

COLLOQUE CAPSTAN

SENAT

VENDREDI 2 DECEMBRE 2011

François-Henri BRIARD

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Président de l'Institut VERGENNES

LIBRES PROPOS SUR LA COUR SUPREME DES ETATS-UNIS

Steve CALABRESI

Professeur des Universités de BROWN et NORTHWESTERN

Président de la FEDERALIST SOCIETY

FAUT-IL UNE COUR SUPREME EN FRANCE ?



François-Henri BRIARD

Monsieur le Président,
Chers amis du cabinet CAPSTAN,

Permettez-moi de remercier en tout premier lieu les organisateurs de ce colloque, et en particulier mon ami le Doyen Bernard BOUBLI : merci de m'avoir convié à l'occasion de cette rencontre consacrée à la question prioritaire de constitutionnalité, pour ouvrir les fenêtres sur l'Atlantique et vous parler de la Cour suprême des Etats-Unis. Merci également à CAPSTAN d'avoir convié mon ami le Professeur CALABRESI, célèbre constitutionnaliste américain, Président de la FEDERALIST SOCIETY, qui rassemble aux Etats-Unis 47.000 membres autour d'un véritable idéal de culture constitutionnelle ;

Je suis avocat depuis une trentaine d'années, Avocat au conseil d'Etat et à la cour de cassation depuis 23 ans, et il se trouve que parallèlement à cette carrière française, j'ai été conduit par les circonstances à approcher d'assez près la Cour Suprême des Etats-Unis, dont je suis devenu depuis 1993 l'un des correspondants réguliers en France.

Je suis en particulier proche du Chief Justice John G. ROBERTS, que j'ai connu en 1997 alors qu'il était encore avocat, et aussi des Justices SCALIA, BREYER et ALITO, qui sont des amis de longue date.

Lorsque Bernard BOUBLI m'a demandé de parler de la procédure constitutionnelle, j'ai pensé qu'il serait intéressant ce matin de vous livrer une approche comparée de la procédure constitutionnelle naissante en France et de la procédure constitutionnelle bi-séculaire aux Etats-Unis.



Pourquoi une telle démarche indépendamment du fait que cela correspond à mon propre itinéraire ? Pourquoi une telle analyse alors il s'agit de galaxies différentes, une seule constitution qui date de 1787 d'un côté, 16 ou 17 textes constitutionnels de l'autre côté, d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori qui est naissant en France depuis quelques mois seulement alors que nos cousins atlantiques le pratiquent depuis 1803.... Et quel intérêt peut-il exister de comparer ce qui fonctionne dans un système fédéral comme les Etats-Unis et un Etat unitaire comme le nôtre ? Si vous ajoutez à cela la distance considérable qui sépare les questions débattues, l'exercice semble vain : expliquer aux français la problématique du Deuxième Amendement et des armes à feu ou la décision de la Cour Suprême en matière de financement de la vie politique, c'est évidemment très compliqué, comme il est complexe d'expliquer à nos amis américains la problématique du dialogue entre les juges européens et les juges internes des Etats membres de l'Union européenne et/ou du Conseil de l'Europe. Vous savez aussi que la question du pouvoir judiciaire nous sépare depuis l'origine. Le Professeur CALABRESI vous le dira dans un instant, nos amis américains ont appliqué strictement les principes de Montesquieu de l'Esprit des lois ; ils ont créé dès 1787 un véritable pouvoir judiciaire ; nous en sommes encore en ce qui nous concerne à une autorité judiciaire, la constitution française reste claire à cet égard.

Mais s'agit-il de mondes en définitive très éloignés, ce n'est pas certain.

D'abord, la Cour Suprême des Etats-Unis n'a pas été absente des débats qui ont eu lieu en 1958 au moment de la création du Conseil constitutionnel, même si l'intention du constituant n'était pas de créer à l'origine une cour constitutionnelle en France : si notre Conseil constitutionnel comporte 9 membres comme la Cour Suprême des Etats-Unis depuis 1869, cela n'est pas par hasard.

Ensuite, vous savez sans doute qu'il existe quelques relations entre la Cour Suprême des Etats-Unis et le Conseil constitutionnel. Justice SCALIA m'a rendu visite en 1999. Nous avons reçu en 2007 le Chief Justice John G. Roberts (la précédente visite d'un Chef Justice des Etats-Unis remontait à 1799..., ainsi que les Justices BREYER, KENNEDY et GINSBURG. J'ai reçu ensuite Justice KENNEDY à Paris et Justice ALITO, qui a été l'invité du Président Jean-Louis DEBRE. Nous rendons aussi des visites fréquentes à la Cour Suprême des Etats-Unis ; nous y étions voici quelques jours. Et puis bien sûr, nous vivons une époque globale, de questions débattues qui sont semblables dans les pays développés, avec une influence réciproque réelle. Vous serez surpris de trouver dans certaines décisions de la Cour Suprême des Etats-Unis des références à la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme : c'est arrivé, il s'agit d'une pratique assez controversée aux Etats-Unis pour l'instant, mais il existe assurément une influence.

Enfin, il y a bien sûr la question prioritaire de constitutionnalité, c'est le thème de la réunion d'aujourd'hui, et là, nous rejoignons une tradition américaine très enracinée, cette culture de la constitution qu'ont nos amis américains, que j'ai découverte aux Etats-Unis, et dont j'ai parlé devant le Conseil constitutionnel au cours de sa toute première audience, au cours de laquelle j'ai eu l'honneur de plaider.

Au cours de mes premiers voyages (il y en a eu une centaine), j'en étais resté en matière de droit constitutionnel à ce que j'avais appris en faculté de droit, en première année avec mon cher ami le Professeur Pierre PACTET. Et un jour, j'ai découvert que la constitution était aux Etats-Unis le pilier majeur de la culture juridique.

A titre liminaire, je souhaiterais souligner un aspect, parce que je suis avocat et parce que l'on m'a demandé de parler de la procédure constitutionnelle.

Aux Etats-Unis, les avocats ont une place majeure dans le contentieux constitutionnel ; ce sont eux qui imaginent la stratégie juridictionnelle, qui conçoivent les moyens et qui les structurent, ce sont eux qui écrivent devant la Cour suprême, ce sont eux qui y plaident, ce sont eux qui doivent répondre au feu roulant des questions des membres de la Cour pendant l'audience.... Faire admettre un dossier devant la Cour Suprême, c'est vraiment «*le chameau dans le trou de l'aiguille*», exercice extrêmement délicat, réalisé par les avocats. Gagner devant la Cour, c'est encore plus exceptionnel. De grands noms d'avocats sont attachés à tous les grands arrêts de la Cour. A peu près tous les membres de ladite Cour ont été avocats ; et le Chief Justice des Etats-Unis est un ancien avocat. Ceci n'est pas surprenant : le contentieux constitutionnel offre des possibilités considérables à tous ceux qui ont compris que le droit est d'abord une question d'imagination, d'intelligence et de conviction (vous connaissez la phrase de Giraudoux, «*le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination...*»). C'est la remarque préalable que je voulais faire, notamment à l'attention des étudiants qui se destinent à cette profession : le contentieux constitutionnel aux Etats-Unis est le champ clos et l'apanage des avocats. Souhaitons qu'il le devienne en France !

Alors, Monsieur le Président, en restant dans mon temps de parole, je voudrais aborder quatre thèmes, si vous le voulez bien, puisse que l'on m'a demandé de parler de pratique et de procédure ; je souhaiterais évoquer la saisine de la juridiction constitutionnelle et la sélection des affaires ; je vous dirais ensuite quelques mots de l'instruction écrite ; je vous parlerai de l'audience et enfin, je terminerai en évoquant la décision qui intervient à l'issue du contrôle de constitutionnalité a posteriori.

I.- En ce qui concerne tout d'abord la saisine de la juridiction et la sélection des affaires, il est certain que nous sommes sur des planètes différentes. Pour l'instant, nous avons choisi en France, pour préserver la place du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, un mécanisme de filtrage de la question par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation, qui vont ensuite décider, selon des critères légaux, s'il y a lieu de renvoyer l'affaire devant le Conseil constitutionnel. Les Etats-Unis, comme le Canada, pratiquent le contrôle diffus, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de filtrage par les juridictions d'appel, notamment par les juridictions fédérales. Tout juge est juge constitutionnel, même si, dans la pratique, la plupart des grands dossiers viennent de la cour d'appel fédérale de Washington pour des raisons de compétence territoriale. Le trait majeur du système américain, c'est la Cour elle-même, qui sélectionne les affaires qu'elle souhaite juger. C'est la Cour qui pratique un filtrage draconien : pour vous donner une idée, sur 10 000 requêtes qui sont présentées chaque année, la Cour en retient une centaine, souvent un peu moins...

La procédure écrite d'admission est contradictoire, il est procédé à des échanges de mémoires, mais il n'existe aucun critère de recevabilité, aucun critère d'admission. Si vous posez la question à Justice BREYER, qui est certainement le plus francophile des neuf membres, il vous expliquera, s'agissant de la sélection des dossiers, que l'on est dans un domaine qui est souverain car la Cour se réserve de

juger telle ou telle question qui l'intéresse, parce que cette question est importante pour la vie nationale, parce que la jurisprudence des cours fédérales est chaotique, parce que la Cour veut faire évoluer ses positions sur tel ou tel thème... Tout ceci est absolument discrétionnaire ; un certain nombre de requêtes sont rejetées alors même que les moyens sont très sérieux et que l'erreur de droit invoquée était fondée. Mais la Cour Suprême n'est pas là pour corriger des erreurs de droit ; elle est la gardienne de la Constitution et en tant que pouvoir judiciaire suprême, elle a seul compétence pour interpréter la Constitution fédérale, quand bon lui semble.

Ce processus de sélection se déroule en général le vendredi au sein de la conférence, structure informelle qui rassemble les neuf membres de la Cour. La conférence examine deux listes : la liste des affaires qui sont en cours, et les membres de la juridiction en parlent librement entre eux, et la « *discuss list* », qui est précisément la liste de ces affaires à admettre ou à rejeter sans examen. Le travail sur les dossiers est préparé par les « *clerks* », collaborateurs de haut niveau, lauréats des meilleures écoles de droit américaines. Environ une centaine de dossiers sont examinés au cours de la conférence, dont l'ordre du jour est préparé par le Chief Justice. Justice Carter de la Cour Suprême de Californie a dit un jour que la conférence n'est pas une séance de prières où chacun doit dire « *amen* » mais plutôt un terrain de combat corps à corps où des philosophies s'affrontent. A l'issue de cette discussion, si quatre membres de la Cour sont favorables à l'examen du dossier, alors celui-ci est admis et il figurera aux nombres des 70 – 80 – 90 décisions que rendra la Cour chaque année. Voici pour le système américain qui est un système discrétionnaire, un dispositif qui est réellement entre les mains des membres de la juridiction. Le système français, ce filtrage dont j'ai parlé tout à l'heure, qui s'explique par la place que le constituant a voulu laisser aux juridictions suprêmes préexistantes que sont le Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, comporte à mon sens à un inconvénient majeur : il prive le Conseil constitutionnel de la possibilité de choisir lui-même les affaires qui l'intéressent. Je pense que ce

dispositif évoluera vers une plus grande maîtrise de la sélection par la juridiction constitutionnelle elle-même. Le filtrage actuel fonctionne bien ; nous avons devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation une discussion contradictoire, qui est en général assez riche, qui permet d'évacuer certains éléments du débat, de déblayer le terrain sur deux aspects qui sont importants, qui sont celui de l'applicabilité au litige et celui du caractère nouveau de la question. Le caractère sérieux implique une véritable discussion sur le moyen de constitutionnalité dont on soutient qu'il est fondé ou dont prétend qu'il n'est pas sérieux. Il existe une réelle discussion ; je pense que l'on a parfois intérêt à rester en retrait pour préserver toute l'ampleur du débat qui aura lieu devant le conseil constitutionnel. Il faut se battre lorsqu'on est avocat, il faut vraiment se battre devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation pour franchir ce filtre. J'ai à l'esprit une affaire récente dans laquelle, l'Avocat général concluait au rejet, le conseiller rapporteur était tout à fait défavorable au renvoi devant le Conseil constitutionnel, et nous avons en définitive obtenu ce renvoi parce que nous nous sommes battus. De ce point de vue, pour le filtrage des dossiers, le débat en France est certainement plus ouvert et plus juridique que devant la Cour suprême des Etats-Unis.

II.- Le deuxième chapitre que je voulais aborder sous cet angle comparatif, c'est l'instruction écrite. L'instruction devant la Cour suprême et devant le Conseil constitutionnel présente un trait commun: elle est écrite. L'instruction dématérialisée devant le conseil constitutionnel fonctionne très bien, tout le monde s'y est plié. La Cour Suprême fonctionne encore avec une instruction écrite de type « *papier* » ; si certains étudiants veulent les voir, je vous ai apporté ce matin quelques mémoires produits devant la Cour Suprême des Etats-Unis. Les prescriptions sont extrêmement strictes, la couleur des petits livres qui sont les mémoires produits devant la Cour Suprême, les références jurisprudentielles, la typographie, tout cela est encadré et règlementé, ce qui aboutit à une instruction écrite d'une parfaite clarté. La discussion est contradictoire aux Etats-Unis et en France, elle est assez

rapide, trois mois devant le conseil constitutionnel, environ un an devant la Cour Suprême des Etats-Unis. S'il y a une chose qui diffère, de ce point de vue, ce sont certainement les mémoires d'*amicus curiae*, qui sont fréquents aux Etats-Unis, plus rares et informels en France. Nous avons fait intervenir le gouvernement français récemment devant la Cour Suprême dans une affaire qui concernait l'applicabilité du droit américain aux opérations transnationales. Aux Etats-Unis, les interventions ont une place très importante : les Etats étrangers et les organisations non gouvernementales interviennent fréquemment dans la procédure constitutionnelle. Une autre différence majeure bien sûr, c'est la question de la collégialité. Nous restons incontestablement en France très attachés à la collégialité devant le Conseil constitutionnel, jusqu'à ne pas révéler le nom du rapporteur, qui figure dans la minute de la décision mais qui n'est pas communiqué aux parties, sauf 25 ans plus tard. Aux Etats-Unis, l'on fonctionne vraiment dans un univers complètement différent, d'abord parce que chaque membre de la Cour a son indépendance, son autonomie, sa philosophie juridique et judiciaire, ses locaux, ses équipes ; tout cela vient simplement de l'histoire de la cour, qui siégeait au départ *seriatim*, c'est-à-dire chaque membre de la cour écrivait sa propre opinion, il n'y avait pas d'opinion commune et il n'y a toujours pas vraiment de collégialité. Bien sûr, les membres de la Cour se voient souvent, se connaissent très bien, entretiennent des relations amicales mais chacun vit quand même dans son domaine et il n'y a pas de délibéré après l'audience. En réalité, l'instruction écrite consiste à échanger dans des enveloppes confidentielles des projets. Une évolution peut se faire en cours d'instruction mais on ne retrouve pas du tout cet aspect de collégialité de l'instruction qui existe en France.

III.- Permettez-moi de vous dire aussi un mot de l'audience. Là aussi, nous sommes dans des univers différents. D'abord, l'installation matérielle du Conseil constitutionnel comparée à la Cour Suprême des Etats-Unis : tous mes amis qui ont regardé des audiences du Conseil constitutionnel sur Internet m'ont dit « *c'est formidable, mais quelle est cette table en formica qui est au milieu d'un salon* » ? La justice, y compris la justice constitutionnelle, doit se nourrir d'autorité et de solennité. Le Conseil constitutionnel ne bénéficie pas des locaux de la Cour d'appel de Rennes et de ce point de vue, je pense que nous devons évoluer. La Cour Suprême, certains d'entre vous connaissent sa salle d'audience majestueuse face au Capitole.... Le mode de fonctionnement de l'audience est aussi très différent ; c'est une chose absolument remarquable, fascinante devant la Cour Suprême.

En France, le Président Debré donne actuellement 15 minutes à chaque avocat ; chacun dit ce qu'il a à dire et c'est terminé. Aux Etats-Unis, il existe un débat extrêmement interactif entre les membres de la Cour et les avocats ; l'avocat commence sa plaidoirie, il a 30 minutes, il y a une lampe verte qui s'allume, il commence à parler, c'est quand la lampe est rouge qu'il s'arrête et au milieu de ces 30 minutes, il doit s'expliquer, et les membres de la Cour l'interpellent en permanence ; chacun exprime son tempérament, sa propre approche du dossier et les avocats doivent faire face à un feu de questions. Le record dans l'histoire de la Cour, ce sont 84 questions en 120 minutes ; c'est vraiment extraordinaire à voir, quand un membre de la Cour regarde le mémoire page 37, paragraphe 2 et va demander à l'avocat qu'il a en face de lui ce qu'il a voulu dire en citant telle ou telle décision ou en avançant tels ou tel argument. Il en résulte un débat vraiment interactif, parfois d'ailleurs presque un peu agressif mais c'est le jeu, et c'est une exigence forte pour les avocats, qui doivent connaître leur dossier sur le bout des doigts.... Je pense que cela fait partie aussi de cette transparence ce que nos amis américains apprécient ; les positions des juges sont publiques et les questions qu'ils posent révèlent évidemment ce qu'ils pensent et ce qui les intéresse.



IV.- Dernier point et j'en aurai terminé Monsieur le Président, les décisions à l'issue de la procédure constitutionnelle : il existe à cet égard un important décalage entre la motivation à la française, apodictique, née de la tradition de la « *phrase unique* », et les décisions de la Cour Suprême, décisions considérables de 30 à 40 pages, comportant des motifs extrêmement développés, des références doctrinales, de la jurisprudence, des opinions dissidentes et concurrentesAvantages et inconvénients des deux systèmes, c'est un débat à lui seul.

L'acceptation des décisions de la Cour suprême par les justiciables américains doit aussi être relevée. Dans notre pays, il est hélas fréquent d'entendre critiquer des décisions de justice, constitutionnelles, judiciaires ou administratives. Certaines décisions du Conseil constitutionnel rendues cette année ont donné lieu à des déclarations parfois déplacées, notamment sur la question de l'incompétence négative ou la garde à vue. Nos amis américains pour leur part sont extrêmement respectueux de ce que décide la Cour Suprême. En 2001, dans l'affaire Bush contre Gore, quand la Cour Suprême a décidé de valider le scrutin présidentiel, malgré la controverse très forte et une opinion dissidente presque violente de Justice STEVENS, tout un chacun a respecté cette décision lorsqu'elle a été rendue ; personne n'a songé à remettre en cause la légitimité de l'élection du Président George W. Bush à la suite de cette décision.

Voilà, Monsieur le Président, chers amis, j'en ai terminé.

Je vous recommande de venir à la Cour Suprême des Etats-Unis avec nous, vous y découvrirez bien d'autres choses, vous rencontrerez nos amis Justices, dont plusieurs sont de proches amis de la France.

Mais avant tout, vous serez émerveillé, en tant que française ou français, par les mots que prononce le Marshall au début de l'audience : « *Oyez! Oyez! Oyez! All persons having business before the Honorable, the Supreme Court of the United States, are admonished to draw near and give their attention, for the Court is now sitting. God save the United States and this Honorable Court* ».

Oyez, oyez, oyez, le vieux français anglo-normand est toujours présent Outre Atlantique !

Que les françaises et les français du XXIème siècle le soient aussi !

Steve CALABRESI

C'est un très grand honneur, et aussi un plaisir, de me trouver ici avec vous aujourd'hui. Comme vous le savez, l'amitié franco-américaine remonte au dix-huitième siècle, à l'époque de la révolution américaine. Thomas Jefferson, Benjamin Franklin, et plusieurs autres fondateurs de la république américaine ont découvert les principes de la liberté sur lesquels ils ont construit notre gouvernement au cours de leurs séjours en France. Nos deux pays s'influencent réciproquement depuis cette époque, et je suis persuadé que nous continuerons à apprendre les uns des autres dans le futur. Je veux surtout remercier l'Institut Vergennes de m'avoir invité, et en particulier je remercie Maître François-Henri Briard pour ses efforts et ses accomplissements incomparables pour la pérennité de l'amitié franco-américaine.

Pour commencer, je veux identifier quatre questions qu'il faut examiner avant de décider s'il vaut mieux avoir une seule Cour Suprême ou alors s'il vaut mieux garder les trois cours Suprêmes actuelles en France.

Primo: est-ce qu'une seule Cour Suprême protégerait mieux l'indépendance des juges et de la Cour? A mon avis, l'indépendance judiciaire est mieux protégée par une seule Cour parce qu'institution unique, elle est plus facile à défendre que plusieurs et moins facile à influencer. L'indépendance judiciaire est indispensable à la règle de droit.

Secundo: une seule Cour Suprême est forcément plus facile à suivre que plusieurs, ce qui permet aux citoyens de se tenir au courant de ses arrêts. Il est plus aisé de moins suivre une cour que plusieurs, et cette visibilité décourage les juristes de s'emparer du pouvoir politique.

Tertio, une seule Cour Suprême unifie et centralise toutes les activités judiciaires, et évite le risque de résultats inconsistants ou contradictoires qui peuvent se produire s'il y a plusieurs. S'il y a plusieurs cours, il y a toujours la possibilité qu'elles ne seront pas d'accord, et par conséquent des questions qui ne seront pas vraiment résolues, une fois pour toutes.

Enfin, une Cour Suprême pourra concentrer l'énergie judiciaire, et cet effet se répandra parmi le système judiciaire tout entier. De l'énergie et de la force dans l'administration de la justice, c'est essentiel pour un gouvernement fort et sain. Plusieurs cours peuvent se cacher les unes derrière les autres, et le manque de coordination peut laisser des lacunes ou créer des contradictions. Nos deux pays sont d'accord pour dire qu'un seul Président est infiniment préférable à un comité présidentiel. A mon avis, ce raisonnement vaut aussi pour la Cour Suprême. Le pouvoir exécutif est unique, le pouvoir judiciaire doit l'être aussi. Mais il faudrait pour cela que les français aient le courage de créer ce qu'ils n'ont jamais fait (si j'ai bien lu votre Constitution qui parle encore en 2011 d'« *autorité* ») : un véritable pouvoir judiciaire, comparable à celui que nous avons créé en 1787, un pouvoir, un vrai pouvoir, fort, indépendant, unique et limite des deux autres pouvoirs.

J'attends avec plaisir vos questions.

Merci encore une fois de m'avoir invité à débattre avec vous.