

Les réformes inachevées de la motivation des arrêts de la Cour suprême des États-Unis

Élisabeth ZOLLER - Professeur à l'Université Panthéon-Assas

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 55-56 (DOSSIER : RÉFORME ET MOTIVATION DES DÉCISIONS) - JUIN 2017

Dans le discours qu'il donna à l'occasion de la rentrée solennelle de l'École de droit de Sciences Po le 14 septembre 2016, M. Laurent Fabius, Président du Conseil constitutionnel, a présenté la réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel en ces termes : « J'ai souhaité, en accord avec le collège qui m'entoure, rendre nos décisions plus simples et mieux motivées »⁽¹⁾. Le Président Fabius expliqua ces deux axes en précisant, « simplifier constitue une exigence démocratique : si la technicité du droit ne peut... être niée ou gommée, une décision de justice ne doit pas pour autant être un texte crypté (...) Une bonne décision de justice doit non seulement juger juste, mais parler clair », et il ajouta, « une exigence connexe concerne l'approfondissement de la motivation... Une brièveté excessive peut conduire le juge à affirmer plus qu'à démontrer. Nous avons donc souhaité (...) améliorer cet aspect de nos décisions, en évitant les affirmations insuffisamment argumentées et en explicitant davantage le raisonnement juridique qui nous conduit à la solution retenue »⁽²⁾.

À deux reprises, au cours de sa longue histoire, la Cour suprême des États-Unis a cherché, elle aussi, à faire la même chose, à « simplifier et mieux motiver ses décisions ». La première fois, ce fut entre les années 1801-1804, sous l'impulsion du Président John Marshall. La seconde, ce fut après la crise de 1937 à l'initiative du Président Harlan Fiske Stone. Dans le premier cas, la réforme était de nature formelle et concernait la présentation de l'arrêt. Dans le second, elle était de nature matérielle et portait sur la référence obligée du juge à l'autorité d'un précédent. Ni l'une, ni l'autre de ces tentatives n'ont réussi. Certes, ces échecs ne préjugent en rien du destin que connaîtra la réforme de la motivation de ses décisions par le Conseil constitutionnel. Mais l'analyse de leurs causes ci-après entreprise est éclairante des limites de l'ambition humaine. Les progrès du droit ne se font pas par de grands bonds en avant, mais le plus souvent à coups de pouce, et dans les deux cas examinés ici, la Cour suprême semble l'avoir oublié.

I – L'éphémère réforme de la motivation formelle

Lorsque John Marshall prit officiellement ses fonctions de Président de la Cour suprême, le 4 février 1801, lui aussi aurait pu dire qu'il souhaitait rendre les décisions de la Cour « plus simples et mieux motivées ». Il faut dire qu'à l'époque, elles ne l'étaient guère parce qu'elles étaient rendues *seriatim*, autrement dit, chaque juge opinait sur la question soumise. Le résultat était que l'arrêt n'était pas simple parce que, si aucun juge ne se rangeait à l'avis d'un autre, il pouvait y avoir autant de motifs que de juges sur le siège de sorte que, pour connaître « le » motif de la décision, au-delà de celui ou de ceux propres à chacun, il appartenait aux justiciables de le rechercher eux-mêmes en comparant toutes ces opinions entre elles pour y trouver leur plus petit dénominateur commun, un exercice de lecture qui consiste à déceler la *ratio decidendi*, la raison du jugement, et que seuls des avocats ou des hommes de loi peuvent faire pour cette simple raison qu'il faut savoir lire le droit pour y arriver. D'autre part, du chef de cette diversité d'opinions, l'arrêt était compliqué et la décision de la Cour n'était pas revêtue de l'autorité qui sied à la plus haute instance judiciaire de la nation car, lorsqu'ils ne concordaient pas, les motifs de tous ces juges étaient plus une illustration de leurs divisions que le témoignage d'un débat démocratique argumenté qui s'était engagé entre eux. Par la force des choses, l'arrêt rendu était fragile.

Un bon exemple de cette fragilité avait été l'arrêt rendu dix ans plus tôt dans une affaire *Chisholm v. Georgia*⁽³⁾ dans laquelle la Cour avait dû dire si, dans le silence de la Constitution fédérale, les États de l'Union étaient toujours souverains et s'ils pouvaient opposer une immunité de juridiction à l'action en dommages-intérêts formée par l'exécuteur testamentaire d'un créancier qui n'avait pas été payé de fournitures de vivres dûment livrées à un État membre. Cinq juges opinèrent sur la question :

Pour le juge Iredell, la réponse était affirmative au motif que la Cour devait appliquer la Constitution conformément à la loi organique sur le pouvoir judiciaire fédéral (*Judiciary Act of 1789*) qui prévoit sur la question précise des actions de plein contentieux engagées devant les cours fédérales que le juge les traite conformément « à des principes et des usages qui s'accordent avec le droit » (*agreeable to the principles and usages of law*). Or, la *common law* a toujours subordonné ces actions au consentement du souverain de sorte que *Chisholm* n'ayant pas obtenu le consentement de la Géorgie, son action ne pouvait prospérer.

Pour le juge Blair, la réponse était négative au motif que la Constitution donnait compétence aux cours fédérales pour statuer sur toute

question entre un État et les citoyens d'un autre État, ce qui était le cas de l'action de Chisholm, un citoyen de Caroline du sud, qui se trouvait être l'exécuteur testamentaire du citoyen de Géorgie qui n'avait pas payé des marchandises qu'il avait livrées.

Pour le juge Wilson, la réponse était aussi négative au motif que si, par l'effet de sa seule volonté, un État pouvait échapper à la compétence du pouvoir judiciaire fédéral, les États-Unis ne formeraient pas une Nation. Pour le juge Cushing, la *common law* était inapplicable dans une espèce qui ne devait être réglée que par référence à la Constitution ; or, celle-ci étend expressément la compétence des cours fédérales à tout différend entre un État et le citoyen d'un autre État.

Pour le Président Jay, enfin, la Géorgie n'était tout simplement plus un État souverain parce que la Révolution contre l'Angleterre avait radicalement changé la situation politique et que dorénavant la souveraineté appartenait au peuple ; dans ces conditions, la justice devait être la même, qu'elle soit due par un homme à un million d'hommes ou par un million d'hommes à un seul citoyen.

À ne compter que les voix en sa faveur, Chisholm l'emportait donc à la solide majorité de quatre voix contre une ; mais la Géorgie ne régla jamais sa dette. Bien mieux, à la suite de l'arrêt, elle rallia tous les États pour faire adopter un amendement à la Constitution fédérale qui le renversa en prévoyant que le pouvoir judiciaire des États-Unis ne serait pas interprété de façon à s'étendre à tout procès en droit ou en équité commencé ou poursuivi contre l'un des États, membre des États-Unis, par des citoyens d'un autre État. Ce fut une cuisante défaite pour la Cour qui mit plus d'un siècle à trouver une parade⁽⁴⁾ et pour le parti fédéraliste qui avait oeuvré à la Convention de Philadelphie pour éviter que la Constitution mentionne la souveraineté des États, concept fétiche des Anti-fédéralistes, qui était expressément réservé dans les Articles de Confédération, qui avait causé son impuissance et qui, pour les Fédéralistes, n'avait plus de raison d'être dès lors que la souveraineté était désormais populaire. Mais cette majorité ne réussit pas à convaincre l'opinion publique et l'une des raisons était que, pour conforme qu'elle fut avec l'esprit de la Constitution, sa motivation était faible parce que divisée. Face à l'argument de texte du juge Iredell, doublement fondé sur la loi organique de 1789 sur le pouvoir judiciaire et sur la *common law*, les motifs avancés par ses collègues n'avaient pas l'autorité suffisante car ils étaient discordants, peu précis et surtout éclatés.

Pour renforcer l'autorité des arrêts de la Cour, John Marshall proposa d'adopter la formule dite de « l'opinion de la Cour », qui consiste à rendre la décision sous la forme d'un document unique qui exprime la position commune des juges considérés comme formant un collège et qui est lu par l'un d'eux au nom de la Cour. Il pensait que « la pratique interne à chaque tribunal doit nécessairement faire en sorte que l'opinion délivrée comme l'opinion de la cour soit préalablement soumise à tous les juges ; et si une quelconque partie du raisonnement est contestée, il faut la modifier jusqu'à ce qu'elle rencontre l'approbation de chacun, avant de pouvoir être présentée comme l'opinion de tous »⁽⁵⁾.

Sa réforme n'a qu'imparfaitement abouti. Certes, les arrêts de la Cour sont aujourd'hui rendus sous la forme d'une opinion de la Cour, mais elle est rarement la seule. L'idée selon laquelle il fallait « la modifier jusqu'à ce qu'elle rencontre l'approbation de chacun de sorte qu'elle puisse être considérée comme l'opinion de tous » n'a pas emporté l'adhésion. Certes, elle a inspiré la rédaction du célèbre arrêt *Marbury v. Madison* et sans doute faut-il y voir l'une des raisons de l'exceptionnelle autorité de sa motivation qui est restée un modèle par sa logique et sa rigueur. Lorsque la Constitution prévoit expressément que la Cour est compétente en première instance pour toutes les affaires concernant les agents des puissances étrangères (ambassadeurs, autres ministres publics et consuls) et pour toutes celles dans lesquelles un État est partie (Art. III, Sec. 2 (2) de la Constitution), et en appel dans les autres cas, et que la loi organique sur le pouvoir judiciaire de 1789 prévoit qu'elle peut ordonner une injonction quand elle est saisie en première instance, la loi est contraire à la Constitution parce que : « Si le Congrès conserve le pouvoir de conférer à la Cour une compétence d'appel dans les cas où la Constitution ne lui attribue qu'une compétence de première instance et une compétence de première instance là où la Constitution ne parle que de compétence d'appel, la répartition des compétences judiciaires effectuée par la Constitution n'est qu'une coquille vide (*form without substance*) »⁽⁶⁾.

La réforme de la motivation par la technique d'une opinion majoritaire unique ne dura qu'un temps. Elle tomba en sommeil trois ans seulement après son introduction. En 1804, le juge William Johnson, qui avait été nommé par le Président Jefferson, chef du parti républicain, adversaire déclaré du parti fédéraliste, dérogea à l'obligation de rechercher un consensus. Et bientôt, tel un phénix qui renaît de ses cendres, la pratique des opinions séparées, concordantes ou dissidentes, ressuscita. D'où vient cela ?

La réponse a été donnée en 1937 au moment de la crise du New Deal par le juge George Sutherland dans l'arrêt *West Coast Hotel Co. v. Parrish* qui amorça le revirement de jurisprudence en matière de liberté contractuelle qui ouvrit la voie vers l'avènement du *Welfare State* (État-providence) et qui fut acquis à la faible majorité de cinq voix contre quatre. Tenant la plume au nom des quatre dissidents, le juge Sutherland justifia leur dissidence commune en ces termes :

« Dans notre système de gouvernement, dans lequel la Constitution écrite se présente elle-même comme la loi suprême, il doit exister, par la force des choses, un organe investi du pouvoir du dernier mot sur la validité d'une loi qui est attaquée comme inconstitutionnelle. La Constitution dit clairement que ce pouvoir est dévolu à la Cour quand le problème se pose dans un différend qui ressort de sa compétence et tant que ce pouvoir lui reste acquis, son exercice ne saurait être écarté sans que la confiance qu'on a placée en elle soit trahie.

« Comme ce fut déjà le cas dans l'affaire *Atkins*, on nous a répété à plusieurs reprises que ce devoir judiciaire était d'une extrême gravité et d'un exercice délicat ; que, lorsque des doutes fondés se font entendre sur la constitutionnalité d'une loi, il faut toujours pencher en faveur

de celle-ci. Mais des doutes de qui parle-t-on et qui doit les résoudre ? Bien entendu, dans la recherche d'une juste solution, chaque juge doit tenir compte des vues de ses collègues qui ne sont pas d'accord avec lui ; mais, la question à laquelle il doit répondre en fin de compte n'est pas celle de savoir si ces vues semblent fondées à ceux qui les partagent, mais si elles le convainquent, lui personnellement, que la loi est constitutionnelle, ou si, au contraire, elles font naître dans son esprit des doutes sur la manière de le dire rationnellement. Le serment qu'il a prêté à son entrée en fonctions n'est pas collectif, mais individuel. Quand il statue sur la constitutionnalité d'une loi, il remplit un devoir qui lui a été confié à titre personnel, et il ne saurait s'en acquitter en se rangeant automatiquement aux vues de ceux de ses collègues qui n'ont réussi ni à le convaincre, ni à faire naître dans son esprit un doute raisonnable. S'il renonçait à sa liberté de jugement sur une question aussi importante, il commettrait un parjure. Il ne peut aliéner à ce point ses convictions, prétendre rester fidèle à son serment et, dans le même souffle, garder son indépendance judiciaire et morale.

« L'idée selon laquelle il n'y a que son sens de la retenue (*self-restraint*) qui puisse limiter le juge dans son pouvoir de faire prévaloir un droit constitutionnel sur la loi inconstitutionnelle, est tout à la fois irréfléchie et funeste. La retenue ressort de la volonté, non du jugement. Le véritable frein qui pèse sur le juge est le serment que la Constitution lui impose de prêter en son âme et conscience à son entrée en fonctions ; et dans la mesure où son devoir est de se décider et de juger en fonction de lui, on ne voit pas comment il peut y avoir un autre frein. La Cour agit comme un tout. Elle ne peut pas agir autrement de sorte que, quand la majorité (fut-elle d'une voix, ou fut-elle proche de la quasi-unanimité) établit une règle de droit dans une décision, celle-ci lie ceux qui la désapprouvent comme ceux qui l'approuvent tant qu'elle est inchangée. Toute autre solution rendrait la bonne administration de la justice impossible. Mais les minoritaires ont le droit d'exprimer leur désaccord, et parfois, dans des affaires de grande importance, c'est même leur devoir de le faire longuement – mais toujours, cela va de soi, dans des termes qui, pour fermes qu'ils soient, ni ne s'attaquent à la personnalité, ni ne mettent en doute la bonne foi de ceux qui pensent autrement »⁽⁷⁾.

Aux États-Unis, le devoir du juge d'exprimer son opinion et non celle d'un autre, est commandé par sa responsabilité individuelle. Celle-ci ne peut jamais être éludée et le serment qu'il prête ne fait que la renforcer. Mais la liberté de conscience l'emporte sur tout autre devoir, qu'il soit d'intérêt public, voire d'intérêt national, comme c'est le cas lors qu'il est requis des juges de la Cour suprême, la plus haute instance judiciaire de la Nation. L'individu l'emporte toujours sur le tout aux États-Unis, même, et peut-être plus encore, lorsqu'il est juge.

II – L'impossible réforme de la motivation matérielle

En droit français, la motivation s'inscrit dans la culture d'interprétation qui caractérise un « système juridique fermé » dans lequel toute espèce de question peut, et doit en théorie, être résolue par référence à un texte, le plus souvent, une loi que le juge interprète pour en extraire les principes qui développent l'intention du législateur⁽⁸⁾. En *common law*, la motivation s'effectue dans la culture de distinction qui est la marque d'un « système juridique ouvert » fondé sur une méthode qui consiste pour le juge à se référer à un précédent qu'il doit soit appliquer au cas qui lui est soumis, soit écarter en le distinguant du cas qui est devant lui pour créer une règle nouvelle⁽⁹⁾. La référence au précédent est automatique même lorsqu'il existe une loi qui commande la solution à apporter au litige dans la mesure où, pour un juriste formé à la *common law*, « il n'existe de règle de droit véritable que vue à travers les faits d'une espèce, et réduite à la portée nécessaire pour trancher un litige »⁽¹⁰⁾. Le résultat est qu'au fil du temps, la loi finit « noyée sous une masse de décisions jurisprudentielles dont l'autorité se substitue à celle des textes légaux »⁽¹¹⁾.

Le système du *judge-made law*, de ce droit fait par le juge qui progresse au cas par cas, au gré des affaires portées devant lui, donne des résultats satisfaisants tant que le droit reste matériellement composé de précédents, autrement dit, tant que la *common law* reste la première source des règles de droit, ce qui a été longtemps la situation du droit privé aux États-Unis⁽¹²⁾. Mais il pose de grandes difficultés lorsque les lois se multiplient comme ce fut le cas à partir de la fin du XIX^e siècle dans les États industrialisés. Aux États-Unis, la situation s'est avérée plus compliquée qu'ailleurs parce que les lois, qu'elles soient adoptées par les États ou par l'État fédéral, ont dû se frayer un chemin dans une forêt de précédents qui étaient, du chef du pouvoir des juges de contrôler la constitutionnalité des lois, non seulement de nature législative, mais encore de nature constitutionnelle. La conciliation de ce droit jurisprudentiel avec le droit législatif est entrée en crise et celle-ci a connu son apogée au moment du New Deal.

En un sens, ces difficultés étaient inéluctables dans la mesure où, aussi loin qu'on remonte dans le temps, le juge de *common law* n'a jamais accueilli la loi à bras ouverts. Il la considère comme une intruse ; la loi n'est pas un mode d'expression normal du droit en *common law* ; le droit normal est le droit dit par le juge et la loi doit y trouver sa place ; c'est elle en principe qui doit s'incliner devant le droit, et non l'inverse. Le juge de la Cour suprême qui l'a compris mieux que personne est Harlan Fiske Stone, Président de la Cour (1941-1946). Dans une conférence qu'il donna à Harvard en 1936 sur « La *common law* aux États-Unis », le juge Stone, qui avait été professeur de droit, puis doyen de Columbia, et qui avait été nommé juge à la Cour en 1925 par le Président Coolidge, avait exposé de manière magistrale la raison pour laquelle « l'un des problèmes majeurs de la *common law* était de trouver une meilleure coordination du droit fait par le juge avec le droit législatif »⁽¹³⁾. Il s'y révélait si en avance sur son temps qu'il n'est pas exclu qu'en 1941, le Président Roosevelt y ait vu une bonne raison pour le nommer Président de la Cour. Au cours de cette conférence, le juge Stone avait dit :

« Malheureusement, nous ne pourrions jamais refaire notre philosophie d'interprétation des lois *ab initio*, mais nous pourrions leur réserver meilleur accueil, considérer qu'elles aident le droit judiciaire bien plus qu'elles ne lui portent préjudice, revoir notre théorie selon laquelle les lois seraient des commandements du souverain et cesser d'entretenir l'illusion qu'en les interprétant, notre seule tâche est de découvrir l'intention du législateur. Nous pourrions au moins leur laisser la possibilité de nous révéler les raisons de leur adoption et nous pourrions laisser leurs commandements prescrire le traitement que les juges doivent leur accorder »⁽¹⁴⁾.

En vérité, le juge Stone proposait une réforme radicale de la motivation ni plus, ni moins ; il suggérait à mots couverts l'abandon de la motivation par référence obligée à un précédent et l'adoption d'une méthode étonnamment proche des méthodes civilistes :

« J'observe, poursuivait-il, que les lois récentes ont ressuscité l'ancien usage de commencer par un exposé des motifs en présentant les raisons de leur adoption. Cette pratique servait autrefois, il est vrai, à lever les doutes sur leur constitutionnalité, mais elle peut aussi aider à les interpréter. De même que la motivation augmente l'autorité du jugement, l'exposé des motifs dans la loi ou des travaux préparatoires qui permettent de les répertorier de manière plus adéquate facilitent l'introduction de la loi dans le droit judiciaire »⁽¹⁵⁾.

Désormais, le juge devait avoir vis-à-vis du précédent une « fidélité qui ne soit pas trop rigide » et il devait lui préférer une motivation fondée sur les raisons avancées par le législateur. La distanciation du juge d'avec le précédent n'impliquait pas nécessairement, insistait-il, de changer la méthode par laquelle la *common law* avait l'habitude de régler les problèmes, parce que :

« Cette méthode qui trace la ligne entre le permis et l'interdit, pas à pas, en évaluant et en comparant les expériences du passé et du présent au gré des affaires qui se présentent, est applicable en droit public comme en droit privé. C'est ainsi que les cours appelées à statuer sur des questions de droit constitutionnel ont toujours trouvé dans la *common law* des outils prêts à l'emploi qu'ils ont adaptés à chaque occasion.

« Conçu à un très haut degré de généralisation, l'idéal historique de la *common law* est une application raisonnée de standards de comportement applicables à toute action, qu'elle soit publique et privée. L'idéal de la *common law* est celui d'un droit universel placé au-dessus des organes de gouvernement ; mais, concrètement, il n'a jamais pris la forme d'un pouvoir emprisonné dans une nasse de règles méticuleuses comme celles qui encadrent le droit de propriété immobilière. Certes, il existe des règles de cette sorte dans la Constitution fédérale et dans les constitutions d'États. Dans la Constitution fédérale, tel est le cas de l'interdiction des condamnations sans jugement, ou des taxes sur les exportations, ou de l'exercice par un État du pouvoir de passer des traités, ou de celui de battre monnaie, etc., toutes dispositions qui sont prévues sous forme de commandements rédigés dans des termes spécifiques, plus ou moins détaillés, laissant peu de marge de manoeuvre pour les interpréter différemment. Mais ce n'est pas le cas des grandes garanties constitutionnelles et des immunités contre les atteintes à la liberté personnelle et à la propriété qui donnent naissance aux questions les plus complexes du droit constitutionnel. Ces dispositions ne font qu'énoncer les standards que le juge doit appliquer au cas d'espèce en fonction des circonstances et des conditions propres à chaque affaire. Le principal et l'ultime standard qui ressort de ces dispositions est l'exigence du caractère raisonnable que doit revêtir tout acte des autorités publiques et son absence de tout caractère arbitraire ou oppressif »⁽¹⁶⁾.

Dans ces conditions, le juge pouvait prendre ses distances vis-à-vis du précédent à partir du moment où il restait fidèle à la méthode de *common law*, car ce n'est pas le précédent qui fonde l'autorité de la décision, mais la méthode par laquelle le juge y parvient.

Forts de ces suggestions, les juges se sont distanciés de la méthode traditionnelle de motivation en matière constitutionnelle comme en matière législative. En matière constitutionnelle, le plus célèbre exemple est la décision *Brown v. Board of Education* (1954) dans laquelle, écartant le précédent *Plessy v. Ferguson* qui avait établi en 1896 la doctrine « séparés, mais égaux » (mais sans le renverser formellement), elle a jugé qu'il ne faisait plus autorité « dans le domaine de l'enseignement public », que la doctrine qu'il énonçait « n'y avait pas sa place », au seul motif que « les travaux scientifiques modernes » – entendez, des études sociologiques et psychologiques récentes – avaient amplement confirmé son effet nocif sur le développement scolaire et mental des enfants noirs⁽¹⁷⁾. En matière législative, elle s'est montrée plus accueillante vis-à-vis des lois et elle s'est mise à les interpréter en fonction du but recherché par le législateur. Un exemple est l'arrêt rendu à propos de la loi de 1964 sur les droits civiques dans lequel elle a estimé que des tests professionnels qui, en apparence, ne sont pas discriminatoires peuvent l'être en réalité, s'ils ont un effet disproportionné (*disparate impact*) sur les employés noirs qu'ils éliminent systématiquement⁽¹⁸⁾.

Mais plus la Cour s'est départie de ses méthodes traditionnelles de motivation et plus son crédit a chuté. Il ne fallut pas longtemps avant que le mouvement conservateur lui reproche de faire dire n'importe quoi à la Constitution et aux lois. Exposée aux critiques, elle est revenue à des méthodes plus classiques et elle a renoué avec l'usage de motiver à partir de précédents. Le Président Roberts, par exemple, a constitutionnellement sauvé la loi de santé sur des soins abordables (Obamacare) en s'appuyant sur des précédents en matière fiscale, sans référence aux motifs du Congrès⁽¹⁹⁾ ; ou le juge Kennedy a reconnu un droit au mariage pour les personnes de même sexe sur le fondement de précédents en matière de liberté individuelle et d'égalité de protection des lois qu'il a combinés pour en faire l'avant et le revers d'une même médaille comme la Cour l'avait fait en 1966 pour annuler une loi d'État qui interdisait la miscégenation⁽²⁰⁾. En matière législative, la Cour a tout simplement refusé de s'éloigner, a fortiori de renverser ses précédents, même lorsque l'intérêt général le commandait, dès lors que, dans ce domaine et à la différence de la matière constitutionnelle, le Congrès a toute liberté pour le faire s'il existe en son sein une majorité à cet

En conclusion, les réformes inachevées de la motivation des arrêts de la Cour suprême démontrent que, contrairement à l'opinion commune, le juge n'est pas maître de la manière dont il doit la faire. La motivation n'est pas à son entière discrétion ; elle est commandée par un système juridique dont il lui faut tenir compte. Or, sous cet angle, il n'y a que deux manières de motiver, par l'histoire ou par les textes. La première est celle de la common law ; la seconde est celle du droit écrit. Le critère de distinction entre les deux a été expliqué par Tocqueville dans des termes qui n'ont pas pris une ride :

« Le légiste anglais ou américain recherche ce qui a été fait, le légiste français ce qu'on a dû vouloir faire ; l'un veut des arrêts, l'autre des raisons » ⁽²²⁾.

À la lumière des déboires qu'a connus la Cour suprême dans ses efforts pour motiver comme un juge de civil law en quelque sorte, les reproches que la doctrine adresse au Conseil constitutionnel pour ne toujours pas motiver assez comme on le fait en common law, pour ainsi dire, et ce nonobstant la réforme récemment introduite, paraissent bien sévères ⁽²³⁾.

(1) Laurent Fabius, Sciences Po Paris, 14 septembre 2016, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation/contributions-et-discours/2016/discours-dem-laurent-fabius-a-l-occasion-de-la-entree-solennelle-de-l-ecole-de-droit-de-sciences-po-%E2%80%93-paris-14-septembre-2016.147801.html>

(3) *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S. (Dallas) 419 (1793).

(4) Elle y parvint dans une affaire Ex parte *Young*, 209 U.S. 123 (1908) dans laquelle elle jugea que, si le Onzième amendement interdit aux cours fédérales d'entendre des poursuites engagées contre l'État, personne morale, il ne leur interdit pas d'entendre celles qui sont engagées contre son agent public qui cherche à faire respecter une de ses lois contraires à la Constitution fédérale.

(5) Cité par John P. Kelsh, "The Opinion Delivery Practices of the United States Supreme Court 1790-1945", *Washington University Law Quarterly*, vol. 77 (1999), p. 149. Pour une analyse des arguments en faveur, et contre, les opinions séparées, v. notre article, « La pratique de l'opinion dissidente aux États-Unis », *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril : La République*, LGDJ, 2001, p. 609 et s.

(6) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 174 (1803).

(7) *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379, 401-402 (1937)

(2) *Eod. loc.*

(8) J.E. M. Portalis disait de ces principes qu'ils devaient être « féconds en conséquence », *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences, coll. « Voix de la Cité », 1999, p. 19.

(9) Sur l'opposition entre systèmes juridiques fermés et ouverts, v. R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 12e éd., 2016, p. 289, § 309.

(10) R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, coll. Précis, 12e éd., 2016, p. 314, § 345.

(11) *Ibid.*, p. 306, § 334.

(12) Et encore, ceci n'est vrai qu'à la condition que les précédents ne soient pas appliqués de façon mécanique, mais que le juge sache faire évoluer la jurisprudence pour adapter le droit aux besoins de la société, tâche que, de l'avis de l'historien le mieux informé sur la question, le juge américain sut remplir à la satisfaction générale tout au long du XIX^e siècle, v. Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard UP, 1979. **(13)** Harlan Fiske Stone, « The Common Law in the United States », *Harvard Law Review*, vol. 50 (1936), p. 4 et s.

(14) *Ibid.*, p. 15.

(15) *Eod. loc.*

(16) *Ibid.*, p. 23.

(17) *Brown v. Board of Education of Topeka* (I), 347 U.S. 483 (1954) ; GACSEU, p. 285.

(18) *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

(19) *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services*, 567 U.S. 2 (2012), 132 S.Ct. 2566 ; v. notre chronique, RDP, 2013, n° 5, p. 1349 et s.

(20) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

(21) Un exemple est son refus d'appliquer le *Sherman Act* (loi relative aux ententes ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence) au baseball professionnel. La solution fut acquise dans un arrêt de 1922 et reconfirmée dans un arrêt de 1972. Cette jurisprudence a pour effet de faire de ce sport le seul qui échappe aux dispositions de cette loi que la Cour a entre-temps étendue à la boxe, au football (américain) et au basket ball professionnalisés, v. notre article, « Les revirements de jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20 (2006), p. 104 et s.

(22) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, II, viii, ii, in *Oeuvres* II, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p. 306

(23) F. Malhière, « Le considérant est mort ! Vive les décisions du Conseil constitutionnel », *La Gazette du Palais*, 24 mai 2016, n° 19, p. 11 ; P.

