

FREDERICK L. MORTON

*La rédaction des opinions de la Cour suprême**

LA CONFÉRENCE : LE VOTE PRÉLIMINAIRE
ET LA DÉSIGNATION DU RÉDACTEUR¹

La Cour suprême traite et tranche des affaires d'octobre à juin chaque année². Normalement, les neuf juges siègent pour chaque affaire³. Au cours de la période durant laquelle les juges traitent des affaires⁴, les juges se rencontrent une ou deux fois par semaine en conférence privée afin de discuter l'affaire à propos de laquelle

* Traduction Isabelle Richet.

1. J'ai réduit au minimum le nombre de notes, dans la mesure où les informations que je mentionne ici sont en général connues et disponibles de façon plus détaillée dans les chapitres appropriés des principaux manuels consacrés à la Cour suprême américaine. Je me suis largement inspiré des ouvrages mentionnés ci-dessous et je les recommande pour un approfondissement de la question ; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 5^e éd., New York, Oxford University Press, 1986, chap. 5 ; Louis Fischer, *Constitutional Dialogues : Interpretation as a Political Process*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1988 ; Walter F. Murphy et C. Herman Pritchett, *Court, Judges and Politics : An Introduction to the Judicial Process*, 4^e éd., New York, Random House, 1986, chap. 13 ; David O'Brien, *Storm Center : The Supreme Court in American Politics*, 2^e éd., New York, Norton & Co., 1990, chap. 3 et 5. La meilleure étude spécialisée du processus de rédaction des jugements est celle de Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, University Press of Chicago, 1964, en particulier les chap. 3 et 7.

2. En de très rares occasions la Cour peut se réunir à nouveau pour traiter une affaire durant l'été.

3. Un juge peut être empêché de siéger par une maladie, un conflit d'intérêt ou une nomination trop récente. Si un juge ne participe pas à la discussion orale, il est extrêmement rare qu'il participe à la conférence ou au vote. Le quorum minimum requis pour traiter une affaire est de six.

4. Normalement, le travail de la Cour alterne entre plusieurs semaines de discussion orale, puis plusieurs semaines consacrées à la rédaction et à la circulation des projets de jugement.

ils ont entendu les différents arguments cette même semaine. Après la discussion, ils émettent un vote préliminaire et chargent l'un d'entre eux de rédiger l'opinion. Afin de préserver le caractère confidentiel des débats et d'assurer un maximum d'objectivité, la conférence se déroule à huis clos et les débats en sont secrets. Seuls les neuf juges sont présents. Au cours de ses cent premières années d'existence, la conférence a joué un rôle important dans la recherche d'un consensus entre les juges afin d'arriver à présenter un jugement unique. Au cours des décennies plus récentes, l'accroissement de la charge de travail¹ et la modification des normes ont affaibli le caractère collégial et délibératif de la conférence. Actuellement, sa fonction est de déterminer si une majorité des neuf juges arrive à la même conclusion et de décider lequel d'entre eux rédigera le jugement. Le consensus, s'il est jamais atteint, se formera au cours de la négociation qui accompagne la discussion, des projets de jugements écrits.

La discussion de chaque affaire est initiée par le président de la Cour suivi par les huit autres juges par ordre d'ancienneté. Pour la Cour actuelle le temps est une ressource rare et on attend des juges qui décident d'intervenir dans le débat qu'ils limitent leurs remarques à quelques minutes. Bien sûr certaines affaires nécessitent beaucoup plus de temps, et certaines autres beaucoup moins. Après que chaque juge a pris la parole, un vote préliminaire a lieu. Traditionnellement, les juges votaient par ordre inverse d'ancienneté, de telle sorte que les juges élus plus récemment ne soient pas trop influencés par le vote des juges plus expérimentés. Dans les affaires où la Cour était divisée de façon égale, cette procédure offrait également au président le choix tactique d'émettre un vote décisif et de permettre ainsi la formation d'une majorité. Cette tradition fut abandonnée peu à peu durant la présidence d'Earl Warren (1953-1969) et, aujourd'hui, les juges votent dans l'ordre où ils prennent la parole. À la conférence, les juges peuvent toujours choisir de voter de façon tactique. C'est-à-dire qu'un juge peut voter pour une décision qu'il ne partage pas vraiment, afin de s'intégrer à une majorité et, de la sorte, influencer de l'intérieur la rédaction de la position majoritaire. Dans la mesure où le vote émis à la confé-

1. La Cour reçoit environ 5 000 requêtes par an (à une date pas plus éloignée que 1935, ce chiffre était de 1 000). Elle en accepte environ 275, dont environ une centaine seront tranchées de façon sommaire, sans discussion orale ni jugement écrit. Environ 180 donneront lieu à une discussion (en cas normal d'une heure) et environ 160 de celles-ci seront tranchées par un jugement écrit en bonne et due forme.

rence est provisoire, les juges ont la liberté de le modifier par la suite.

La fonction première du vote est de déterminer une majorité. Si le président fait partie de la majorité, il peut décider de rédiger l'opinion lui-même ou de confier cette tâche à un autre membre de la majorité. Si le président ne fait pas partie de la majorité, le juge le plus ancien de la majorité est chargé de rédiger l'opinion ou de confier cette tâche à un autre membre de la majorité. Les présidents se réservent en général les décisions les plus importantes. Par exemple, le juge Hughes (1930-1941) rédigea l'opinion majoritaire dans l'affaire historique *West Coast Hotel v. Parrish* (1937)¹, l'arrêt qui mit fin à un demi-siècle d'annulation judiciaire de la législation du travail des Etats. Le président Warren rédigea l'opinion de la Cour dans l'affaire capitale de la déségrégation scolaire en 1954. Le Président Warren Burger (1969-1986) rédigea l'arrêt de la Cour dans l'affaire des enregistrements du Watergate en 1974², qui ordonna au Président Nixon de remettre les enregistrements de ses conversations téléphoniques. Ces enregistrements étaient si nuisibles que deux semaines après cette décision, le Président, qui avait nommé Warren Burger à la tête de la Cour suprême, fut contraint de démissionner. Si certains présidents ont tendance à rédiger plus d'arrêts que d'autres, la différence est minime. Tous les présidents de la période récente ont cherché à confier un nombre plus ou moins égal d'arrêts à chaque juge, la moyenne annuelle étant d'environ 14 arrêts par juge.

La désignation du rédacteur est fondée sur un certain nombre de facteurs. Tout comme le vote émis en conférence, elle a une dimension tactique. Le président peut limiter les risques de trop grande division de la Cour en chargeant un de ses collègues connu pour sa modération et sa « diplomatie » de rédiger le jugement. En effet, un tel juge sera plus enclin à rédiger un jugement qui tienne compte de la diversité des opinions et unisse la Cour. La spécialisation peut également jouer un rôle. Des juges ayant des connaissances particulières en matière de loi pénale, de legs, de lois administrative ou fiscale se verront plus probablement chargés de rédiger les arrêts dans le cas d'affaires concernant leur domaine de spécialisation. L'anticipation de la réaction du public et les problèmes d'application d'un arrêt peuvent également jouer un rôle dans la désignation du rédacteur. Un président demanda à un juge

1. 300 US 379, 1937.

2. *US v. Nixon*, 418 US 603 (1974).

du Sud de rédiger un arrêt qui allait de toute évidence être impopulaire dans sa région. De la même façon, des « arrêts conservateurs » ont été confiés à des « juges progressistes » et *vice versa*. Dans chaque cas, le président espère que l'arrêt sera plus facilement accepté par les groupes qui y sont opposés du fait du respect qu'ils ont pour son auteur.

LA RÉDACTION ET LA CIRCULATION DES PROJETS DE JUGEMENT :
LA RECHERCHE DU CONSENSUS

Une fois la rédaction d'un jugement confiée à un juge, celui-ci est chargé de rédiger un projet présentant l'opinion majoritaire puis de le soumettre à tous les autres juges afin d'entendre leurs commentaires. L'étape de rédaction du projet dure environ sept semaines et met en lumière un des changements institutionnels importants survenus dans la Cour contemporaine : l'accroissement rapide du nombre et de l'influence des clercs. Si le premier clerc fut embauché en 1882, jusqu'aux années cinquante aucun juge n'avait plus d'un clerc à son service. Sous le président Warren (1953-1969) la moyenne est passée à deux par juge puis à trois et quatre au cours des années soixante-dix. Durant la session 1988-1989, on comptait 36 clercs.

S'ils accomplissent tout un ensemble de tâches — sélection des affaires, recherche, commentaire —, leur rôle le plus important est d'aider leurs juges respectifs à rédiger les arrêts. Même les juges admettent aujourd'hui que la plupart des premiers projets sont rédigés par les clercs. Il est moins facile de déterminer dans quelle mesure les juges acceptent ces projets. Cela dépend du juge et aussi de l'affaire. Certains juges se contenteront d'apporter des corrections mineures au projet d'un clerc avant de le faire circuler parmi ses collègues. D'autres le réécriront substantiellement. Dans tous les cas, il ne fait aucun doute que l'on a assisté à un accroissement cumulatif de l'influence des clercs sur les décisions finales de la Cour.

La croissance du nombre et de l'influence des clercs a une double conséquence. Au sein de la Cour, elle a contribué à sa bureaucratisation, à l'isolement des juges les uns par rapport aux autres et, donc, à un déclin de la dimension collégiale de la Cour. De nombreux commentateurs présentent aujourd'hui la Cour comme « neuf petits cabinets d'avocats indépendants » ayant cha-

1. Cf. David O'Brien, *op. cit.*, p. 157.

cun à sa tête un juge suivi de sa meute de clercs, de secrétaires et de messagers. Comme la charge de travail augmente et que les juges s'appuient de plus en plus sur leurs clercs, il y a moins d'interaction entre eux. Vus de l'extérieur, les clercs sont un symptôme du rôle et de l'influence politiques croissants de la Cour. Les analystes sont d'accord pour dire que la croissance rapide de l'Executive Office et du personnel de la Maison-Blanche après la guerre témoignent du pouvoir accru de la présidence, sinon du Président¹. De la même façon, la croissance bureaucratique de la « jurocratie » témoigne de l'influence accrue de la Cour suprême.

Une fois un juge satisfait de son projet d'arrêt, il le fait circuler parmi ses huit collègues. Chacun d'entre eux a alors la possibilité de faire ses commentaires et de proposer des changements. Cette étape du processus est apparue au xx^e siècle et remplit partiellement la fonction assurée autrefois par les conférences judiciaires, à savoir la recherche du consensus. Elle est marquée par des négociations, la recherche du compromis et la formation de coalitions. Un juge peut faire dépendre son soutien au jugement de l'acceptation par l'auteur de ses propositions de changement. Afin de soutenir sa position, un juge peut rédiger et faire circuler une opinion dissidente ou concurrente. Menacer de prendre une position dissidente ou de présenter une argumentation différente est plus efficace quand la Cour est divisée en deux. L'auteur est, évidemment, libre d'accepter ou de rejeter certaines ou toutes les suggestions de changement. L'auteur doit décider si obtenir le soutien d'un autre juge est une raison suffisante pour modifier ou affaiblir son raisonnement. L'unanimité — ou au moins une forte majorité — est très appréciée, mais la clarté et la précision du raisonnement le sont tout autant. L'auteur doit choisir². Ce processus de négociation est souvent long, et on a vu des juges faire circuler jusqu'à dix projets révisés avant d'obtenir le soutien de leurs collègues. S'il existe de nombreuses anecdotes pittoresques montrant comment des juges ont réussi à persuader leurs collègues de rallier une position et à obtenir ainsi un jugement unanime de la Cour³, la réalité statistique est que l'unité fondée sur un compromis a fortement décliné au cours des dernières décennies.

1. Voir Thomas E. Cronin, *The State of the Presidency*, Boston, Little, Brown & Co., 1975, p. 25-49.

2. *US v. Nixon*, 418 US 683 (1974) est souvent cité comme un exemple d'une affaire où l'unité fut réalisée au prix de la clarté et de la cohérence de l'argumentation.

3. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 222-225.

LES OPTIONS ET LES TACTIQUES POSSIBLES
DANS LA RÉDACTION DES ARRÊTS

Vers la fin de l'étape de circulation du projet, chaque juge doit prendre une décision. Ils ont fondamentalement trois options possibles : accepter l'opinion majoritaire parmi leurs collègues ; écrire (ou soutenir) une opinion concourante ; ou en écrire (ou en soutenir), une dissidente¹. A ce point du processus, les opinions majoritaire et concourante (ou dissidente) ont déjà été présentées, discutées et amendées. Le président consulte alors ses collègues et après s'être assuré qu'aucun ne désire une extension du temps de débat, il ordonne que l'affaire soit classée comme une des décisions qui sera annoncée par la Cour la semaine suivante. On préfère bien sûr une décision unanime de la Cour. Elle illustre en effet les valeurs symboliques associées à « l'autorité de la loi » : la certitude, la stabilité et l'impartialité. En parlant d'une seule voix, la Cour renforce également la clarté et l'autorité de sa décision. Une telle clarté et une telle autorité sont particulièrement appréciées dans les décisions dont les juges savent à l'avance qu'elles seront contestées. Le président Earl Warren œuvra très longtemps pour arriver à une position unanime lors de l'affaire de la déségrégation scolaire en 1954. Conscient que l'ordre de déségrégation des écoles provoquerait hostilité et résistance dans le Sud, Warren estima qu'il était impératif d'arriver à un jugement unanime pour démontrer que toute la Cour était derrière cette décision. De même, le président Burger mena des négociations très poussées avec ses huit collègues pour arriver à une décision unanime dans le cas des enregistrements du Watergate qui entraîna la démission du Président Nixon².

L'utilité politique d'une décision unanime s'est de toute évidence imposée à d'autres cours constitutionnelles. En cachant au public les divisions qui existent au sein d'une Cour, le recours à un jugement unique et anonyme dissimule le caractère politique des décisions judiciaires prises par les cours constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel en France, la Cour suprême en Italie, la

1. Une quatrième possibilité apparaît lorsque la Cour est divisée par moitié (4/4 ou 3/3). Dans ce cas, aucun jugement n'est écrit, et on ne rend pas non plus publique la façon dont chaque juge a voté. Cela est très peu fréquent car, en règle générale, les neuf juges participent aux débats. Mais lorsque cela se produit, la décision de la Cour inférieure est confirmée sans commentaire.

2. *US v. Nixon*, 418 us 683 (1974). Voir O'Brien, *op. cit.*, p. 259-266.

nouvelle Cour d'arbitrage en Belgique, la Cour européenne de Justice ont toutes adopté la pratique du jugement institutionnel unique. La Cour constitutionnelle allemande permet les désaccords depuis 1971, mais ils restent très rares¹. Au Canada, la Cour suprême a présenté un seul jugement (parfois anonyme) dans plusieurs affaires très contestées concernant le fédéralisme et des questions de langues². De façon assez ironique, alors que la Cour suprême américaine a fourni le modèle original de l'opinion institutionnelle fondée sur la négociation, au cours des récentes décennies, elle a été de plus en plus incapable d'atteindre un tel consensus. C'est précisément parce que les affaires les plus importantes sont souvent les plus contestées que l'unanimité est difficile à réaliser. Étant donné la tendance croissante à présenter des opinions concourantes ou dissidentes, les juges sont en général satisfaits s'ils peuvent rassembler une majorité suffisamment solide (par exemple 7/2 ou 6/3) autour de l'opinion de la Cour.

Une opinion concourante arrive aux mêmes conclusions que la position majoritaire, mais en se fondant sur un raisonnement différent. Lorsqu'un juge estime que la majorité est arrivée au bon résultat mais pour de mauvaises raisons, il peut rédiger un arrêt différent qui présente l'argumentation légale qui, selon lui, étaye le mieux la conclusion de la majorité. Si les opinions concourantes sont présentées comme un aspect de l'indépendance judiciaire et comme un moyen de mettre en lumière des questions légales ignorées par la majorité, elles ont la conséquence malheureuse d'affaiblir la clarté et donc l'autorité d'une décision. Cela est particulièrement vrai lorsque le nombre de juges rédigeant (ou soutenant) des opinions concourantes empêche la Cour d'arriver à un accord majoritaire à propos du raisonnement légal étayant sa décision. Dans ce cas, l'opinion soutenue par le plus grand nombre de juges (sans atteindre une majorité) devient « l'opinion majoritaire ». Une opinion majoritaire explique la conclusion de l'affaire discutée, mais n'a pas l'autorité suffisante pour établir un précédent pour des affaires futures. Inutile de dire que cela complique la

1. Plus de 90 % des décisions de la Cour constitutionnelle allemande sont encore unanimes. Tout comme c'était le cas pour la Cour américaine au XIX^e siècle, de très fortes pressions institutionnelles s'exercent sur les juges allemands pour les empêcher de publier leurs jugements dissidents. Voir Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham et Londres, Duke University Press, 1989, p. 31.

2. Voir Peter Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 351.

tâche des juges des cours inférieures qui se tournent vers la Cour suprême pour y trouver conseil, ainsi que celle des responsables politiques qui doivent appliquer la décision de la Cour.

La troisième option est de rédiger (ou de soutenir) une opinion dissidente. Une telle opinion est en désaccord avec l'argumentation et avec la conclusion de la majorité. Un juge présente une opinion dissidente pour déclarer qu'il aurait tranché l'affaire différemment et pour expliquer pourquoi. Selon la pratique du droit coutumier hérité de Grande-Bretagne, la Cour suprême américaine a toujours vu dans le droit de rédiger une opinion dissidente un élément essentiel de l'indépendance judiciaire, c'est-à-dire de l'indépendance d'un juge par rapport aux autres. Cependant, au cours de ses toutes premières années d'existence la Cour a développé une norme institutionnelle qui favorisait fortement les opinions uniques. Les opinions dissidentes étaient vues comme une forme de « désobéissance institutionnelle » et étaient déconseillées.

Cela ne revient pas à dire qu'elles n'ont pas existé ou à nier leur influence. En effet, certains des juges les plus célèbres de la Cour suprême doivent en partie leur réputation à des jugements dissidents très influents. Par exemple, le désaccord d'Olivier Wendell Holmes dans l'affaire *Lochner v. New York* en 1905¹, devint le guide de la critique émise par la génération suivante à l'égard de la doctrine du *substantive due process* et de la liberté de contrat. En 1937, l'argumentation différente de Holmes devint celle de la majorité quand la Cour suprême renversa le précédent *Lochner* et renonça à toute interférence judiciaire dans la législation industrielle et du travail des Etats². De même, l'opinion dissidente du juge Harlan dans *Plessy v. Ferguson* (1896)³ — qui expliquait : « Notre constitution ne fait pas de distinction de couleur et ne reconnaît ni ne tolère non plus de classes parmi nos citoyens » — fut adoptée par la Cour unanime dans l'affaire *Brown v. Board of Education* (1954).

La décision de rédiger une opinion dissidente (ou concourante) est différente de la décision de la publier. La première est depuis longtemps une caractéristique de l'étape de discussion des pro-

1. *Lochner v. New York*, 198 US 379 (1937).

2. *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

3. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) est la décision infamante de la Cour suprême qui soutenait la ségrégation des races imposée par les Etats à partir de l'argument selon lequel un traitement « séparé mais égal » ne violait pas le droit des citoyens à une protection égale de la loi.

jets. Au départ, il s'agit d'une prise de position, d'une position de négociation, visant à amener d'autres juges à changer leur position ou au moins à accepter certains arguments du dissident potentiel. La décision de publier effectivement l'opinion dissidente part d'un calcul tout à fait différent. Elle n'a guère de chance d'influencer les membres de la majorité, au moins à court terme. En effet, un juge qui est souvent en désaccord risque de s'aliéner les autres membres de la Cour qui peuvent en venir à considérer un dissident chronique comme un collègue sur lequel on ne peut pas compter. Cela est d'autant plus vrai si un dissident s'en prend à l'intelligence ou à l'intégrité des membres de la majorité. La décision de publier une opinion dissidente repose en général sur l'espoir que de futurs juges ou de futures cours seront convaincus par la position du dissident. Les exemples des « grands dissidents » — Harlan, Holmes, Brandeis et d'autres — ont donné non seulement une légitimité mais aussi un certain caractère romantique aux opinions dissidentes. Dans ce sens, un désaccord peut être compris comme un appel aux générations futures.

LES TENDANCES HISTORIQUES

La pratique consistant à rédiger un seul jugement de la Cour fut initiée par le très célèbre président John Marshall (1803-1836). Jusqu'à la nomination de Marshall, la nouvelle Cour suprême appliquait la pratique britannique (*seriatim*) selon laquelle chaque juge rédige normalement une argumentation séparée. Marshall fut le premier à comprendre que le prestige et l'autorité de la Cour seraient renforcés si elle parlait d'une seule voix. Malgré les fortes protestations du président Thomas Jefferson, qui était un critique virulent à la fois de Marshall et de la nouvelle doctrine de contrôle juridictionnel, Marshall persuada ses collègues d'adopter, quand cela était possible, une seule opinion. Sous la direction de Marshall¹, elle devint la norme et le resta durant les cent trente années suivantes.

1. Au cours de ses quatre premières années à la tête de la Cour suprême, Marshall rédigea toutes les argumentations à l'exception de deux. Durant ses trente-quatre ans de présidence, Marshall rédigea 36 des 62 argumentations traitant de questions constitutionnelles.

Avant les années trente, 80 à 85 % des décisions de la Cour suprême furent unanimes. Depuis cette période, le taux d'unanimité est tombé à 25 ou 30 %¹. Au cours des dernières années de la présidence du juge Hughes (1937-1940), la Cour présenta 179 opinions par an : 144 opinions institutionnelles et 35 opinions séparées, concourantes ou dissidentes. Entre 1968 et 1980, la Cour publia une moyenne de 331 arrêts par an : 138 institutionnels, 43 séparés, 45 concourants et 105 dissidents. Ainsi, après quarante ans, on avait sept fois plus d'opinions séparées, quatre fois plus d'opinions dissidentes et dix fois plus d'opinions concourantes². La gravité des dissensions au sein de la Cour contemporaine est également reflétée dans la croissance rapide des opinions ne recueillant qu'une majorité relative, c'est-à-dire des affaires dans lesquelles la Cour n'arrive pas à faire apparaître une majorité pour une position. Il y eut plus de décisions à majorité relative (116) sous la présidence du juge Burger (1969-1986) que durant toute l'histoire précédente de la Cour (61)³.

Différentes causes expliquent cette tendance. L'une est institutionnelle. L'accroissement de la charge de travail et le recours à l'aide des clerks ont contribué à isoler de plus en plus les juges. Ceci a, à son tour, affaibli le caractère collégial, délibératif de la Cour qui, dans le passé, permettait de faire disparaître les désaccords afin d'arriver à une opinion institutionnelle unanime. Une seconde cause est liée à la procédure. Depuis 1925, la Cour a été presque totalement libre de choisir les affaires à traiter⁴. Avant 1925, 80 % des cas examinés par la Cour consistaient en affaires qu'elle était légalement obligée de traiter et qui avaient peu de signification hormis pour les parties concernées⁵. Aujourd'hui le pourcentage est inférieur à 5 %. Les juges utilisent en général leur liberté de choix pour traiter des affaires qui concernent des questions légales ayant une importance politique. Dans la mesure où ces affaires sont politiques, il est plus probable qu'elles suscitent des désaccords et moins probable qu'elles permettent d'arriver à un compromis.

1. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 211.

2. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 309-312.

3. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 313.

4. The Judiciary Act of 1925, 43 US Statutes 936 mit fin à la pratique des saisines de droit pour la plupart des affaires, sauf celles qui concernent une « question fédérale importante » qui est « présentée correctement ». Voir Abrahams, *op. cit.*, p. 181.

5. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 185.

Moins tangible, mais non moins important, est le triomphe de l'école constitutionnelle « non interprétative », ou ce que Wolfe décrit comme le « processus moderne de révision judiciaire », le passage de « l'interprétation de la Constitution à une législation faite par les juges »¹. L'influence du réalisme légal a affaibli l'ancien modèle de contrôle juridictionnel qui était en fait une recherche du « sens véritable de la Constitution » et l'a remplacé par une adaptation par les juges des « principes constitutionnels » aux besoins sociaux et aux valeurs changeantes de l'époque contemporaine. Alors que l'ancien modèle ne permettait qu'un seul « sens véritable » le modèle actuel permet autant de sens qu'il y a de juges².

Ces changements ont sapé les anciennes normes qui facilitaient la production d'un seul jugement de la Cour. Le taux plus faible de désaccord au XIX^e siècle ne reflète pas un plus grand consensus, mais des normes institutionnelles différentes. Les juges du siècle passé estimaient que leur devoir premier était de produire autant que possible une opinion unanime de la Cour et ils étaient donc prêts à transiger sur leurs propres opinions et à accepter celles de leurs collègues.

Le recours extensif aux opinions dissidentes ou concourantes est une des caractéristiques qui distingue la Cour suprême américaine. Il la distingue des cours constitutionnelles similaires qui existent dans les États européens appliquant le droit pour lesquelles un seul jugement institutionnel est la norme *de jure* ou *de facto*. Si l'on trouve également cette pratique dans les cours des pays qui appliquent le droit coutumier, elle est en général justifiée au nom de l'indépendance judiciaire. À l'opposé, le recours aux jugements concourants ou dissidents par la Cour suprême américaine a un caractère nettement politique. Comme les tendances statistiques le montrent, les normes de la Cour moderne, de la période suivant le New Deal, favorisent clairement les opinions individuelles par rapport aux opinions institutionnelles. La liberté et la volonté des juges d'écrire des opinions concourantes ou dissidentes ont un sens politique. Comme O'Brien l'a noté, « la Cour fonctionne plus désormais comme un organe législatif qui se base

1. Ce concept est très bien exposé par Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review : From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, New York, Basic Books, 1986.

2. L'influence du « contrôle juridictionnel moderne » sur le constitutionnalisme et le contrôle juridictionnel canadiens est discutée dans Rainer Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics*, à paraître, Toronto, Nelson Canada, 1991.

simplement sur un décompte des votes pour prendre une décision que comme un organe collégial cherchant à produire des décisions et des argumentations collectives »¹.

LE CONTENU DES JUGEMENTS :

« *RATIO DECIDENDI* » ET « *OBITER DICTA* »

Un dernier trait distinctif des opinions de la Cour suprême est leur longueur et leur contenu. La longueur moyenne des opinions a augmenté régulièrement de 8 pages dans les années trente, à 11 durant les années quatre-vingt². Dans la mesure où chaque affaire donne lieu à la rédaction de plusieurs opinions (l'opinion de la Cour et peut-être une opinion concourante et une opinion dissidente), une seule affaire peut facilement occuper 20 ou 30 pages dans les registres légaux.

La longueur des opinions de la Cour s'explique facilement par la pratique très ancienne qui veut qu'elles ne soient pas limitées à l'exposition des faits et du *ratio decidendi* (la décision légale stricte) mais présentent de grandes envolées d'*obiter dicta* (des déclarations exprimant les opinions des juges à propos de questions annexes), souvent politiques, qui « étoffent » la décision légale plus étroite. Parce que les *obiter dicta* sont différents du *ratio*, techniquement ils ne constituent pas un précédent qui engage la Cour. Toutefois, il est souvent difficile de déterminer où le *ratio* s'arrête et où l'*obiter* commence.

Les digressions lucides et impressionnantes du président Marshall à propos de la nature du fédéralisme et de la séparation des pouvoirs ont permis d'établir la pratique qui donne une grande latitude aux juges dans l'utilisation d'analyses politiques annexes dans leurs jugements. La portée très large des arrêts de la Cour leur donne souvent le caractère d'essais ou de traités. Comparés aux décisions beaucoup plus courtes, formelles et parfois laconiques du Conseil constitutionnel, les jugements de la Cour américaine sont beaucoup plus intéressants à lire. En fait, les meilleurs arrêts constituent une sous-catégorie de la littérature politique américaine. Ils sont lus par les étudiants, discutés dans les journaux et cités par les politiciens. Cette célébrité a son prix. Le caractère politique des opinions de la Cour tend à dissoudre le

1. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 323.

2. Id., p. 323.

verniss protecteur du légalisme et les soumet à un examen permanent et à des critiques fréquentes. Tout comme les politiciens américains utilisent leurs discours publics, les juges de la Cour suprême utilisent leurs jugements pour essayer de façonner l'opinion publique à propos des questions critiques du moment. Tout comme leurs homologues politiques, parfois ils réussissent¹, et parfois ils échouent².

1. Le plus grand succès contemporain de la Cour est sa décision de déségréguer les écoles, *Brown v. Board of Education*. Un autre succès est aussi la décision concernant les enregistrements du Watergate en 1974.

2. L'échec le plus célèbre est la décision concernant l'affaire *Dredd Scott*, en 1856, qui déclara que les Noirs n'étaient pas et ne pouvaient pas devenir citoyens des Etats-Unis. Cette décision accéléra la formation du Parti républicain, l'élection d'Abraham Lincoln, qui fut le premier Président républicain en 1860, et l'explosion de la guerre civile en 1861. La série des affaires du « New Deal » entre 1935 et 1937 furent également renversées par des événements ultérieurs. Pour une discussion de ces affaires, voir John Keeler, Confrontation juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal, *Pouvoirs*, 35, 1985, p. 133-148. Pour une réponse à Keeler, voir Frédéric Morton, Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 46, 1988, p. 127-145 et Keeler, En réponse aux analyses de F. L. Morton, *Pouvoirs*, 47, 1988, p. 145-149.

RÉSUMÉ. — *L'analyse du processus de rédaction des opinions de la Cour suprême met en lumière des évolutions contradictoires. Le choix par la Cour de traiter des affaires politiques très contestées permet plus difficilement d'arriver à une décision unanime. Mais la publication de jugements concourants ou dissidents à côté du jugement majoritaire tend à affaiblir le poids de ses décisions. Cette prédilection pour les affaires politiques a également modifié la fonction de juges qui ne cherchent plus tant à établir le « sens véritable » de la Constitution qu'à adapter une série de « principes constitutionnels » aux valeurs et aux besoins de la société actuelle.*