation de 1999 qui, comme affirmé auparavant, a souhaité empêcher la mise en débat de droits subjectifs particuliers.

Ainsi, les dispositions législatives brésiliennes n'ont pas reconnu l'existence dans l'action directe d'inconstitutionnalité, de droits subjectifs pouvant être analysés par le juge. Il est seulement admis qu'une certaine catégorie de personnes tierces à la procédure, expriment leurs considérations sur ce qui sera jugé, en contribuant à la qualité de la décision. C'est surtout la manière dont le juge rendra sa décision qui pourra constituer un indice de subjectivisation du contrôle.

⁸⁵ BATISTA DE ARAÚJO NETO, Henrique. « O *amicus curiae* no STF : efetividade e novos rumos », *op.cit.*, p. 12.