

Ce document est librement téléchargeable sur la page web du CDPC : [http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche\\_article/&RH=CDPC-ACTIV](http://www.u-paris2.fr/30049092/0/fiche_article/&RH=CDPC-ACTIV). Pour le citer : ZOLLER Élisabeth, « Principe de transparence et justice constitutionnelle : La Cour suprême des États-Unis », Conférence-débat du CDPC intitulée « Principe de transparence et justice constitutionnelle », Cycle « Les valeurs du droit public », 21 novembre 2013, URL, date de consultation.

## PRINCIPE DE TRANSPARENCE ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE : LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS

*Élisabeth Zoller*

Point n'est besoin de longues recherches aujourd'hui pour mesurer la transparence d'une institution. Il suffit de visiter son site Internet et son adhésion au principe de transparence y paraît comme dans un miroir. De ce point de vue, le site de la Cour suprême des États-Unis est exemplaire. En quelques clics, l'internaute prend connaissance de l'institution et de son histoire, des juges qui la composent et des règles selon lesquelles ils exercent leurs fonctions dans la mesure où le règlement de la Cour est visiblement affiché sous un onglet distinct et librement téléchargeable.

Au-delà de caractéristiques générales, l'internaute a aussi connaissance des affaires inscrites au rôle et des jours où elles seront plaidées. Certes, les plaidoiries ne sont pas encore accessibles en vidéo, mais elles le sont sous forme audio et écrite, étant intégralement enregistrées et retranscrites sur papier. L'internaute peut ainsi prendre connaissance par voie orale et/ou visuelle des questions nombreuses et variées que les juges ont posées aux avocats qui ont plaidé devant eux ; toutefois, il ne peut pas les voir, la Cour n'autorisant pas les caméras dans son prétoire. En revanche, plusieurs mois avant que la Cour ne décide de l'affaire, l'internaute a eu accès à toutes les pièces de procédure déposées par les parties (requêtes introductives d'instance, mémoires ampliatifs, en défense et en réplique) ou par les *amici curiae*, les « amis de la Cour », qui ont déposé des mémoires au soutien des thèses défendues par les parties.

La mise à disposition du public de tous les documents dont dispose la Cour pour juger est en soi déjà remarquable. Ce qui l'est bien davantage, c'est que la Cour ne dit pas seulement ce qu'elle fait, elle explique comment elle le fait. Ses arrêts contiennent la répartition des votes ; ils ouvrent aux lecteurs l'accès direct aux arguments échangés devant les juges, à la manière dont ils en ont débattu, aux choix que chacun d'entre eux a opérés et pour quelles raisons. La cause de cette exceptionnelle transparence tient à un seul fait : les arrêts de la Cour sont longuement et soigneusement motivés. On sait qui a voté pour la solution de l'arrêt, qui a voté contre et pourquoi. Seules échappent à l'obligation de motivation les décisions préparatoires qui accordent ou refusent l'indispensable *writ of certiorari* pour que la Cour accepte de juger une affaire au fond ; mais dans la mesure où ces décisions résultent généralement de l'application mécanique du règlement, elles ne peuvent pas être sérieusement tenues pour de vraies exceptions à la transparence d'autant plus que, même dans ce cas d'un refus de *certiorari*, les juges dissidents ont toujours la possibilité de s'exprimer (Zoller, 1998 : 163).

Certes, la Cour peut rendre un arrêt à l'unanimité qui ne comporte aucune opinion séparée (ainsi, l'arrêt *Brown v. Board of Education* sur l'inconstitutionnalité de la ségrégation raciale). Mais si les juges de la Cour ne sont pas unanimes, la règle est que l'opinion du (ou des) juge(s) qui se sépare(nt) de la majorité est (sont) toujours publiée(s). C'est la publicité systématique des opinions séparées (Mastor, 2005 : 104) qui fait de la Cour suprême une institution transparente, accessible et ouverte à tous (Lasser, 2009 : 302).

La pratique de la publicité des votes et des opinions séparées qui s'est établie à la Cour suprême des États-Unis au début du XIXe siècle s'est répandue après 1945 dans de très nombreuses juridictions constitutionnelles européennes (Favoreu et Mastor, 2011 : 57, 60, 67-68). De plus en plus, l'opacité que le secret du vote jette sur le processus de décision juridictionnelle apparaît inadaptée (Mastor, 2013 : 11-15). D'anciens membres du Conseil constitutionnel français ont même dit publiquement et ouvertement regretter l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés de pouvoir exprimer, dans les affaires où ils ont siégé, une « position différente » (Joxe, 2009 : 143). On le regrette d'autant plus que la doctrine a pu démontrer que l'expression d'une position différente, loin de diminuer l'autorité du juge, peut au contraire la renforcer car elle oblige la majorité à mieux motiver, à mieux expliquer, bref, à mieux convaincre (Mastor, 2012 : 89). Enfin, le secret du vote n'apparaît plus en phase avec les bouleversements induits par les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans la pratique de la démocratie et l'exigence pour plus de transparence qu'elles font naître dans de nombreux domaines.

Le problème se pose de manière particulièrement aiguë en droit constitutionnel parce que la justice constitutionnelle n'est pas la justice ordinaire, comme la longue expérience de la Cour suprême le prouve abondamment. Elle n'a pas grand-chose à voir avec la justice civile, commerciale ou pénale ; la justice constitutionnelle touche à la démocratie ; c'est pourquoi le principe de transparence y revêt une portée spécifique (I). Et la tolérance de l'opinion publique pour les exceptions dont il fait l'objet ne peut perdurer que si l'opinion est convaincue que la démocratie l'exige (II).

## **I – La portée spécifique du principe de transparence en matière constitutionnelle**

Quand on parle de transparence en matière de justice, il faut distinguer entre, d'une part, la justice ordinaire et la justice constitutionnelle et, d'autre part, selon les États. Les États peuvent adhérer au principe de transparence de diverses façons selon les contentieux. Aux États-Unis, par exemple, la transparence est de règle, dans tous les contentieux, dans la justice d'État comme dans la justice fédérale ; en Europe, elle est plutôt l'exception. Rares sont les États qui l'acceptent en matière de justice ordinaire. En Allemagne ou en Espagne, le principe de transparence est appliqué en matière constitutionnelle, mais non en matière civile ou pénale, comme si les Européens pensaient que la justice n'a pas besoin de transparence, sauf en matière constitutionnelle. Aux États-Unis, cette vue étroite de la transparence est dépassée depuis longtemps. La transparence est exigée dans les deux formes de justice.

### **A – La transparence en matière de justice ordinaire**

Initialement, l'accès du public aux arrêts et documents des cours de justice sous forme électronique s'est fait par voie téléphonique. Le système a migré vers la toile en 1998. Peu après, l'*Administrative Office of Federal Courts* a mis en place le système PACER (*Public Access to Court Electronic Records*) qui n'a cessé depuis de se remplir de données. Aujourd'hui, ce ne sont pas moins de 500 millions d'affaires qui sont accessibles aux professionnels et au public moyennant l'ouverture d'un compte d'utilisateur sur PACER et le règlement d'une somme de 10 cents par page.

Quand elle commença à prendre forme, la transparence dans l'accès aux pièces présentés devant les cours de justice et aux arrêts qu'elles rendaient apparut comme un bienfait qui n'était pas discutable, ni même discuté, mais dont le contenu manquait de précision (Martin, 2008 : 856). Les avocats et les juges en vantaient les mérites, soulignant ses avantages pour les professions juridiques et ses vertus pour l'éducation citoyenne. La transparence permet un meilleur contrôle de la juste administration des procédures, elle développe la confiance du public dans le bon

fonctionnement de la justice, elle assure la libre discussion de la conduite des affaires publiques par les hommes politiques, elle donne au public les moyens de surveiller la conduite des procès, et *last but not least*, elle fournit un exutoire aux émotions, aux passions, à la colère qui peuvent saisir le public dans des affaires qui sensibilisent l'opinion.

Le Congrès a accéléré l'évolution en adoptant le *E-Government Act*(2002) qui encourage les cours fédérales à utiliser Internet pour porter à la connaissance du public toutes les informations diffusées autrefois sur papier. Le premier but de la loi s'attache à garantir à quiconque devant avoir affaire à une cour fédérale pour quelque raison que ce soit qu'il pourrait obtenir l'information de base, le règlement de la Cour et les formes de procédure obligatoires *online*, par voie électronique. Le *E-Government Act* donne valeur législative au système PACER qui n'avait que valeur réglementaire et il le renforce en étendant son champ d'application. En revanche, la loi a rejeté sur les cours de justice la responsabilité de décider des questions difficiles comme celle de savoir ce qui doit rester secret (vie privée, sécurité nationale).

La mise à disposition du public d'une foule de données judiciaires a eu d'importantes répercussions sur le monde des affaires. On a pu constater que 70% des consultations sur PACER concerne des recherches sur les affaires de faillite et règlement judiciaire. Les données mises en ligne sont précieuses moins pour ce qu'elles apprennent sur le fonctionnement du système judiciaire comme on le pensait à l'origine, que pour ce qu'elles apprennent sur les justiciables. Des compagnies privées se sont constituées qui se sont fait une spécialité de la collecte des *credit records* (historiques du crédit) des personnes privées, informations qu'elles vendent aux banques et opérateurs financiers souvent fort cher.

En matière de justice ordinaire, la transparence a une grande importance en matière pénale. Mais le système PACER est configuré de telle sorte qu'il ne permet pas de faire des recherches par juges et de comparer le degré respectif des peines qu'ils prononcent. Cette impossibilité est compréhensible compte tenu de ce qu'un grand nombre de juges d'États sont soumis à réélection. En revanche, la mise en ligne des données du procès pénal donne au moins un aperçu plus précis qu'autrefois sur la qualité de la procédure qui a été suivie et de la justice qui a été rendue (Bibas, 2006 : 911).

## **B – La transparence en matière de justice constitutionnelle**

En matière de justice constitutionnelle, la transparence n'a pas la même portée parce que la justice ne s'y manifeste pas comme la justice ordinaire. La justice ordinaire est enfermée dans le cercle des intérêts particuliers (à l'exception, bien sûr, de la justice pénale qui les confond, dans ce cas précis, avec l'intérêt public) tandis que la justice constitutionnelle, elle, peut remettre en cause le contrat social. C'est cela qui en fait la singularité.

A l'origine, l'introduction de l'inoffensif recours individuel contre une loi par le biais d'une exception d'inconstitutionnalité soulevée au cours d'un procès – moyen sur lequel le constituant américain s'est fondé pour asseoir la suprématie de la Constitution fédérale sur les États et sur les organes constitués – parut être le moyen idoine pour attaquer la loi, non pas de front dans son principe, mais dans ses effets. Il ne s'agissait pas de frapper la loi au point de la détruire, mais de lui retirer son venin, de « l'énerver », comme l'avait si bien dit l'auteur de la *Démocratie* (Tocqueville, 1992 : 167). Personne n'imaginait à l'époque que le recours individuel pourrait dans certains cas aller jusqu'à ébranler le système social ou politique. Et pourtant, l'occasion s'est produite à plusieurs reprises dans l'histoire des États-Unis. Comment expliquer cela ?

La réponse est assez simple. Il est rare qu'il ne se trouve pas des citoyens qui ne se croient intéressés à la cause du requérant dans son combat contre la loi réputée injuste soit pour la faire tomber, soit pour la maintenir. Certes, chacun sait qu'en théorie, la décision rendue, en principe, ne s'appliquera qu'au requérant ; mais chacun sait aussi que, par le jeu du précédent judiciaire, elle s'appliquera à tous ceux qui sont placés dans la même situation que lui (Lambert, 2005 : 135). Et c'est ainsi qu'une affaire qui, au départ, ne concerne qu'un individu peut finir par en concerner plusieurs, voire une multitude et, de ce seul chef, devenir politique. C'est pourquoi les portes du lieu où elle est débattue, argumentée et décidée doivent être toutes grandes ouvertes. Telle est, en gros, la philosophie qui domine la mise en œuvre du principe de transparence aux États-Unis.

Devant la Cour suprême, le principe de transparence prend une forme écrite et orale. Toutes les pièces de procédures déposées par les parties sont en ligne, on l'a dit ; mais aussi, on connaît le nom des avocats et leurs affiliations. La technique des « portes étroites » (Vedel, 1991 : 1), seul moyen en France dans le cadre du contrôle a priori pour des tiers intéressés par la loi attaquée d'avoir accès au Conseil constitutionnel (Schrameck, 1994 : 9) n'existe pas. On notera que la technique a été déjà supprimée dans le contentieux de la QPC où le mécanisme de l'amici de la Cour est aujourd'hui admis (Guillaume, 2010 : 11). Aux États-Unis, toutefois, cette voie de droit qui permet à des tiers qui y ont intérêt d'intervenir dans un débat qui concerne une foule de gens, est plus ouverte. Le règlement de la Cour qui l'organise n'exige pas des tiers qu'ils prouvent un intérêt « spécial ». La procédure de l'*amicus curiae* qui permet de déposer un mémoire au soutien de l'une ou l'autre des parties, ainsi que celle de l'action de groupe (*class action*) qui permet à des centaines de citoyens de se joindre à l'action du requérant, sont d'accès facile et d'un usage courant ; les arguments des tiers sont en ligne à côté de ceux des parties dès qu'ils ont été déposés.

En second lieu, la transparence devant la Cour suprême prend une forme tout à fait remarquable et quasiment spectaculaire par la manière dont se déroulent les plaidoiries orales. Ces plaidoiries n'ont rien à voir avec ces ennuyeux monologues qui se déroulent devant les juges ou les sages impassibles de certaines juridictions françaises ou européennes. À la différence des juges de première instance qui n'interviennent jamais au cours d'un procès devant jury, sauf pour discipliner le débat sur les faits qui se déroule entre avocats et les rappeler à l'observation des règles de la preuve, les juges d'appel interviennent activement à l'audience. N'ayant plus à s'occuper de la matérialité des faits, sinon sous l'angle de leur qualification juridique, les juges peuvent se concentrer uniquement sur le droit, et ils ne se gênent pas pour interrompre les conseils et poser des questions. Les juges de la Cour suprême excellent dans l'exercice. Il est très rare qu'un avocat puisse finir sa plaidoirie sans être interrompu. Souvent, les questions commencent à fuser dès les premières phrases prononcées. Le guide élaboré par les services du greffe à l'usage des conseils qui plaident devant la Cour suggère aux avocats de ne jamais chercher à éluder la question (Stern et alii, 1995 : 73). Avant qu'il ne soit nommé Président de la Cour suprême par le Président George W. Bush, John G. Roberts avait plaidé 39 affaires devant la Cour et il a calculé qu'au cours de l'une de ses plaidoiries, il avait fait l'objet de 150 questions en 30 minutes. Tous les avocats ne subissent peut-être pas un rythme aussi soutenu, mais une chose est sûre : cet échange, ce dialogue entre les juges et les conseils au cours duquel les arguments de droit sont débattus est un élément capital dans la construction de l'image d'une institution transparente.

C'est peut-être pourquoi les plaidoiries orales subsistent encore devant elle, nonobstant leur utilité marginale en comparaison de l'importance qu'elles avaient à l'aube du XIX<sup>e</sup> siècle quand il n'y avait pas de mémoires écrits, mais seulement des plaidoiries orales pour connaître les moyens des parties (Wrightsmann, 2008 : 9). Cette situation a perduré pendant toute la présidence de John Marshall. À l'époque, le temps de parole des avocats n'était pas limité. En 1849, le règlement de la

Cour le fixa à 2 heures. Puis, en 1928, le Président Hughes le fit réduire à 1 heure et, en 1970, il passa à 30 minutes (Biskupic & Witt, 1997 : 793). Parallèlement à cette évolution par laquelle l'écrit a remplacé l'oral, les règles de présentation des mémoires ont été minutieusement codifiées (jusqu'à la taille de la police et l'espacement des paragraphes) dans le règlement de la Cour. Le temps de parole alloué à l'avocat devant faire place aux questions que posent les juges, celui-ci peut en fait parler bien moins que 30 minutes, à moins que le Président lui accorde un délai supplémentaire pour compenser.

Du côté des praticiens, on doute beaucoup que les plaidoiries fassent pencher la balance de façon décisive dans un sens ou dans l'autre. Du côté des juges, certains n'ont pas fait mystère de l'absence totale d'intérêt qu'elles avaient pour eux. En 2002, le juge Clarence Thomas a déclaré que, dans 99% des cas, l'opinion des juges était faite avant qu'elles ne commencent (Casale, 2011 : 323). Une étude empirique de science politique a avancé l'hypothèse que, si les plaidoiries orales subsistaient malgré tout, c'est parce qu'elles étaient le seul moyen pour les juges d'obtenir l'information dont ils avaient besoin et qu'ils ne trouvaient pas dans les pièces écrites (Johnson, 2004 : 122), ce qui n'est pas faux dans la mesure où les juges ne maîtrisent pas l'information que les parties leur déversent. Toutefois, ces explications ne suffisent pas à expliquer la persistance des plaidoiries orales, dès lors qu'au prix d'une addition rédactionnelle à son règlement, rien n'empêche la Cour de demander l'information écrite dont elle a besoin pour se prononcer. Ce n'est pas tant vers les juges et les praticiens qu'il faut se tourner pour comprendre la survivance des plaidoiries orales que vers le grand public et l'effet qu'elles peuvent avoir sur lui.

Pour la Cour, les plaidoiries orales sont le seul, l'unique moyen par lequel elle peut rester en contact avec les citoyens et les médias. Certes, il n'est pas facile de trouver place dans la salle d'audience à moins d'être patient et d'attendre souvent longtemps à l'extérieur pour y accéder car, à l'exception des places réservées à la presse et aux invités des juges, la Cour ouvre ses portes sur la base d'une politique « premier arrivé, premier servi ». Mais c'est la seule chance pour le citoyen de voir la Cour en action. C'est aussi le seul moyen pour la Cour de rester en contact avec les médias, les journaux, les télévisions, les journalistes radios, les éditorialistes, donc, le grand public. Si la Cour supprimait les plaidoiries orales, elle ne serait plus qu'une forteresse inaccessible. Comme le disait en 1984 le juge Rehnquist, avant d'être élevé par le Président Reagan à la charge suprême de Président de la Cour – ce qu'il devint en 1986 – « la plaidoirie orale est le seul moyen de garder les juges conscients de leur relation et leur dépendance aux autres ; sans elle, le juge est isolé de tous, si ce n'est d'un étroit petit cercle de subordonnés » (Rehnquist, 1984 : 1022).

Enfin, le principe de transparence à la Cour suprême prend sa forme la plus connue dans la manière dont sont rédigés les arrêts. Les arrêts sont signés, les votes sont connus, et les opinions dissidentes ou individuelles sont publiées. Les juges donnent les raisons de leurs opinions et ils les signent, ce qui concrètement signifie qu'ils en assument la responsabilité. En matière constitutionnelle, la publicité des votes et des opinions propres à chaque juge est la condition d'un débat démocratique, public et ouvert, parce que cette forme de justice qui consiste en un contrôle judiciaire de la loi pouvant aller jusqu'à sa censure, fonctionne comme une force contre-majoritaire dans un système démocratique (Bickel, 1962 : 16). À partir de là, pour que la censure soit supportable dans la longue durée, elle doit s'inscrire dans des procédures elles-mêmes démocratiques, c'est-à-dire, transparentes.

En matière constitutionnelle, la justification de l'autorité du juge pour dire le droit prend ainsi une tout autre dimension qu'en matière de justice ordinaire. Elle ne peut plus se fonder sur le principe hiérarchique propre au modèle bureaucratique de la légitimité légale-rationnelle de Max Weber dans laquelle les caractéristiques personnelles sont gommées. Le problème fondamental auquel elle doit faire face est, en effet, le suivant : cette forme de justice ne peut pas imposer, elle doit

convaincre et persuader. Elle ne peut donc pas être totalement impersonnelle ; elle ne peut pas être sèche comme la justice rendue par le juge administratif français qui pense que « convaincre consiste à présenter la solution comme le résultat d'une équation » (Broyelle, 2013 : 216). La difficulté est que l'équation est rarement possible en matière constitutionnelle parce que la Constitution n'a pas, surtout en matière de droits et libertés, la précision de la loi. Son texte est ouvert, sujet à de multiples interprétations, de sorte que la solution que le juge retient doit laisser entrevoir sous la plume de celui qui l'expose ces quelques parcelles d'autorité charismatique qui confèrent le pouvoir de rassembler autour de soi et un tel objectif est hors d'atteinte si la justice constitutionnelle reste secrète et anonyme (Smith, 2012 : 533). Non seulement la motivation de l'opinion du juge répond à l'exigence de transparence en ce qu'elle est la marque d'une justice ouverte et publique ; mais encore, elle confère à son auteur par la qualité de son raisonnement et sa hauteur de vues l'autorité dont jouissent les grands orateurs passés maîtres dans l'art de la rhétorique. La plupart des États européens l'ont compris quand, après la guerre, sous l'influence des États-Unis, ils ont adopté le contrôle de constitutionnalité des lois.

À l'exception des États dont la culture juridique est restée sous l'influence durable des procédures inquisitoriales de l'Église, les États européens qui ont introduit le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception dans leurs systèmes juridiques, ont tous adopté les procédures transparentes de la publicité des votes et des opinions séparées. Il n'y a plus aujourd'hui que quatre États en Europe qui restent attachés au secret du vote : l'Autriche, la France, l'Irlande et l'Italie. À la lumière de l'histoire de la Cour suprême – John Marshall dut renoncer à son idée initiale de créer une cour suprême forte et respectée qui, comme les juridictions de dernier ressort en Europe, dirait le droit dans une opinion majoritaire unique et, devant la résistance du juge Johnson, il lui a bien fallu admettre la survivance de l'opinion séparée (Zoller, 2001 : 611) – on reste sceptique sur le caractère durable à long terme de l'exception. Plus encore que le scepticisme, c'est l'embarras qui gagne l'observateur devant l'opacité du système français qui ajoute au secret du vote le secret qui entoure celui (ou celle) qui fait rapport au Conseil constitutionnel et dont on ne connaît pas le nom, encore moins les conclusions, alors que celui-ci comme celles-là sont rendus publics dans la justice ordinaire. Ce point obscur du processus de décision de l'institution de la rue de Montpensier est à terme gros de graves difficultés. Répétons-le, la justice constitutionnelle ne peut pas rester secrète. Parce qu'elle touche à la démocratie, elle doit être telle que celle-ci se donne à voir au XXI<sup>e</sup> siècle, ouverte, publique, transparente.

## **II – Les exceptions au principe de transparence devant la Cour suprême**

Il faut ici séparer entre les vraies exceptions et celles qui n'en sont pas, mais qu'on présente comme telles, de façon abusive.

### **A – La véritable exception**

Il n'y a vraiment qu'une seule zone d'ombre sur le principe de transparence tel qu'il est pratiqué à la Cour suprême. Jusqu'ici, la Cour s'est refusée à ce que les plaidoiries orales soient télévisées ou accessibles sous forme de vidéos.

En 1993, un professeur de science politique de l'Université de Californie, Peter Irons, qui avait obtenu une subvention pour travailler sur un projet destiné à enseigner le *Bill of Rights* dans les écoles obtint tout à fait légalement l'accès à plusieurs arguments oraux dans quelques affaires célèbres relatives aux libertés et droits fondamentaux plaidées devant la Cour et il en publia des extraits dans un livre intitulé *May It Please the Court* (Irons, 1993). Mal lui en prit car la Cour réagit sans tarder, l'accusant d'avoir violé les termes du contrat d'accès à ses archives et le menaçant de poursuites. Mais l'opinion publique prit fait et cause pour le professeur et la Cour ne mit pas ses

menaces à exécution (Krumholz, 2012 : 396). Toutefois, l'idée avait été lancée et, quelques années plus tard, le débat sur l'accès du public aux plaidoiries orales s'est élargi à la possibilité pour des caméras de télévision de pénétrer un jour dans la salle d'audience du majestueux édifice sis à Washington. Certains juges s'y sont farouchement opposés. L'avertissement lancé par le juge Souter – « Avant qu'on ne voie une caméra de télévision dans notre prétoire, il lui faudra rouler sur mon cadavre » (Assoc. Press, 1996) – est encore dans toutes les mémoires.

Aujourd'hui, le texte des plaidoiries orales devant la Cour est mis en ligne le jour même où elles ont été présentées et leur enregistrement connaît le même sort sous forme audio à la fin de la semaine. Pour ce qui est de l'enregistrement-vidéo des plaidoiries, lesquelles sont accessibles dans de nombreux États s'agissant de celles faites devant leurs cours suprêmes, les meilleurs esprits pensent que ce n'est plus qu'une question de temps. Le juge Breyer confiait en 2006 que c'est « presque inévitable » (Brown, 2007 : 15). Tout porte à penser que la Cour ne se décidera qu'à la lumière de l'expérience acquise dans les États. Comme le disait en 2000 le juge Ruth Bader Ginsburg : « Si ça marche [dans les États], ça finira par s'étendre à la Cour. Si ça ne marche pas, ça ne s'étendra pas » (Krumholz, 2012 : 5).

En revanche, il est certain que, si les caméras doivent pénétrer un jour dans l'auguste prétoire, c'est la Cour elle-même qui en décidera. Le piteux échec de la proposition de loi du sénateur Alan Specter qui voulait amener le Congrès à voter une loi qui imposerait à la Cour la retransmission télévisée de ses audiences et qui, faiblement soutenue par quatre démocrates et trois républicains, n'est jamais arrivée en séance plénière, le comité des affaires judiciaires au Sénat n'ayant même pas fait rapport sur la question, le prouve amplement (Thornberry, 2012 : 481). Le sénateur de Pennsylvanie est un juriste trop averti pour ne pas savoir que son initiative de 2007 était inconstitutionnelle car, contraire à la séparation des pouvoirs et à l'indépendance du judiciaire. Mais son geste politique était destiné à rappeler aux juges de la Cour suprême que la démocratie et la transparence exigeaient d'eux que les citoyens puissent un jour les entendre et les voir sur Internet. Il a réussi en un sens, tout au moins en partie, puisqu'en 2010, la Cour a décidé de mettre en ligne les enregistrements audio de ses plaidoiries orales.

## **B – La fausse exception**

Parfois, il arrive que la Cour rende un arrêt « au nom de la Cour » (*per curiam*), c'est-à-dire, qui n'est pas écrit par un juge nommément désigné derrière lequel se rangent certains de ses collègues et se séparent d'autres, mais qui est anonyme et écrit par la Cour toute entière. Cet arrêt peut lui-même être accompagné d'une (ou plusieurs) opinion séparé(es) dont le ou (les) auteurs sont clairement identifiés, mais celui (ou ceux) qui écrivent l'arrêt de la Cour ne le sont pas. Certains auteurs américains sont extrêmement critiques de cette pratique exceptionnelle qu'ils considèrent contraire au principe de transparence (Robbins, 2012 : 1197).

La technique de l'opinion *per curiam* consiste à disposer d'une affaire en faisant l'économie des formes procédurales ordinaires et en la réglant uniquement à partir des mémoires déposés à l'appui d'une requête pour obtenir un *writ of certiorari*. Lorsque la Cour juge *per curiam*, le jugement de la cour inférieure est la plupart du temps renversé et la Cour dispose du fond sans donner aux parties la possibilité de déposer des mémoires ampliatifs ou en défense, et de plaider devant elle (Stern et alii, 2002 : 320). La technique est d'un usage plutôt rare. Comme le juge Thurgood Marshall l'a expliqué à l'occasion d'une affaire dans laquelle la Cour a renversé la décision d'une cour inférieure *per curiam*, cette procédure est réservée aux « situations dans lesquelles le droit est bien établi et stable, les faits ne sont pas contestés et les juridictions inférieures sont manifestement dans l'erreur » (*Schweikerv. Hansen*, 1981 : 791).

C'est ainsi que la Cour a tranché *per curiam* la question de savoir si huit allemands surpris en flagrant délit de sabotage pendant la guerre pouvaient être jugés par un tribunal militaire (Ex parte *Quirin* : 1942), ou celle de savoir si sa jurisprudence *Brown v. Board of Education of Topeka* qui consacra le caractère inconstitutionnel de toute ségrégation raciale dans les écoles s'appliquait aussi aux plages publiques (*Mayor of Baltimore v. Dawson* : 1955), aux terrains de golf (*Holmes v. City of Atlanta* : 1955), aux transports en commun (*Gayle v. Browder* : 1956), ou celle de savoir si le gouvernement fédéral pouvait interdire au *New York Times* de publier les Papiers du Pentagone (*New York Times v. United States* : 1971), ou celle de savoir si une loi de l'Ohio peut punir de sanctions pénales la tenue par le Ku Klux Klan d'une réunion publique (*Brandenburg v. Ohio* : 1969), ou encore celle de savoir si le Congrès peut interdire à des personnes privées de se livrer à des dépenses électorales (*Buckley v. Valeo* : 1976), ou enfin celle de savoir si la Cour suprême de Floride peut ordonner un recomptage de bulletins de votes litigieux sans donner aucune directive aux autorités chargées de la surveillance (*Bush v. Gore* : 2000).

La fin du principe de transparence appliqué à la justice constitutionnelle est d'ouvrir aux citoyens la possibilité de prendre connaissance ou d'assister à une confrontation d'idées différentes sur des questions controversées. Quand « le droit est bien établi et stable », comme disait le juge Marshall, l'application aveugle du principe de transparence rend la confrontation d'idées vaine et oiseuse. Quel est l'intérêt de débattre du point de savoir si l'interdiction de la ségrégation raciale dans les écoles s'applique aussi aux plages ou aux terrains de golf, ou si le gouvernement peut interdire aux électeurs de dépenser de l'argent pour faire élire leur champion dans une élection ? La Cour a fait l'économie d'un débat entre avocats dans ces affaires en rendant des arrêts *per curiam*. De là à dire qu'elle a mis en péril la transparence et la responsabilité individuelle du juge (Robbins, 2012 : 1219), c'est lui prêter des intentions qu'elle n'a pas.

En conclusion, on relèvera que, sous la présidence de John Roberts, le pourcentage des arrêts rendus *per curiam* avoisine les 10%. C'est un signe que la Cour est peut-être moins divisée qu'on ne le dit ou, peut-être, qu'elle se divise sur les questions à propos desquelles l'opinion publique se déchire et que ces questions sont toujours des questions de société. C'est d'ailleurs à leur sujet qu'elle intervient en priorité et que le principe de transparence remplit sa plus importante fonction dans la démocratie constitutionnelle : il donne à l'opinion publique accès à l'argumentation juridique autrefois réputée trop difficile pour elle et, ce faisant, il l'éduque aux vertus du débat en lui apprenant à résoudre le conflit par le droit, non par la force.

### **Bibliographie :**

- Assoc. Press, On Cameras in Supreme Court, Souter Says, "Over My Dead Body, " 155 *N.Y. Times* 24 (Mar. 30, 1996)
- Bibas (S.), "Transparency and Participation in Criminal Procedure", *New York University Law Review*, vol. 81 (2006), p. 911 s.
- Biskupic (J.) & Witt (E.), *Congressional Quarterly's Guide to the U.S. Supreme Court*, 1997.
- Brown (R. L.), "Just a Matter of Time? Video Cameras at the United States Supreme Court and the State Supreme Court", *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 9 (2007), p. 1 s.
- Broyelle (C.), *Contentieux administratif*, 2e éd., LGDJ, Lextenso-éditions, 2013.
- Casale (R. M.), "Does Oral Argument in the Supreme Court Really Matter?" *Connecticut Bar Journal*, vol. 85 (2011), p. 323 s.
- Favoreu (L.) et Mastor (W.), *Les cours constitutionnelles*, Dalloz, Connaissance du droit, 2011.
- Guillaume (M.), « Le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité », 2010, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/QPC/pa038\\_pa038.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/QPC/pa038_pa038.pdf)

- Irons (P.) & Guitton (S.), *May It Please The Court, Transcripts of 23 Live Recordings of Landmark Cases as Argued Before the Supreme Court*, The New Press, 1993.
- Johnson (T. R.), *Oral Arguments and Decision Making on the United States Supreme Court*, State University of New York Press, 2004
- Joxe (P.), *Cas de conscience*, Labor et Fides, 2009
- Krumholz (P. J.), “The Case for Greater Public Access to Oral Arguments Recordings in the Tenth Circuit”, *Denver University Law Review*, vol. 89 (2012), p. 395 s.
- Lambert (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Giard (1921), Réédition Dalloz (2005).
- Lasser (M. de S.-O.-l'E.), *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Transparency and Legitimacy*, Oxford Scholarship online, 2009.
- Martin (P. W.), “Online access to Court Records – From Documents to Data, Particulars to Patterns”, *Villanova Law Review*, vol. 53 (2008), p. 855 et s.
- Mastor (W.), *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Economica, Coll. Droit public positif, 2005.
- Mastor (W.), « L’effet performatif des opinions séparées sur la motivation des décisions constitutionnelles majoritaires », Hourquebie (F.) et Ponthoreau (M.-C.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012, p. 87 et s.
- Mastor (W.), “La motivation des décisions des cours constitutionnelles”, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVIII-2012, p. 11 s.
- Rehnquist (W. H.), “Oral Advocacy: A Disappearing Art”, *Mercer Law Review*, vol. 35(1984), p. 1015et s.
- Robbins (I. P.), “Hiding Behind the Cloak of Invisibility: The Supreme Court and *Per Curiam* Opinions”, *Tulane Law Review*, vol. 86 (2012), p. 1197 s.
- Schrameck (O.), « Les aspects procéduraux des saisines », 1994, [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/procedure.pdf)
- Smith (H.), “Personal and Official Authority: Turn-of-the-Century Lawyers and the Dissenting Opinion”, *Yale Journal of Law and Humanities*, vol. 24 (2012), p. 507 s.
- Stern (R. L.), Gressman(E.), Shapiro (S. M.), Geller (K. S.), *Supreme Court Rules, The 1995 Revisions*, BNA, Washington, D.C., 1995.
- Stern (R. L.), Gressman (E.), Shapiro (S. M.), Geller (K. S.), *Supreme Court Practice*, B.N.A., Washington D.C., 8e éd., 2002.
- Thornberry (R. P.), “Televising the Supreme Court: Why Legislation Fails?” *Indiana Law Journal*, vol. 87 (2012), p. 479 s.
- Tocqueville (A. de), *De la démocratie en Amérique*, I, I, viii in *Œuvres*, tome II, Gallimard, Coll. Pléiade, 1992.
- Vedel (G.), « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite », *La vie judiciaire*, 11 mars 1991, p. 1.
- Wrightsmann (L. S.), *Oral Arguments before the Supreme Court: An Empirical Approach*, Oxford UP, 2008
- Zoller (É.), « États-Unis – Le pouvoir discrétionnaire de juger de la Cour Suprême », *Pouvoirs* n° 84, 1998, p. 163 s.
- Zoller (É.), “La pratique de l’opinion dissidente aux États-Unis”, *Mélanges Pierre Avril*, Montchrestien, 2001, p. 609 s.
- Zoller (É.), « La motivation des décisions de la Cour suprême des États-Unis », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XXVIII-2012, p. 45 s.

### **Jurisprudence:**

- Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)
- Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000)
- Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976)

Ex parte *Quirin*, 317 U.S. 1 (1942)  
*Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956)  
*Mayor of Baltimore v. Dawson*, 350 U.S. 877 (1955)  
*New York Times v. United States*, 403 U.S. 713 (1971)  
*Schweikert v. Hansen*, 450 U.S. 785 (1981)