

Entretien avec Mmes. Sandra Day O'Connor et Ruth Bader Ginsburg , Membres de la Cour suprême des Etats-Unis

Sandra DAY O'CONNOR, Ruth BADER GINSBURG, Noëlle LENOIR

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 5 - NOVEMBRE 1998

Introduction par Noëlle LENOIR

La visite effectuée en Europe, et notamment à Paris, en juillet 1998, par une délégation de la Cour suprême des Etats-Unis, conduite par Madame Sandra O'Connor, première femme à avoir été désignée dans cette cour, fut un évènement pour le Conseil Constitutionnel.

Il est fort rare, en effet, qu'une délégation de la Cour suprême se déplace hors du territoire américain. Et pour ce qui est de la France, une telle visite officielle n'avait pas eu lieu depuis dix ans. Or, dans l'intervalle, le Conseil Constitutionnel a sensiblement évolué tant en ce qui concerne sa jurisprudence que du point de vue de ses méthodes de travail. Le paysage juridique de l'Europe, qui intéressait particulièrement les juges américains, a lui aussi connu de notables changements dus à l'influence croissante du droit européen. Cette influence se fait sentir à tous les niveaux. La jurisprudence des deux cours européennes - celle de Strasbourg et celle de Luxembourg - s'avère, en effet, exercer en droit interne une influence presque aussi forte que les traités et les normes qui en découlent. Quant au Conseil Constitutionnel français, il est également impliqué par les développements du droit européen. Il a été ainsi directement conduit à statuer sur la conformité à la Constitution de deux traités européens, le traité de Maastricht de 1992 et le traité d'Amsterdam. La ratification de ce dernier traité par la France est du reste subordonnée à une révision prochaine de la Constitution en application de la décision du 31 décembre 1997 du Conseil Constitutionnel.

Aussi n'est-il pas étonnant que les rapports entre le droit interne français et le droit communautaire ait été le sujet principal de discussion retenu lors de la séance de travail qui a réuni au Palais Royal, le 10 juillet dernier, les juges de la Cour suprême des Etats-Unis et les membres du Conseil Constitutionnel français.

La question de l'imprégnation des droits constitutionnels internes par le droit européen a d'ailleurs constitué le thème majeur justifiant la visite des juges américains tant à Paris qu'à Luxembourg, à Strasbourg et à Karlsruhe. On comprend aisément pourquoi. Il est en effet parfaitement logique que les membres d'une institution, regardée comme l'acteur essentiel de l'expérience fédérale américaine, cherchent à en savoir plus sur une autre expérience, tout à fait différente et inédite : celle de la construction de l'Europe.

Les systèmes juridiques européens ne sont sans doute pas comparables au système américain. Néanmoins, il existe des points de rencontre. Par exemple, dans le droit européen, spécialement communautaire, des liens sont maintenant clairement établis entre le fonctionnement du marché et la reconnaissance des droits des citoyens qui y accèdent. Or ces liens sont patents, de longue date, dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis. Durant les premières années de son existence, notamment, c'est à travers l'affirmation des principes économiques liés à la mise en place du marché constitué par l'ensemble des cinquante Etats américains, que la Cour suprême a peu à peu consacré la notion de droits fondamentaux.

Outre le sujet européen, les discussions entre les membres de la délégation de la Cour suprême des Etats-Unis et leurs interlocuteurs du Conseil Constitutionnel ont également porté sur les missions et les méthodes de travail des deux juridictions. Ces débats se reflètent donc dans l'entretien que Mesdames Sandra O'Connor et Ruth Bader- Ginsburg m'ont aimablement accordé, le 11 juillet, au siège de l'Ambassade des Etats-Unis à Paris. Cette interview conjointe des deux seules femmes nommées jusqu'à ce jour à l'une des cours les plus prestigieuses du monde, est une première. Je ressens le privilège qui m'a été donné de recueillir ainsi librement leurs propos. Ceux-ci ne s'adressent au demeurant pas seulement aux lecteurs des Cahiers du Conseil Constitutionnel. Ils ont en soi une valeur historique.

Justice Sandra O'Connor et Justice Ruth Bader- Ginsburg ont eu des parcours contrastés. Madame O'Connor, nommé à la Cour suprême en 1981 par le Président Reagan, a eu une carrière politique (elle a été sénateur de l'Etat d'Arizona) autant que judiciaire (au moment de sa nomination à la Cour suprême des Etats-Unis, elle occupait les fonctions de juge de la Cour d'appel de l'Arizona). Madame Bader- Ginsburg, nommé quant à elle par le Président Clinton en 1993, a été professeur de droit, puis juge. (Elle était juge à la Cour d'appel du district de Columbia au moment de sa nomination à la Cour suprême des Etats-Unis). Elle a par ailleurs été très engagée dans le mouvement en faveur de l'amélioration des droits civils des femmes.

Quels que soient les différences de carrière de ces deux juges éminentes, il est intéressant de relever, au travers de cette interview, combien est

semblable la façon dont elles conçoivent leur rôle et celui de la juridiction à laquelle elles appartiennent. C'est d'ailleurs l'un des enseignements de leurs passionnantes remarques que de constater l'harmonie de leur vision quant à une institution qui est non seulement la plus haute Cour du pays, mais qui est en même temps au coeur même de la vie politique de ce dernier.

A priori, tout semble opposer la Cour suprême des Etats-Unis et le Conseil Constitutionnel français. Les modes de saisine, les compétences, les techniques de fabrication des décisions juridictionnelles, l'organisation des séances de jugement, autant d'éléments qui diffèrent d'une cour à l'autre. Ainsi, par exemple, la Cour suprême ne connaît pas le contrôle abstrait de la loi, se prononçant exclusivement à l'occasion d'un litige précis. Elle peut, par ailleurs, depuis 1988, décider de manière entièrement discrétionnaire des cas qu'elle estime devoir examiner. Elle limite ainsi à moins de cent les affaires qu'elle juge chaque année. Elle n'a pas, contrairement au Conseil Constitutionnel, le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle ne se consacre en outre pas exclusivement à ce contrôle. La Cour Suprême est en effet essentiellement la plus haute juridiction d'appel des Etats-Unis. Enfin et surtout, son fonctionnement interne est radicalement différent de celui du Conseil Constitutionnel. Les séances de la Cour suprême des Etats-Unis sont publiques et d'ailleurs fort animées. Cela tient notamment au fait que la pratique du contradictoire par le questionnement des avocats y est très développée. On sait aussi que la pratique des opinions dissidentes et concurrentes, ancrée dans les traditions anglo-saxonnes, y est courante. On sait sans doute moins - et c'est l'un des intérêts de l'interview que de le préciser avec force détails - que la rédaction des projets d'arrêt n'est pas confiée à un juge rapporteur, comme c'est le cas au Conseil Constitutionnel français. Cette mission est impartie à l'un des juges appartenant à la majorité de ceux qui ont adopté la position qui sera celle de la Cour suprême. Et la version définitive de l'arrêt est le fruit d'une sorte de navette qui s'instaure entre les juges pour tendre à la rédaction la plus satisfaisante.

En dépit de ces différences marquées entre la juridiction constitutionnelle française et la Cour suprême des Etats-Unis, quelles leçons communes pouvons-nous tirer de l'expérience si riche de la Cour américaine à propos du contrôle de constitutionnalité des lois ? Elles sont nombreuses. Deux principales me paraissent toutefois devoir être soulignées.

Le premier enseignement est lié à la finalité même de ce contrôle. Celui-ci s'inscrit clairement dans le long terme. Dans leur recherche d'une solution d'équilibre qui doit se référer aux précédents, il appartient en effet aux membres des juridictions constitutionnelles, au delà des préoccupations conjoncturelles, de s'appuyer sur des valeurs à long terme. Pour autant, les jurisprudences peuvent être, d'un pays à l'autre, plus ou moins protectrices des droits fondamentaux.

La seconde idée force qui semble se dégager des propos de Mesdames O'Connor et Ginsburg concerne plus spécifiquement l'attitude du juge constitutionnel. Libre de ses convictions, ce juge se doit néanmoins d'observer une certaine réserve (« self restrained »). Il lui appartient, en effet, à travers chacune de ses décisions, de concilier le respect de la souveraineté du peuple avec les notions de suprématie de la Constitution et d'Etat de droit. Sur ces bases, chaque solution juridictionnelle se construit pas à pas, ainsi que le démontrent si bien Justice O'Connor et Justice Ginsburg.

Leur présentation de l'évolution de la Cour suprême au fil du temps nous apporte un autre enseignement qui a trait à l'évolution des juridictions constitutionnelles. Ni les premiers constituants américains, ni les quatre juges formant la première Cour suprême, en 1790 à New-York, ne pouvaient en effet imaginer ce que deviendrait cette Cour des années plus tard. De même, le constituant français de 1958 ne pouvait-il exactement mesurer l'impact de la création en France d'un système de contrôle de la loi.

Les propos de Mesdames O'Connor et Ginsburg rapportés ici sont une merveilleuse illustration de la dynamique propre aux Cours Constitutionnelles. Nous les en remercions vivement.

Entretien avec Mmes Sandra Day O'Connor, Ruth Bader Ginsburg, membres de la Cour Suprême des Etats-Unis, et Noëlle Lenoir, membre du Conseil constitutionnel

Noëlle Lenoir: Depuis ces dernières années et, notamment, depuis vos nominations à la Cour Suprême, on constate des changements dans le fonctionnement et la jurisprudence de la Cour. Dans une perspective française, certains d'entre eux paraissent significatifs. Par exemple, on peut relever une diminution du nombre des affaires jugées par la Cour. On note également des infléchissements notables dans la jurisprudence de la Cour concernant des domaines tels que le fédéralisme ou le droit des nouvelles technologies. Je pense notamment à votre récente décision concernant Internet ainsi qu'à vos arrêts mettant en oeuvre les rapports entre droit constitutionnel et droit international.

Parallèlement, la France manifeste un intérêt croissant pour la Cour Suprême des Etats-Unis et le rôle majeur qu'elle joue dans la société américaine. Les juristes français accordent en effet une attention grandissante à la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême. Il est

vrai que les questions qui se posent de part et d'autre de l'Atlantique sont souvent similaires dans le contexte de l'intégration de la France dans l'Union européenne. Les Etats-Unis et la France sont aussi confrontés à des problèmes analogues eu égard au caractère pluraliste de nos sociétés, dans lesquelles coexistent des individus aux modes de vie et aux cultures très contrastés. Les questions relatives à l'homosexualité, à l'attitude à observer aux débuts de la vie et face à la mort, par exemple, nous sont de plus en plus communes. Les sujets de société qui sont les vôtres nous sont de plus en plus familiers. C'est pourquoi, je vous suis très reconnaissante d'avoir bien voulu partager avec nous divers aspects de votre expérience.

Ma première question a trait aux compétences de la Cour Suprême des Etats-Unis. En France, le Conseil Constitutionnel a le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois. La Cour Suprême des Etats-Unis a, quant à elle, le dernier mot dans tous les domaines, constitutionnels ou non.

Pouvez-vous m'expliquer de quelle manière votre Cour distingue les questions constitutionnelles de celles qui ne le sont pas ?

Sandra Day O'Connor : Notre Cour a effectivement une compétence générale en ce qui concerne toutes les questions de droit fédéral, dont le droit constitutionnel. Mais elle peut être appelée à interpréter d'autres textes que la Constitution : par exemple : une loi du Congrès, un règlement émis par une instance administrative fédérale, ou même un traité international. Elle a donc, selon les cas, à régler soit une simple question d'interprétation, soit une question de droit constitutionnel. Notre Cour connaît de tout litige soulevant une question de droit fédéral, que cette question ait été auparavant posée devant une cour d'un Etat ou devant un tribunal fédéral.

Ce qui distingue la Cour Suprême de la plupart des autres Cours constitutionnelles tient au fait que le Congrès lui a conféré un pouvoir discrétionnaire de sélection des affaires qu'elle accepte d'examiner. Ce pouvoir constitue une véritable aubaine. Il permet en effet à notre cour de se consacrer pleinement à son rôle d'uniformisation du droit au niveau fédéral.

Nous appartenons à une très grande nation. Les tribunaux inférieurs, qu'il s'agisse du tribunal d'un Etat ou d'un tribunal fédéral, sont tous compétents pour statuer sur toutes questions de droit constitutionnel posées à l'occasion des affaires qu'ils sont appelés à juger. Il peut arriver que ces tribunaux adoptent des jurisprudences divergentes en matière fédérale ou constitutionnelle. Une décision d'une juridiction en Arizona peut contredire la décision d'une Cour de même niveau de l'Etat de Maryland, à propos de l'interprétation d'une même règle fédérale. Il était essentiel de disposer d'une Cour capable de résoudre de tels conflits afin d'assurer une certaine uniformité et une certaine cohérence au droit applicable aux Etats-unis. Tel est le rôle de notre Cour Suprême.

Ruth Bader Ginsburg : Permettez-moi d'ajouter une précision quant à la façon dont nous décidons de régler ou non une question constitutionnelle. Nous appliquons à cet égard un principe général. A chaque fois qu'il est possible de juger une affaire sur la base de règles autres que constitutionnelles, nous considérons qu'il convient de le faire. Cette approche vous est sans doute aussi familière. Ainsi lorsque deux interprétations juridiques sont possibles, le sens X étant conforme à la Constitution et le sens Y pouvant ne pas l'être, vous optez pour l'interprétation en accord avec le sens X afin d'éviter de conclure à une inconstitutionnalité. Quant à nous, nous sommes soumis à une contrainte particulière tenant au fait que l'affaire dont nous connaissons touche à une situation concrète. Contrairement à ce qui se passe chez vous, nous ne pouvons pas répondre à une question abstraite. Nous sommes tenus d'examiner une affaire répondant aux exigences requises pour qu'un litige puisse être porté devant quelque juge que ce soit.

N.L.: Sous la seule réserve du caractère concret de votre contrôle, vous êtes à même d'examiner tous moyens de droit soulevés, dont ceux de nature constitutionnelle.

S.D.O.C.: Tout à fait.

R.B.G.: Il s'agit d'un modèle « déconcentré ». Aux Etats-Unis, le contrôle de constitutionnalité n'est pas « décentralisé ». La Constitution des Etats-Unis est au sommet de la hiérarchie des normes. Toutes les cours et tous les tribunaux du pays qui ont une compétence fédérale ont une compétence de droit commun en matière constitutionnelle. Tous savent que la Cour Suprême des Etats-Unis ne se prononce jamais en premier lieu, mais qu'elle a, juridiquement, le dernier mot.

N.L.: Ma deuxième question porte sur le processus de sélection des affaires que vous décidez de juger. Pourquoi, dans les dernières années, la Cour a-t-elle examiné un nombre d'affaires nettement inférieur à celui des années antérieures ? Cette sélectivité exprime-t-elle le souci de ménager un pouvoir accru d'interprétation et d'appréciation aux tribunaux fédéraux inférieurs, par exemple ?

S.D.O.C.: C'est progressivement jusqu'à une loi de 1988, que le Congrès a pris des mesures accordant à notre Cour la plus grande liberté dans le choix des affaires que nous acceptons d'examiner. Lorsque notre Cour a été instituée, il y a deux siècles et même davantage, elle ne disposait

d'aucune marge de manoeuvre en matière d'admissibilité des pourvois. Le Congrès imposait le type d'affaires que nous devions juger. Au fil des ans, le Congrès a progressivement introduit, puis élargi, le pouvoir discrétionnaire de la Cour Suprême. Avant la loi de 1988, la Cour était toujours tenue de juger certains types d'appels. Par exemple, si un tribunal inférieur jugeait inconstitutionnelle une loi fédérale, nous étions contraints d'examiner le recours intenté contre ce jugement.

N.L.: La loi de 1988 a-t-elle été adoptée à l'unanimité, ou a-t-elle donné lieu à des controverses et à des oppositions ?

S.D.O.C.: Non. Le Congrès a accepté cette réforme dont la conséquence immédiate a été de réduire sensiblement notre volume d'affaires. Désormais, ce n'est que lorsque nous constatons d'importantes divergences de jurisprudence et que la question posée entre sans conteste dans notre compétence, que nous retenons l'affaire pour examen.

Pour le moment, nous jugeons moins d'affaires, en fait environ 10 % des affaires reçues par an. J'imagine que les années à venir verront ce pourcentage à nouveau augmenter progressivement. Cela dit, la situation actuelle n'est pas due à notre souci de réduire notre charge de travail. D'ailleurs, les critères de sélection que nous retenons n'ont pas évolué au cours des dix-sept ans de mon mandat.

N.L.: J'aimerais mieux comprendre les raisons du soutien du Congrès, s'agissant d'une réforme qui vous donne ce pouvoir discrétionnaire de sélection des affaires.

R.B.G.: Cela a pris du temps ! Depuis des années et des années, les juges souhaitaient pouvoir disposer d'une entière latitude de choix ; et leur demande, à cet égard, ne soulevait pas de véritable controverse. Je pense que nous avons ici une belle illustration de la différence qui existe entre notre Cour Suprême et votre Cour de Cassation, par exemple. Nous ne fonctionnons pas de la même façon que cette dernière. Nous n'avons pas en effet vocation à rectifier les erreurs que d'autres cours ont pu commettre. Nous siégeons principalement pour résoudre les conflits d'interprétation entre Cours sur le sens du droit fédéral et pour trancher les questions les plus controversées du moment. Notre mission ne se limite donc pas à infirmer des arrêts qui seraient seulement mal fondés.

N.L.: Ma troisième question porte sur vos procédures internes. Au Conseil Constitutionnel français, le Président désigne un des neuf membres pour exercer la fonction de rapporteur, chargé de rédiger le projet de décision qui sera soumis au délibéré de la Cour. Dans d'autres Cours constitutionnelles, les affaires sont attribuées à un juge-rapporteur, au fur et à mesure de leur arrivée, en fonction d'un critère chronologique. Le Président de la juridiction n'y dispose donc d'aucun pouvoir de désignation du juge-rapporteur. Comment les choses fonctionnent-elles dans votre Cour ?

R.B.G.: D'abord, nous n'avons pas de juge-rapporteur. Nous n'avons en outre aucun magistrat jouant le rôle du « commissaire du gouvernement » ou du « ministère public ». Nous ne connaissons que, d'une part, les juges et, d'autre part, les avocats des parties. Chacun des neuf juges de la Cour Suprême travaille de son propre côté sur chaque affaire, et chaque juge participe à l'ensemble des débats et des auditions. Personne ne nous donne la parole. Nous pouvons poser des questions à tout moment pendant les débats. Nos systèmes sont de ce point de vue fort différents. Vu de l'extérieur, le nôtre peut apparaître manquer de discipline et parfois même, chaotique. Mais, dans l'ensemble, pour les avocats et les juges américains, il fonctionne très bien. Chacun ayant ainsi examiné chaque affaire inscrite au rôle, nous nous réunissons en séances de travail, jusqu'au jour des séances publiques d'auditions qui se tiennent les lundi, mardi et mercredi. Le mercredi après-midi, nous discutons des affaires du lundi. Le vendredi matin, nous discutons les affaires du mardi ou du mercredi. Après ces périodes de session, qui durent deux semaines, le Chief Justice (Président de la Cour) attribue à l'un des juges la rédaction de tel ou tel jugement. A ce stade, s'il est de l'opinion majoritaire le Chief Justice agit un peu comme votre Président. Il n'y a pas de rotation, le Président désigne néanmoins celui ou celle qui rédigera *in fine* un jugement déterminé en tenant compte d'au moins deux critères : d'une part l'ancienneté et d'autre part le calendrier. Si l'un d'entre nous a pris du retard et s'il n'a pas encore rédigé l'arrêt avant la séance, il a peu de chances de se voir confier les affaires les plus intéressantes par la suite.

S.D.O.C.: Les juges Ginsburg et O'Connor sont très ponctuelles et soumettent toujours leur décision à temps.

N.L.: Lorsque les juges siègent en délibéré sur une affaire donnée, un projet a-t-il déjà été distribué avant la séance ?

S.D.O.C.: Non. Personne ne sait même à quel juge la rédaction du jugement final sera attribuée. Nous prenons la parole à tour de rôle. Chacun dispose du temps de parole qu'il souhaite utiliser. En règle générale, la discussion ne se prolonge pas. Il arrive que les premiers intervenants évoquent l'ensemble des questions que les suivants auraient voulu soulever. Mais nous faisons toujours un tour de table complet.

Ensuite, compte tenu de cette discussion en plénière, le Chief Justice, s'il partage l'opinion majoritaire, attribue la rédaction du jugement à l'un

des juges ayant soutenu la position de la majorité. Cependant, à ce stade, des opinions dissidentes peuvent apparaître. Par exemple, alors que cinq membres de la Cour sont en faveur d'une confirmation de l'arrêt déferé, les quatre autres peuvent être d'un avis contraire. Si le Chief Justice fait partie de cette minorité, il ne lui revient pas de désigner le juge devant rédiger l'arrêt de la Cour. Cette tâche revient au juge de la majorité le plus ancien.

De la même manière, c'est le juge le plus ancien parmi ceux ayant opté pour l'opinion minoritaire, à qui il incombe de désigner le rédacteur de l'opinion dissidente en question. Ce juge peut soit dire qu'il « accepte volontiers la rédaction de l'opinion dissidente », soit prier l'un des autres juges de la minorité d'en assumer la rédaction. Ceci n'exclut absolument pas qu'un ou plusieurs autres juges rédigent, de leur propre initiative, une opinion séparée. Il nous est toujours loisible de le faire. Mais l'habitude est de confier dans tous les cas, la rédaction de l'opinion dissidente à un juge désigné.

N.L.: Lorsque vous vous êtes prononcé sur une affaire, et qu'ensuite l'un d'entre vous s'est vu attribuer la tâche de rédiger le jugement majoritaire, y a-t-il de nouvelles délibérations sur le texte ainsi rédigé ?

S.D.O.C.: Le juge chargé de la rédaction du jugement majoritaire prépare un projet et le fait distribuer auprès de l'ensemble des juges. Alors, commence la véritable discussion. Cette discussion se déroule par écrit. En principe, en effet, nous ne nous réunissons plus autour de la table pour débattre de nouveau. Cela peut arriver, mais c'est rare. En règle générale, les juges adressent leurs observations écrites au juge rédacteur pour lui dire, « Oui, très bien, je me rallie à ce texte » ou bien, « Dans l'ensemble je suis d'accord, bien que j'aie des doutes en ce qui concerne le paragraphe 2 de la page 15 ; si vous acceptiez de modifier X pour que ça devienne Y, je serais heureux de me rallier à votre texte ».

N.L.: Donc vous discutez tout le temps, du début à la fin ?

R.B.G.: Tout le temps. Absolument tout le temps.

S.D.O.C.: Certes, mais pour l'essentiel, ces débats se font par l'envoi et l'échange de notes écrites. Tout le monde sait donc qui dit quoi. La décision finale, ainsi, est collégiale. Ayant eu connaissance d'une éventuelle opinion dissidente (dans la moitié des affaires environ), le rédacteur du jugement de la majorité peut souhaiter le modifier pour apporter certaines réponses aux points soulevés dans l'opinion dissidente. Ce qui, en retour, peut conduire le juge rédacteur de l'opinion dissidente à renforcer son argumentation, et ainsi de suite.

N.L.: Il y a par conséquent interaction entre l'opinion majoritaire et l'opinion dissidente ?

R.B.G.: Prenons un exemple concret : Lorsque la décision est prise à l'unanimité, il peut y avoir plusieurs suggestions incorporées au texte final qui a pu faire l'objet, peut-être, de trois versions préliminaires. En revanche, s'il y a une opinion dissidente stimulante, il peut y avoir de nombreux allers et retours du projet. Dans ce cas, ces échanges peuvent aboutir à un jugement final obtenu à partir d'une dizaine de rédactions différentes.

S.D.O.C.: Au cours de cette dernière session, dans une ou deux affaires, nous sommes allés jusqu'à examiner successivement quinze rédactions différentes. Comme l'a dit le juge Ginsburg, en l'absence même d'opinion dissidente, divers ajustements peuvent nécessiter la distribution de deux ou trois textes successifs. Je dirais qu'il y en a quatre ou cinq dans la plupart des affaires. Quant aux opinions dissidentes, leur publication est loin d'être dépourvue d'intérêt.

N.L.: C'est en effet très intéressant. Quels sont, selon vous, les avantages de la pratique des opinions dissidentes ?

S.D.O.C.: Tout d'abord, si l'affaire concerne l'interprétation ou l'application d'une loi, l'opinion dissidente peut aider le Congrès à mieux saisir la portée de notre arrêt et la nature des solutions législatives à apporter à la question posée.

Si la question est d'ordre constitutionnel, le Congrès ne peut la résoudre en votant une loi, car on ne peut pas réviser la constitution par une simple loi. L'opinion dissidente n'a alors pas la même valeur. Elle est moins utile au Congrès, mais peut comporter des indications précieuses qui aideront les cours et tribunaux dans leurs appréciations juridiques ultérieures. Lorsque notre Cour Suprême en était encore à ses balbutiements, les opinions dissidentes étaient rares. La pratique s'est développée peu à peu. De nos jours, elle ne choque plus personne. Elle est de pure routine.

J'ai remarqué que la Cour de Justice des Communautés Européennes à Luxembourg ne connaissait pas la pratique des opinions dissidentes. Mais, il s'agit d'une Cour de création récente, qui cherche à statuer avec le maximum d'autorité. Il est en effet peut-être préférable qu'une Cour nouvellement créée ne rende pas publiques les opinions dissidentes.

N.L.: Comme vous le savez, la Cour de Justice de Luxembourg a été conçue en s'inspirant notamment du modèle du Conseil d'Etat français. Mais, les Cours Constitutionnelles pratiquent en général les opinions dissidentes.

R.B.G.: En un certain sens, cette pratique me semble refléter la confiance accordée à son propre droit. Dans certains systèmes juridiques, on craint que la publication des opinions dissidentes ne conduise à s'interroger sur le rôle du droit et de la justice. La loi n'étant pas claire, on va dire, un juge pense ceci, un autre pense cela, ce qui semble devoir engendrer une forme d'insécurité. Mais, aux Etats-Unis, la transparence a toujours fait partie de notre tradition. Pourtant, la majorité décide. La décision peut n'être prise que par cinq contre quatre. Nous l'acceptons et passons à la question suivante. Toujours est-il que cela révèle, à mon sens, la solidité de notre système juridique. Nous sommes prêts, en effet, à reconnaître publiquement que des interprétations divergentes sont légitimes.

N.L.: Pouvons-nous aborder une autre question de procédure. J'aimerais que vous me parliez des mémoires émanant de tiers (*amicus curiae*), que la Cour Suprême reçoit en grand nombre.

S.D.O.C.: C'est une question qui mérite effectivement que nous y consacrons quelques instants. Il me semble que les personnes autres que les parties au litige n'ont pas le droit de faire des interventions auprès du Conseil constitutionnel. Nous le permettons à la Cour Suprême, à condition bien sûr que ce soit fait dans les délais. Certaines de ces interventions contiennent des informations extrêmement utiles. Pour ne citer qu'un exemple : au cours de l'avant-dernière session, nous avons eu à juger des affaires mettant en cause des lois relatives au suicide médicalement assisté. Dans le cadre de ces affaires, nous avons reçu un grand nombre d'interventions de tiers. Je ne sais plus combien, au moins trente, peut-être plus. Elles nous ont, pour la plupart d'entre elles, rendu de grands services, car, en cette matière, les Etats-Unis ont peu d'expérience, alors que certains pays d'Europe avaient accumulé beaucoup d'informations à ce sujet. En Grande-Bretagne, par exemple, une enquête parlementaire avait été spécialement consacrée au suicide médicalement assisté. Nous en avons eu connaissance par voie d'interventions de tiers. La Cour a ainsi bénéficié d'une source d'informations fort appréciée.

N.L.: En France, le Conseil Constitutionnel reçoit également, dans certaines affaires, des interventions de tiers. Il s'agit de particuliers ou de groupes d'intérêts. Ces interventions apportent aussi des informations qui peuvent être intéressantes. Elles ne sont pas versées au dossier de la procédure. Elles proviennent plus souvent de lobbies que de citoyens individuels, ce qui s'explique du fait que la Cour française procède à un examen abstrait de la constitutionnalité d'une loi, indépendamment de tout litige concret.

S.D.O.C.: Je peux donner un autre exemple de la façon dont les *amicus curiae* peuvent avoir de l'influence. Le droit fiscal est un domaine complexe, voire ésotérique, en tous cas peu accessible. Or, notre Cour est composée de généralistes, non de spécialistes. Aussi nous craignons, lorsque nous sommes confrontés à une affaire impliquant l'application du droit fiscal fédéral, de devoir nous prononcer, en toute innocence, dans un sens qui risque d'engendrer de grandes incertitudes parmi les experts fiscalistes. Je me souviens d'une affaire dans laquelle une intervention avait été déposée par un professeur de droit fiscal, de sa propre initiative. Celui-ci voulait s'assurer que la Cour comprenait bien quelle était la question litigieuse. Il a soutenu une idée que j'ai trouvée extrêmement intéressante et utile.

N.L.: Cet exemple est très intéressant pour nous, notamment dans le cadre du contrôle que nous sommes régulièrement conduits à exercer sur les lois de finances qui nous sont déférées pour contrôle de constitutionnalité. Ces lois contiennent des dispositions très spécifiques, dont la portée peut nous échapper dès lors que nous ne sommes pas experts en matière fiscale ou économique.

Dans un tout autre ordre d'idées, je serais curieuse de savoir dans quelle mesure les cours et tribunaux respectent effectivement vos décisions. Pour le Conseil constitutionnel français, le problème ne se pose pas réellement. Nos décisions sont bien entendu inévitablement respectées lorsque nous annulons une loi en tout ou en partie. Lorsque nous n'annulons pas les dispositions d'une loi, mais exprimons des réserves quant à l'interprétation qu'il convient d'en donner, les cours et tribunaux s'y conforment.

Qu'en est-il de la façon dont vos décisions sont diffusées dans le pays tout entier ? Sont-elles scrupuleusement respectées par l'ensemble des cours et tribunaux ?

S.D.O.C.: Je pense que Madame le juge Ginsburg souhaite elle aussi vous répondre sur cette question. En réalité, nous n'avons aucun pouvoir de faire respecter nos décisions. Nous n'avons que le pouvoir du verbe. C'est pourquoi, nous nous efforçons d'explicitier au mieux le raisonnement sous-jacent à nos arrêts et à nos opinions dissidentes. Nous cherchons à être convaincants. Notre souci est que le lecteur objectif soit aussi persuadé que nous de l'exactitude du raisonnement. Il est arrivé, au cours de l'histoire de notre nation, qu'un Président des Etats-Unis soit confronté à la nécessité de faire respecter une décision de la Cour Suprême avec laquelle il pouvait, par ailleurs, être en désaccord. Par exemple, dans les années 1950, la Cour Suprême, revenant sur l'ensemble de sa jurisprudence antérieure, déclara qu'en vertu de la clause dite de l'égalité protection (« Equal Protection Clause »), la ségrégation raciale dans les écoles publiques était contraire à la Constitution. Dans plusieurs Etats

cette décision provoqua de fortes controverses. Certains Gouverneurs de certains Etats refusèrent de donner suite aux injonctions de la Cour. Le Président Eisenhower, à qui pourtant la décision de la Cour ne faisait pas vraiment plaisir, fit néanmoins appel aux troupes fédérales pour assurer, par la force, l'intégration des élèves noirs dans les écoles de la ville de Little Rock, dans l'Arkansas. Il s'agit là d'un exemple émouvant du chef d'une nation marquant la volonté de son pays de se conformer bon gré mal gré aux injonctions de la Cour.

R.B.G.: Cela découle en partie du prestige attaché à la Cour Suprême des Etats. Celle-ci n'a ni bourse, ni épée. Mais il existe une illustration du rôle tangible et du pouvoir concret qui sont les nôtres. Il s'agit d'une photographie prise à Little Rock. Elle montre les troupes fédérales alignées de part et d'autre de l'entrée de la « Central High School » afin d'y assurer l'entrée en toute sécurité des enfants noirs. L'illustration la plus frappante pour des observateurs non familiers du système américain est sans doute l'injonction faite au Président des Etats-Unis par un simple tribunal, même si la Cour interviendra ultimement pour trancher la question. Celle-ci est née de ce qu'un juge du fond a déclaré : « Je souhaite disposer des enregistrements des conversations qui ont eu lieu dans le Bureau ovale entre le président Richard Nixon et ses conseillers et ces éléments de preuve sont nécessaires à la poursuite du procès pénal en cours ». Ainsi un tribunal de première instance a enjoint le Président de présenter les bandes d'enregistrement en cause. Le Président était-il tenu de se conformer à cette injonction ? La question fut tranchée par la Cour suprême. La Cour confirma en effet la décision des juges du fond selon laquelle les enregistrements étaient nécessaires aux fins de la procédure pénale et devaient être fournis. Le Président remit les enregistrements à la Cour. Et, peu après, il présenta sa démission. Tel est le pouvoir de la Cour suprême. Lorsqu'elle se prononce, la plus haute autorité du pays se plie à sa décision.

N.L.: Ceci traduit, évidemment, votre prestige. Pouvons nous maintenant aborder certaines décisions récentes de la Cour Suprême. Je pense notamment à celles rendues en matière de suicide médicalement assisté qui suggèrent qu'il revient aux Etats de légiférer sur ce point. Ces arrêts révèlent-ils une modification de la nature du fédéralisme américain, au sens de votre jurisprudence ?

S.D.O.C.: Pour ma part, je ne perçois pas de tendances particulières dans les décisions récentes de la Cour. Toutes les grandes questions politiques qui se sont posées dans notre pays à toutes les périodes de notre histoire, ont été, d'une façon ou d'une autre, soumises à la Cour Suprême des Etats-Unis. Si la Nation se préoccupe du respect du principe d'égalité appliqué aux minorités, c'est cette question qui sera posée aux tribunaux. Si la Nation doit faire face aux problèmes soulevés par les législations des Etats relatives à l'avortement ou au suicide médicalement assisté et que ces problèmes suscitent un débat public, alors ces lois feront l'objet de contentieux et les litiges finiront par être portés devant la Cour Suprême. La Cour Suprême est en réalité une institution réactive. Elle n'est pas elle-même à l'origine des litiges. Ceux-ci sont le résultat d'actions engagées à tous les niveaux, par des citoyens, comme par des autorités publiques, dans les villes comme dans les Etats. On ne peut donc pas dire que la Cour Suprême s'intéresse à telle ou telle question en particulier. On ne peut pas davantage affirmer qu'il existe des tendances jurisprudentielles dans telle ou telle direction. La Cour est simplement le miroir des préoccupations qui sont celles de la Nation. Pour ce qui est de la question du fédéralisme, elle n'a jamais cessé de se poser dans notre pays. Comment préserver un équilibre structurel dans la Constitution entre l'autorité fédérale et celle, souveraine, des Etats, telle qu'entérinée par les constituants voici des siècles ? Tant que notre pays existera, ces questions relatives au fédéralisme se poseront et seront posées à la Cour Suprême.

N.L.: Comment qualifieriez-vous la jurisprudence récente de la Cour ? Peut-elle être considérée comme étant activiste, ou au contraire, prudente ?

R.B.G.: Je n'aime pas du tout ces termes appliqués à notre jurisprudence. La tendance générale est de décrire la Cour Suprême en disant que « la majorité des juges est conservatrice » et que « la minorité est libérale ». Mais regardez notre façon de délibérer et vous constaterez que nos décisions sont le plus souvent rendues à l'unanimité. Pendant les cinq premières années de mon mandat, ce fut le cas pour environ 40 % des affaires. Cette année la proportion de décisions prises à l'unanimité atteint presque 50 %.

R.B.G.: Quand on pense que nous ne traitons jamais de questions faciles, je trouve cette proportion énorme. Prenons un exemple, celui de l'opinion dissidente qui a ma préférence parmi celles que j'ai rédigées cette année. Dans l'affaire concernée, Monsieur le juge Breyer a été chargé de rédiger la décision majoritaire. La tâche de rédiger l'opinion dissidente de la minorité m'a été attribuée par notre Chief Justice William REHNQUIST. Je me suis donc exprimée au nom de mon Chief Justice ainsi que de Messieurs les juges Souter et Scalia. Il n'y a donc pas eu en l'occurrence un partage entre sensibilités libérales ou conservatrices. Bien que nous nous soyons tous les quatre reliés à la même opinion dissidente, les gens persistent à qualifier deux d'entre nous de « conservateurs » et les deux autres de « libéraux ».

N.L.: Existe-t-il des clivages préétablis entre vous ?

S.D.O.C.: Chaque affaire est spécifique. Il n'y a jamais de combinaison fixe de personnes d'un côté ou de l'autre.

R.B.G.: Il est vrai que, dans certaines affaires, on peut prédire avec exactitude qui se trouvera de tel ou tel côté. Mais, dans la plupart des cas, je

constate qu'il n'en est pas ainsi.

N.L.: Dans la décision de juin 1997 que vous avez évoquée concernant le suicide médicalement assisté, plusieurs juges ont fait référence à la jurisprudence de cours étrangères, ce qui semble constituer une pratique nouvelle au niveau de la Cour Suprême des Etats-Unis. Pensez-vous que la Cour Suprême procédera ainsi de façon croissante à des analyses comparatives lorsque des questions nouvelles se poseront ? Ou bien cette approche comparative résulte-t-elle, exceptionnellement, du fait que des tiers étrangers sont intervenus auprès de vous en vous communiquant des informations sur leur pays ?

S.D.O.C.: Notre Cour, il est vrai, a toujours adopté un comportement plutôt insulaire. Nous avons rarement étendu nos perspectives au-delà de nos frontières. Mais je constate - nous constatons tous - aujourd'hui un phénomène de mondialisation. En particulier, la plupart des pays de ce monde sont parties à un très grand nombre de traités internationaux les obligeant à assainir l'environnement, à respecter les brevets et le droit d'auteur, à extraditer les prisonniers et à respecter plus globalement les diverses obligations découlant de ces traités. Chacun de ces traités comporte un mécanisme de règlement des différends. Nous serons appelés de plus en plus souvent à répondre à des questions relatives à l'interaction entre ces mécanismes internationaux et les principes constitutionnels du droit interne. Dès lors, notre attention se portera nécessairement de plus en plus sur les législations et la jurisprudence applicables dans d'autres pays.

R.B.G.: Cette tendance, à mon avis, s'accroît notamment grâce à l'accès, par Internet, aux décisions des Cours Suprêmes ou constitutionnelles du monde entier.

S.D.O.C.: Tout récemment nous avons été appelés à répondre à une question touchant au droit indien, car les tribus autochtones existent bien chez nous aux Etats-Unis. J'avais lu, dans un journal américain, un article au sujet d'une décision de la Cour Suprême canadienne concernant les Indiens du Canada. J'ai pensé que la solution de cette Cour pouvait être pertinente et le jour même, nous avons pu en obtenir la copie en consultant un site Internet. C'était vraiment étonnant.

N.L.: Le fait qu'en tant que membres de cours constitutionnelles, nous puissions ouvrir nos esprits à d'autres modes de pensée est, en effet, une chose bien précieuse. Il me semble, d'ailleurs, que plus on étudie le droit comparé, plus on relève d'analogies entre les problèmes auxquels nous sommes confrontés et entre les réponses qui y sont apportées par nos différents systèmes juridiques.

La dernière question que je souhaite vous poser concerne les femmes. J'aimerais échanger avec vous quelques impressions personnelles. Les Cours constitutionnelles, tant aux Etats-Unis qu'en France, comptent chacune - depuis peu - deux femmes parmi leurs neuf membres. Pensez-vous que les femmes ont une contribution particulière à apporter sur le plan de la justice constitutionnelle ? Pensez-vous que les femmes sont, par exemple, enclines à se renseigner davantage sur ce qui se passe à l'étranger, en adoptant une approche comparative ? Pensez-vous qu'elles ont une approche différente de celles des hommes, par exemple quant à la primauté du droit ?

S.D.O.C.: Ce type de questions nous est souvent posé à ma collègue Ginsburg et à moi-même. Nous avons probablement chacune nos idées sur la question. Mais il est clair pour toutes les deux que nos concitoyens - au moins nos concitoyennes qui représentent la moitié de la population - font inévitablement plus confiance aux institutions publiques dès lors qu'ils savent que la voix des femmes peut s'exprimer au sein de notre Cour. Il a fallu attendre 199 ans pour qu'une femme soit enfin nommée à la Cour Suprême des Etats-Unis. Ce fut un délai trop long. La décision de nommer une femme à la Cour Suprême a eu une portée incontestable. Notamment, elle a contribué à ouvrir des portes en favorisant l'accès des femmes à d'autres Cours et dans d'autres institutions, chez nous comme partout ailleurs dans le monde. A partir de mon expérience personnelle, je peux vous assurer que les choses ont beaucoup changé lorsqu'une deuxième femme est entrée à la Cour Suprême. La Cour a alors été en mesure de fonctionner avec neuf juges s'exprimant à égalité, tandis qu'auparavant elle apparaissait composée de huit juges plus une femme. Nous avons constaté une grande différence au sein de la Cour Suprême à compter de la présence parmi les juges d'une femme aussi capable et intelligente que Madame Ginsburg. En définitive, c'est la Nation toute entière qui en tire profit. Pour le surplus, lorsqu'on me demande ce qu'apporte la présence de femmes au sein d'une cour comme la nôtre, j'apporte deux types de réponses.

D'abord, je m'efforce de souligner que chaque membre, homme ou femme, d'une Cour apporte avec soi sa propre expérience de la vie. Chacun et chacune d'entre nous a eu son propre parcours, et l'expérience que nous en tirons, bien évidemment, affecte notre façon de penser. Ensuite, il est de constater qu'en fin de compte, sur une question de droit constitutionnel donnée, un vieux sage et une jeune sage parviendront à la même conclusion.

R.B.G.: Il est vrai qu'il y a une perception, une sensibilité spécifique à chaque juge. J'aimerais rapporter une anecdote plutôt drôle. Je pense en particulier à une note de service distribuée à la Cour et nous informant que les toilettes des dames n'étaient accessibles qu'à partir de neuf heures alors que celles des messieurs étaient accessibles dès l'ouverture des portes. Un des apports symboliques de la nomination d'une

deuxième femme à la Cour Suprême fut l'ajout d'une deuxième toilette pour dames dans les vestiaires même de la Cour, et donc accessible dès l'ouverture.

N.L.: Curieusement, j'ai l'impression de vivre une expérience analogue. L'arrivée au Conseil de notre collègue Simone Veil, avec toute l'aura qui s'attache à sa personne, a quelque peu changé ma façon de me situer comme femme au sein de l'institution. Une institution qui, de toutes les façons, à l'instar de notre Cour, se caractérise par la très forte cohésion qui existe entre tous ses membres. Il me reste à vous remercier vivement l'une et l'autre de m'avoir accordé ce passionnant entretien pour les *Cahiers du Conseil constitutionnel*.