



Master

2013

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel américain:
Jurisprudence et débats actuels

Cueni, Raphaëla

How to cite

CUENI, Raphaëla. Les limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel américain: Jurisprudence et débats actuels. Master, 2013.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:30517>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

La juridiction constitutionnelle au XXI^e siècle : enjeux et perspectives
Professeurs Maya HERTIG RANDALL et Michel HOTTELIER
Semestre d'automne 2012-2013

Les limites au pouvoir créateur du juge constitutionnel américain :

Jurisprudence et débats actuels

Raphaëla Cueni

Table de matières

Introduction	2
I) <i>Originalism</i> : une limite objective au pouvoir créateur du juge ?	4
1) Le débat sur l' <i>originalism</i>	4
a. La théorie de l' <i>originalism</i>	4
b. Le débat sur la limite objective	6
2) Le débat dans la pratique de la Cour suprême américaine	7
a. <i>District of Columbia v. Heller</i> : l'interprétation du II ^e amendement	8
b. <i>McCreary County v. ACLU of Kentucky</i> : la portée de l' <i>establishment clause</i>	12
3) Bilan	14
II) La valeur des précédents	16
1) Le principe de <i>stare decisis</i>	16
a. Notion	16
b. <i>Stare decisis</i> aux Etats-Unis	17
2) Considération des précédents dans la pratique de la Cour suprême américaine	19
a. <i>Lawrence v. Texas</i> : un précédent homophobe	19
b. <i>Gonzales v. Carhart</i> : l'héritage de <i>Roe v. Wade</i>	21
3) Bilan	24
III) Imbrication des deux approches	26
Conclusion	30
Liste des abréviations	I
Bibliographie	II

Introduction

L'objet du présent mémoire sera une analyse des limites possibles au pouvoir créateur du juge de la Cour suprême américaine appelé à interpréter les dispositions de la Constitution.

En ce qui concerne la notion de « pouvoir créateur » du juge constitutionnel, il faut relever que cette expression n'existe pas en tant que telle dans la doctrine américaine, mais qu'on parlerait plutôt de *judicial activism*, voire de *judicial restraint* pour ce qui relève du pouvoir créateur limité.¹ Ce concept de pouvoir créateur (*judicial activism*) n'est par ailleurs pas très clairement défini mais peut prendre plusieurs significations.² Pour cette raison, il est nécessaire de clarifier qu'aux fins du présent mémoire, il ne sera pas question d'une limite au pouvoir créateur du juge dans le sens d'une limite à l'exercice de ses fonctions, en ce que le juge devrait s'abstenir de prendre position sur certains sujets. En revanche, la notion de « pouvoir créateur » sera comprise comme la puissance ou la capacité du juge constitutionnel américain à interpréter, préciser, faire évoluer ou même adapter la Constitution en l'appliquant à un cas concret. Selon cette conception, tout acte d'interprétation a aussi un élément de création et il n'existe pas de vraie différence entre les deux.³

Le concept de « pouvoir créateur » ainsi défini a toujours suscité certaines critiques et craintes aux Etats-Unis où les dispositions de la Constitution sont particulièrement vagues, notamment en matière de droits fondamentaux, et laissent une grande latitude au juge qui les applique. En effet, la notion de *judicial activism*, utilisée dans ce contexte, est très péjorative et décrit l'image d'un juge constitutionnel qui, en interprétant la Constitution, abuse de son pouvoir trop vaste et se laisse guider non plus par des critères d'interprétation objectifs, mais par ses propres opinions politiques, ses convictions éthiques, ses points de vue personnels, et de cette façon n'hésite pas à créer les droits qu'il estime opportuns.

C'est cette vision négative d'un juge activiste, très prononcée aux Etats-Unis, qui est à l'origine de nombreux appels à des limites objectives qui devraient s'imposer au juge constitutionnel. Ceci a créé une série de débats sur la manière de restreindre le juge constitutionnel dans son pouvoir créateur. À l'heure actuelle, le débat dans la doctrine américaine sur les limites du pouvoir créateur du juge constitutionnel est avant tout dominé par de nombreuses controverses sur la théorie nommée « *originalism* ». Un aspect central de cette théorie constitutionnelle consiste en la conviction que la signification de la Constitution a été fixée avec sa ratification et donc, que le juge doit rester fidèle au texte ou à l'intention historique de la Constitution. La théorie écarte toute possibilité de permettre une évolution de la Constitution dans le temps par le juge constitutionnel, par manque de légitimité. Il s'ensuit que la seule signification historique du texte de la Constitution s'impose comme limite objective au pouvoir créateur du juge. De ce premier débat autour de la question de la mutabilité de la Constitution, on peut distinguer une discussion centrée sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le juge constitutionnel a le devoir de respecter les précédents de la Cour suprême. Souvent, cette question du respect des précédents est débattue en relation avec la théorie de l'*originalism* ; pourtant les sujets des deux questions sont très différents et pas forcément interdépendants. Il n'est dans ce contexte pas question de savoir si le juge peut faire

¹ STRAUSS (2010b), p. 137.

² STRAUSS (2010b), p. 137.

³ Sur la possible distinction entre interprétation et construction constitutionnelle, cf. SOLUM (2009), pp. 971-974.

évoluer la Constitution, mais dans quelle mesure il doit respecter les précédents de la Cour suprême même. Il s'agit donc d'une limite potentielle au pouvoir du juge constitutionnel dans une autre « sphère », consistant en un respect plutôt rigoureux du principe de *stare decisis* qui restreindrait le juge dans la mesure où il est en principe lié aux précédents.

C'est sur ces deux approches et sur les débats les entourant, situés dans deux sphères différentes mais fortement interdépendantes, que ce mémoire sera basé. Ceci ne revient pas à dire que n'existent pas d'autres théories sur l'approche idéale que devrait utiliser le juge dans l'application de la Constitution, mais comme il s'agit souvent d'approches plus isolées et moins spécifiquement calquées sur la question de limiter le juge dans son pouvoir créateur⁴, elles ne seront donc pas prises en compte.

Les chapitres suivants traiteront ainsi, dans un premier temps, de la controverse autour de la théorie de l'*originalism*, puis de la valeur accordée au principe de *stare decisis* dans la juridiction constitutionnelle américaine. Pour les deux approches, il sera tenu compte aussi bien de la doctrine que de la jurisprudence actuelle de la Cour suprême. Par la suite, avant de passer à une conclusion, il sera examiné comment les deux approches, antérieurement traitées séparément, se complètent et contrastent dans la pratique actuelle de la Cour suprême américaine.

⁴ BREYER (2010), pp.215-220; BREYER (2005), p. 3-12 ; COLUCCI (2009), pp. 1, 5, 7, 35, 170; FALLON (2001), pp. 3-4; cf. MCCONNELL (2006), pp.2388-2390.

I) Originalism : une limite objective au pouvoir créateur du juge ?

Dans cette première partie, il s'agira d'abord de relever les aspects les plus importants de la théorie de l'*originalism* et de mettre en lumière les controverses actuelles par rapport à la fonction limitative de la théorie. Ensuite, deux arrêts récents de la Cour suprême américaine, où l'argumentation originaliste et les réactions des non-originalistes sont les plus visibles, seront analysés. Cette double approche, comprenant aussi bien la doctrine que la jurisprudence, permettra enfin d'évaluer l'impact du débat sur l'*originalism* et la valeur effective de la théorie comme limite objective au pouvoir créateur du juge constitutionnel américain.

1) Le débat sur l'*originalism*

a. La théorie de l'*originalism*

Le courant appelé « *originalism* » a fait son apparition comme théorie interprétative de la Constitution dans les années 1970⁵, même si des approches isolées qu'on pourrait définir comme « originalistes » sont apparues auparavant.⁶ La naissance de l'*originalism* s'inscrit ainsi dans un cadre historique bien défini et incorpore la réaction de certains cercles conservateurs à ce qu'ils percevaient comme les abus de pouvoir de la Cour suprême pendant l'ère de la Cour Warren.⁷

L'*originalism* se définit comme la théorie selon laquelle la signification des dispositions de la Constitution correspond à celle qu'une personne au temps de l'adoption de la Constitution (voire de ses amendements) lui aurait donnée.⁸ Il s'ensuit que l'interprétation constitutionnelle correcte, selon cette théorie, doit rester fidèle à l'intention ou au sens historique originaire de la Constitution.⁹ Cependant, l'*originalism* ne présente pas une approche historique uniforme. Au sein de la théorie existe une différence importante entre, d'une part, une interprétation de la Constitution selon l'intention originaire du législateur historique (*original intention*)¹⁰ et, d'autre part, une interprétation se basant sur la signification donnée à la Constitution, soit par ses auteurs (*original understanding* ou *original meaning*)¹¹, soit par une personne hypothétique neutre au temps de la ratification de la Constitution, voire des amendements (*original public meaning* ou *objective textual meaning*).¹² A l'heure actuelle, l'approche originaliste prédominante est certes celle de l'*original public meaning*, notamment car elle contourne une grande partie des difficultés que rencontrent les deux autres approches.¹³ Toutefois, les deux autres modes d'interprétation continuent à être utilisés.¹⁴ Par ailleurs, d'autres approches originalistes plus nuancées se sont développées au cours des dernières années¹⁵ ; des approches qui certaines fois sont même critiquées car elles n'appartiennent plus spécifiquement au courant de l'*originalism*.¹⁶

⁵ KRAMER (2008), p. 908; O'NEILL (2005), pp. 1, 7-9; SOLUM (2009), p. 927.

⁶ KRAMER (2008), p. 907; O'NEILL (2005), p. 5; SOLUM (2009), p. 927.

⁷ COLBY/SMITH (2009), p. 266; GOLDFORD (2005), pp. 20-24, 154; O'NEILL (2005), p. 1.

⁸ STRAUSS (2010a), pp. 3, 10.

⁹ FALLON (2001), p. 13; GOLDFORD (2005), p. I; O'NEILL (2005), p. 1.

¹⁰ COLBY/SMITH (2009), p. 248; KRAMER (2008), p. 908; SOLUM (2009), pp. 928-929.

¹¹ COLBY/SMITH (2009), p. 249; KRAMER (2008), pp. 909-910; SOLUM (2009), p. 930; STRAUSS (2010a) p. 11.

¹² COLBY/SMITH (2009), pp. 250-255; KRAMER (2008), pp. 909-910; SOLUM (2009), pp. 933-934.

¹³ SOLUM (2009), p. 930.

¹⁴ cf. SOLUM (2009), pp. 955-959.

¹⁵ AMAR (2012), pp. IX-XIII, 63, 97, 124-132; AMAR (2008), pp. 965-967; MEYLER (2006), pp. 2-6; STRAUSS (2010a), pp. 25-29.

¹⁶ COLBY/SMITH (2009), pp. 239-240.

Nonobstant leur diversité considérable, toutes ces variantes de l'*originalism* ont cependant une caractéristique centrale commune : elles partent de l'idée qu'avec la ratification des dispositions de la Constitution, la signification du texte constitutionnel a été fixée une fois pour toutes (*fixation thesis*).¹⁷ Cette idée révèle que l'*originalism* est basé sur la présomption fondamentale que toute légitimité de la Constitution provient de la ratification du texte constitutionnel par le peuple américain au XVIII^e siècle (voire plus tard pour les amendements).¹⁸ La théorie accorde donc une importance primordiale à la Constitution comme loi écrite approuvée, censée lier tous les acteurs dans l'Etat, non seulement présents, mais aussi futurs.¹⁹ Il s'ensuit que la Constitution, en tant que loi écrite, ne peut être modifiée que par un amendement.²⁰

Concernant le rôle du juge en particulier, cela signifie qu'il est également lié par le texte et le sens historique fixé de la Constitution, ce qui montre bien un but central de l'*originalism*, consistant à limiter le juge constitutionnel dans son pouvoir créateur.²¹ Le devoir du juge consiste ainsi en une analyse du texte de la Constitution, prenant éventuellement en compte des sources historiques pour établir la signification originaire du texte qui ne serait pas évidente, et ayant pour but de trouver la seule signification correcte de la disposition en cause, voire celle donnée et fixée par le législateur historique.²² Cette méthode, prétendument scientifique et objective, permet d'éviter que le juge prenne en compte des sources externes non pertinentes²³ et ne se laisse guider par des valeurs subjectives et opinions personnelles.²⁴ Dans cette optique, l'*originalism* n'est pas seulement une interprétation utile et justifiable qui offre des résultats prévisibles et cohérents,²⁵ mais elle s'impose enfin comme la seule interprétation constitutionnelle légitime.²⁶

Compte tenu de ces positions fortes et catégoriques, il n'est guère surprenant que l'*originalism* suscite beaucoup de controverses. Une première raison pour cela est à rechercher dans l'origine de la théorie comme « anti-mouvement », qui au début avait pour seul but de combattre certains courants en droit constitutionnel et en l'application de la Constitution par la Cour suprême.²⁷ A cela s'ajoute, comme deuxième raison très importante, le caractère absolu que prétend avoir la théorie et le conséquent rejet catégorique de toute approche admettant ou exigeant une Constitution vivante (*living constitution*).²⁸ Cette position absolue n'est pourtant pas suivie par tous les auteurs qui se définissent eux-mêmes comme originalistes²⁹ ; il existe d'ailleurs, dans la doctrine même, des approches qui surmontent la dichotomie entre *originalism* et *living constitution*.³⁰

Néanmoins, l'*originalism* reste une théorie qui revendique des positions relativement extrêmes, dont l'agressivité a créée de nombreuses controverses entre préconisateurs de l'*originalism* et ses

¹⁷ O'NEILL (2005), p. 2; SOLUM (2009), pp. 939-946.

¹⁸ MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 3; O'NEILL (2005), p. 2.

¹⁹ CALABRESI (2008a), p. 876; COLBY/SMITH (2009), pp. 274-275; O'NEILL (2005), p. 2.

²⁰ cf. MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 125; COLBY/SMITH (2009), p. 242; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 4.

²¹ CALABRESI (2008a), pp. 876-877; COLBY/SMITH (2009), p. 243; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 29.

²² cf. BARNETT (2006), p. 10; O'NEILL (2005), p. 2; ROSSUM (2006), p. 2.

²³ O'NEILL (2005), p. 2; cf. ROSEN (2008), p. 938.

²⁴ CALABRESI (2008a), p. 877; COLBY/SMITH (2009), p. 243; ROSSUM (2006), p. 27.

²⁵ COLBY/SMITH (2009), pp. 239, 242-243; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 29-32.

²⁶ COLBY/SMITH (2009), pp. 239, 242-243, 278-281.

²⁷ COLBY/SMITH (2009), pp. 247-248, 263; GOLDFORD (2005), pp. 1, 20-24, 154.

²⁸ COLBY/SMITH (2009), pp. 262-267; LUND (2009), p. 1369; cf. STRAUSS (2010a), pp. 1-3.

²⁹ AMAR (2012), pp. IX-XIII, 63, 97, 124-132; AMAR (2008), pp. 965-967; MEYLER (2006), pp. 2-6; STRAUSS (2010a), pp. 25-29.

³⁰ BALKIN (2011), pp. 3-6; cf. DORF (2012), p. 2013 ; cf. LEIB (2007), pp. 353-354 ; cf. SOLUM (2009), p. 934.

détracteurs, les adhérents à l'idée d'une Constitution vivante. Ces controverses touchent à presque tous les aspects de la théorie de l'*originalism*, notamment à sa fonction de limite objective au pouvoir créateur du juge constitutionnel.

b. Le débat sur la limite objective

Comme expliqué auparavant, l'un des buts centraux de l'interprétation fidèle du texte historique de la Constitution est de poser une limite au pouvoir créateur du juge constitutionnel en ce que son travail interprétatif consisterait à identifier la signification originaire du texte historique, en tenant compte de sources historiques si nécessaire, et à appliquer cette seule signification objectivement identifiable au cas concret. Toutefois, cet avantage d'objectivité, que les originalistes attribuent à leur théorie et nient à toute approche de *living constitution*, est souvent contesté pour différentes raisons, notamment par les représentants des théories rejetées.

Tout d'abord, il est mis en exergue que les sources historiques nécessaires pour une interprétation originaliste de dispositions constitutionnelles ambiguës ou vagues n'admettent que rarement une interprétation unique, mais permettent souvent la justification d'un résultat, quel qu'il soit. Cette méthode ne limitera donc en aucun cas le pouvoir créateur du juge constitutionnel, qui pourra toujours choisir entre différents résultats possibles historiquement justifiables.³¹

Un argument semblable indique que l'*originalism* n'est pas une théorie uniforme mais une agrégation d'approches qui ne prennent pas en compte les mêmes faits historiques. Ceci aurait pour conséquence d'autoriser différents résultats d'interprétation constitutionnelle, ce qui confère à nouveau une latitude au juge afin de choisir parmi plusieurs approches celle qui lui paraît la plus juste en général ou pour l'application dans le cas concret.³²

En outre, il est aussi allégué qu'une interprétation originaliste n'est pas seulement inutile comme limite au pouvoir créateur du juge constitutionnel, mais qu'elle pourrait même être contreproductive en ce qu'elle conduirait à des résultats faux. Il faut relever, d'un côté, que l'interprétation constitutionnelle, comme le demande l'*originalism*, requiert du juge un travail d'historien et de linguiste, travail scientifique auquel ce dernier n'est pas formé. Cela aurait pour conséquence probable des résultats scientifiquement faux.³³ D'un autre côté, les critiques soulignent le fait que des arrêts phares de la Cour suprême américaine comme l'arrêt *Brown v. Board of Education*³⁴, aujourd'hui célébré pour avoir mis fin à un état d'injustice, ne se justifieraient pas d'un point de vue originaliste parce qu'il est incontesté que les auteurs du XIV^e amendement n'auraient pensé à y inclure une interdiction de la ségrégation raciale.³⁵ Le juge Scalia, le porte-parole de l'*originalism* à la Cour suprême³⁶, répond à cet argument qu'il serait prêt à écarter la théorie originaliste et respecter certains précédents pour ne pas établir des résultats absurdes.³⁷ Ce « *fainthearted originalism* »³⁸ est certainement une approche possible ; pourtant, on peut s'interroger quant à l'utilité

³¹ ROSEN (2008), pp. 941-942; STRAUSS (2010b), pp. 139-140; STRAUSS (2008), pp. 969-970.

³² COLBY/SMITH (2009), pp. 281-287; STRAUSS (2010b), pp. 142-143; STRAUSS, (2008), p. 969.

³³ LUND (2009), p. 1346; cf. ROSSUM (2006), p. 46; STRAUSS (2010a), pp. 18-21.

³⁴ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

³⁵ STRAUSS (2010a), pp. 12-13.

³⁶ cf. ROSSUM (2006), p. 2; cf. SCALIA (2008), p. 871.

³⁷ BARNETT, pp. 12-13; STRAUSS (2010a), p. 13.

³⁸ BARNETT (2006), pp. 12-16; COLBY/SMITH (2009), p. 260; LEIB (2007), p. 356; STRAUSS (2010a), p. 17.

d'une théorie universellement valable qui ne devrait être appliquée que sous certaines conditions.³⁹ Ces critiques montrent donc que la prétention de l'*originalism* de présenter une limite au pouvoir créateur du juge constitutionnel est attaquantable dans son prétendu caractère absolu.

Une critique ultérieure vise à décrédibiliser l'objectivité de l'*originalism* en mettant en relief l'origine de la théorie comme véhicule d'idées conservatrices à une fin politique très claire, et son application dans les années suivantes pour promouvoir exactement ces valeurs conservatrices.⁴⁰ Sans nier la vérité contenue dans cet argument, il est important de ne pas réduire l'*originalism* à une théorie officielle du parti républicain.⁴¹ L'*originalism* a aujourd'hui une valeur et une portée qui dépassent le pur débat politique, ce qui est dévoilé notamment par le fait que parmi les originalistes modérés il existe ce que certains appellent les « *lefty originalists* ». ⁴² Ces personnes ne sont point conservatrices, ce qui signifie un certain détachement de la théorie de son origine politique. Cette petite parenthèse politique close, il faut donc constater que la prétendue fonction de l'*originalism* comme limite objective au pouvoir créateur du juge constitutionnel est entamée par les critiques de la théorie, avec de nombreux arguments qui laissent entendre que l'*originalism* n'est ni vraiment limitant, ni vraiment objectif, du moins pas de la manière alléguée.

Vu la théorie de l'*originalism* et les controverses qui l'entourent, notamment par rapport à sa fonction de limite objective au pouvoir créateur du juge constitutionnel, il sera par la suite analysé la manière dont l'approche originaliste est utilisée dans la jurisprudence de la Cour suprême. Il faudra notamment observer si elle réussit à fournir des limites objectives ou si, comme les critiques et, d'une certaine manière aussi, les atténuations de certains auteurs pourraient le laisser penser, ce n'est qu'un véhicule théorique pour légitimer certaines idées conservatrices.

2) Le débat dans la pratique de la Cour suprême américaine

Dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, il existe plusieurs domaines où des arguments basés sur l'*originalism* peuvent être observés.⁴³ Ces opinions originalistes sont davantage présentes dans les opinions dissidentes et concordantes des juges Scalia⁴⁴ et Thomas.⁴⁵ Le juge Alito, bien qu'il soit conservateur, n'est que rarement considéré comme un vrai originaliste.⁴⁶

Par la suite, le but sera d'analyser le raisonnement originaliste dans deux cas récents de la Cour suprême américaine. Le premier concerne la question du droit individuel à posséder une arme et contient l'opinion originaliste la plus connue et la plus explicite dans l'histoire de la Cour.⁴⁷ Le deuxième est un arrêt moins récent, qui traite de l'interprétation de l'*establishment clause* et ex-

³⁹ BARNETT (2006), pp. 13-16; STRAUSS (2010a), p. 17.

⁴⁰ GOLDFORD (2005), pp. 20-24; KOPPELMAN (2011), p. 2; STRAUSS (2008), p. 969; TOOBIN (2007), pp. 101, 390.

⁴¹ cf. FALLON (2001), p. 13; cf. GOLDFORD (2005), pp. 1, 17; O'NEILL (2005), p. 11.

⁴² LEIB (2007), p. 353.

⁴³ cf. chap. I 3.

⁴⁴ COLBY/SMITH (2009), pp. 293-300; cf. DORF (2012), p. 2011; ROSSUM (2006), pp. 2, 44-48; TOOBIN (2012), pp. 111, 247; TOOBIN (2007), pp. 66, 120.

⁴⁵ COLBY/SMITH (2009), pp. 300-305; SCALIA (2008), p. 871; cf. TOOBIN (2012), pp. 245-247; TOOBIN (2007), pp. 66, 117-120.

⁴⁶ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion de la Cour; cf. CALABRESI (2008a), p. 876; cf. DAVIS (2007), pp. 938-999; TOOBIN (2012), p. 247.

⁴⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); SOLUM (2009), pp. 924-925, 980; SUNSTEIN (2008), pp. 246, 249.

pose de manière exemplaire une opinion dissidente originaliste et les réactions et implications pour le jugement.⁴⁸

a. *District of Columbia v. Heller* : l'interprétation du II^e amendement

L'arrêt *District of Columbia v. Heller*⁴⁹ soulève la question suivante, à savoir si le II^e amendement confère aux individus le droit de posséder une arme et si une loi du *District of Columbia* interdisant une telle possession est, par conséquent, anticonstitutionnelle.⁵⁰

Le texte du II^e amendement en cause est particulièrement obscur et se lit de la manière suivante :

« *A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.* »⁵¹

La connexité entre la première partie de la clause, ayant comme sujet la milice, et la deuxième partie, conférant au peuple le droit de porter des armes, est assez ambiguë. Par conséquent, il n'y a aucune signification sûre à attribuer à cette garantie constitutionnelle.⁵² En outre, mis à part un arrêt du 1939 qui touche en partie à la même problématique⁵³, il n'y avait en 2008 aucun précédent pertinent à suivre.⁵⁴

Dans ce contexte très particulier, la possibilité unique s'est présentée au juge Scalia d'écrire pour la majorité de cinq juges l'opinion la plus explicitement originaliste de l'histoire de la Cour suprême.⁵⁵ Déjà dans les toutes premières lignes de son opinion, le juge Scalia démarre son approche à la solution du cas, en indiquant qu'il s'occuperait tout d'abord de l'interprétation de la signification du II^e amendement, interprétation qui sera guidée par le principe que la Constitution doit être lue comme elle pouvait être comprise par les personnes ordinaires lors de son ratification.⁵⁶ Le juge Scalia va ainsi appliquer ledit « *public meaning originalism* ». ⁵⁷ Partant de l'hypothèse (non motivée) que la première partie de l'amendement n'a qu'une fonction explicative, le juge commence une analyse textualiste de ce qu'il appelle la clause principale (*operative clause*).⁵⁸ Dans cette approche linguistique, le juge Scalia se met à établir la signification littéraire de chaque expression de la phrase principale sur la base de dictionnaires du XVIII^e siècle.⁵⁹ Dans cette analyse originaliste, la seule vraie difficulté consiste dans le fait que selon la position ultra originaliste, seules les armes connues au XVIII^e siècle tomberaient dans le champ d'application du II^e amendement.⁶⁰ Le juge Scalia contourne cependant cette inconvenance en supposant simplement que toutes les armes portables sont protégées par la Constitution.⁶¹ Il s'ensuit pour lui que,

⁴⁸ *McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

⁴⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁵⁰ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 1-2.

⁵¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 2-3.

⁵² SUNSTEIN (2008), p. 246; cf. TOOBIN (2012), pp. 21, 109-110; cf. TOOBIN (2007), p. 408

⁵³ *United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939); cf. TOOBIN (2012), pp. 100-101.

⁵⁴ LUND (2009), pp. 1344, 1347; SOLUM (2009), p. 925; SUNSTEIN (2008), pp. 249-250.

⁵⁵ SOLUM (2009), p. 924; SUNSTEIN (2008), pp. 246, 249; cf. TOOBIN (2012), p. 111.

⁵⁶ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 2-3.

⁵⁷ cf. SOLUM (2009), p. 926.

⁵⁸ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 3-5.

⁵⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 5-18.

⁶⁰ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 8; cf. TOOBIN (2012), pp.113-114.

⁶¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 8; cf. LUND (2009), p. 1354.

mettant tous les éléments de son analyse ensemble, le II^e amendement garantit le droit pour l'individu de posséder et de porter des armes en cas de confrontation⁶², constat qui est corroboré par des sources historiques du droit anglais correspondant, qui est à la base du droit contenu dans le II^e amendement.⁶³

Ayant établi ce droit individuel, le juge Scalia s'interroge sur la signification historique de la clause liminaire⁶⁴ et enfin, se demande si cette dernière cadre avec la clause principale qui confère le droit aux individus de porter des armes.⁶⁵ Une réponse affirmative percutante à cette question⁶⁶ lui permet de cacher que la justification pour cette affirmation ne se trouve ni dans le texte historique, ni dans l'intention originaire, mais dans l'interprétation donnée à l'amendement pendant les XVIII^e et XIX^e siècles, qui reconnaissait en général un droit à la possession d'armes pour des raisons défensives.⁶⁷

Dans une évidente tentative pour apaiser d'éventuelles critiques, le juge Scalia, vers la fin de sa démonstration d'argumentation originaliste, déclare cette interprétation du II^e amendement conforme aux précédents de la Cour, notamment à l'arrêt *U.S. v. Miller*, qui, selon lui, se laisse distinguer du présent cas.⁶⁸ En outre, il ajoute un *dictum* extensif sur les possibles limites au droit à la possession d'une arme.⁶⁹ Le point intéressant dans ce *dictum* est l'absence totale de méthodologie originaliste : sans être tenu à se prononcer sur ce sujet, le juge passe à une véritable invention de limites possibles et pour cela il est fortement critiqué, même par la doctrine originaliste.⁷⁰ La conclusion de l'opinion dans le cas concret est assez succincte: le droit individuel de posséder une arme (voire le droit à l'autodéfense) étant reconnu comme droit essentiel, il n'y a aucune place pour une pesée des intérêts et, par conséquent, la loi en cause est anticonstitutionnelle.⁷¹

En se tournant vers les opinions dissidentes, il est intéressant de remarquer que l'opinion du juge Stevens contient (par convenance ?) une analyse également originaliste.⁷² Cependant, contrairement à l'opinion de la Cour, le juge Stevens part de l'hypothèse que le droit de porter une arme est à mettre en relation avec des buts militaires.⁷³ Par la suite, il analyse la disposition du II^e amendement, non pas par son *original public meaning*, mais par son *original intention*, et conclut que les *founding fathers* n'auraient jamais eu l'intention de créer un tel droit individuel.⁷⁴ En outre, le juge invoque des sources historiques différentes de l'opinion de la majorité (et critique le choix de cette dernière) pour confirmer que le droit du II^e amendement n'est pas un droit individuel mais un droit de posséder une arme en relation avec le service dans la milice.⁷⁵ Enfin, comme dans l'opinion de la Cour, le précédent *Miller* est pris en considération, cela néanmoins non pas pour

⁶² *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 19.

⁶³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 19-22.

⁶⁴ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 22-25.

⁶⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 25.

⁶⁶ « It fits perfectly. », *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 25.

⁶⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 25-47.

⁶⁸ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 47-53.

⁶⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 54-56.

⁷⁰ LUND (2009), pp. 1345, 1356, 1367; SUNSTEIN (2008), pp. 272-274.

⁷¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 64

⁷² *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Stevens, pp. 1-2, 5.

⁷³ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Stevens, pp. 3, 5-6.

⁷⁴ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Stevens, pp. 1, 17-27; SOLUM (2009), pp. 955-959.

⁷⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Stevens, pp. 7-8, 17-28.

confirmer la thèse d'un droit individuel, mais pour corroborer l'opinion contraire.⁷⁶ Avec un argument également en majeure partie originaliste, mais utilisant un autre type d'*originalism* et d'autres sources historiques, le juge Stevens parvient donc à une conclusion contraire à celle de la majorité de la Cour.

La deuxième opinion dissidente, écrite par le juge Breyer, ne conteste pas la conclusion de la majorité, mais argumente que même s'il s'agissait d'un droit individuel, ce droit ne pourrait pas être absolu.⁷⁷ L'opinion met l'accent sur l'importance d'une pesée des intérêts en jeu, voire les intérêts du gouvernement à réguler la possession d'armes et l'intérêt de l'individu à disposer d'une arme pour des raisons d'autodéfense.⁷⁸ Ayant justifié cette approche comme méthode déjà appliquée par la Cour dans d'autres domaines⁷⁹, l'opinion examine les intérêts dans le cas concret en tenant compte de statistiques de crimes commis avec des armes à feu, comme de statistiques d'utilisation défensive de ces armes et d'autres sources pareilles.⁸⁰ Le juge Breyer examine donc une clause historique à la lumière des besoins du monde d'aujourd'hui. Cette méthode est ainsi exemplaire d'une théorie de *living constitution*.⁸¹ C'est une approche très différente de celle appliquée dans l'opinion de la Cour, ce qui est relevé par cette dernière dans son paragraphe final:

« We know of no other enumerated constitutional right whose core protection has been subjected to a freestanding 'interest balancing' approach. The very enumeration of the right takes out of the hands of government – even the Third Branch of Government [the Supreme Court] the power to decide on a case-by-case basis whether the right is really worth insisting upon. A constitutional guarantee subject to future judges' assessment of its usefulness is no constitutional guarantee at all. »⁸²

Ce rejet catégorique de toute pesée d'intérêts révèle l'essence de l'*originalism* en trois phrases.

L'opinion de la Cour dans l'arrêt *D.C. v. Heller* offre donc une interprétation constitutionnelle suivant le *public meaning originalism*, même si elle inclut aussi des éléments d'intention historique et d'historique non originaliste. De plus, c'est une approche essentiellement textualiste, ce qui est la marque de l'*originalism* du juge Scalia⁸³. Cette approche semble objective et très méticuleuse, mais elle est aussi contestée et déclarée comme étant scientifiquement fautive.⁸⁴ Quelques critiques de la doctrine originaliste peuvent être soulevées, comme évoqué auparavant ; telles certaines incohérences dans l'argumentation historique en ce qui concerne la notion d'« armes », le *dictum* concernant de possibles limites, et la justification d'un droit qui n'est pas lié à la milice. Vue dans son ensemble, l'opinion frappe, en outre, par l'écart entre l'importance accordée à l'examen profond des termes isolés et la manière superficielle dont sont traités – et ignorés – les points importants posant des vrais problèmes. Il n'est expliqué ni pourquoi le lien sémantique entre les deux clauses serait de nature finale⁸⁵, ni pourquoi le sens sémantique des mots spécifiques serait automatiquement identique au sens sémantique de la phrase, et le sens de cette clause

⁷⁶ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Stevens, pp. 2-3, 42-45.

⁷⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Breyer, pp. 1, 3.

⁷⁸ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Breyer, pp. 8-12.

⁷⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Breyer, pp. 10-11.

⁸⁰ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion dissidente Breyer, pp. 14-32, 32-40.

⁸¹ cf. LEIB (2007), pp. 361-362; cf. STRAUSS, *The Living Constitution* (2010), pp. 1, 34.

⁸² *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 62-63.

⁸³ ROSSUM (2006), pp. 2, 44-51.

⁸⁴ LUND (2009), p. 1350; TOOBIN (2012), pp. 111-114.

⁸⁵ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 3; LUND (2009), p. 1350.

identique au contenu juridique de la norme.⁸⁶ Le dernier point à souligner enfin, est la façon de passer d'un simple droit à porter des armes⁸⁷, à un droit en cas de confrontation⁸⁸, puis à un droit pour des raisons défensives⁸⁹ et, finalement, à un droit de posséder des armes équivalant à un droit à l'autodéfense.⁹⁰ Il est difficile de déterminer si ce développement est vraiment originaliste; mais c'est certainement une argumentation assez créatrice.

L'analyse de l'arrêt *D.C. v. Heller* terminée, il est intéressant d'ajouter que la même question sur le II^e amendement s'est posée à la Cour suprême deux ans seulement après cet arrêt, dans le cas *McDonald v. Chicago*.⁹¹ Ce cas présentait des faits similaires, la seule différence étant qu'il s'agissait de la loi d'un Etat mis en cause et qu'il fallait donc déterminer si le II^e amendement était incorporé par le XIV^e amendement.⁹² Il est peu surprenant que le résultat ait été une nouvelle décision de cinq juges à quatre, avec les mêmes juges du même côté, et que, de nouveau, les deux opinions dissidentes écrites par les juges Breyer et Stevens aient pris position contre l'arrêt *D.C. v. Heller* et pour une pesée des intérêts en jeu.⁹³ Mais contrairement à *D.C. v. Heller*, l'opinion, dans ce cas, provient du juge Alito et non du juge Scalia. Ce dernier exprime cependant une opinion concordante qui ne possède rien de l'objectivité ni de la scientificité de celle qui était la sienne dans *D.C. v. Heller*, mais qui est une accusation ouverte contre l'opinion dissidente du juge Stevens.⁹⁴ Il critique violemment la théorie de la *living constitution*, qui serait subjective, incohérente (« *topsy turvy approach* »)⁹⁵ et prendrait en considération le droit étranger de manière abusive.⁹⁶

Cette opinion dissidente révèle ainsi de manière pertinente comment deux opinions originalistes sur le même sujet, écrites par le même juge, l'une seulement deux ans avant l'autre, peuvent être différentes. Par ailleurs, le fait que la seule différence consiste en la qualité des opinions, l'une étant l'opinion de la Cour (qui devient droit) et l'autre une simple concurrence, soulève certaines questions par rapport à l'utilisation de l'*originalism* dans ces différents contextes.

En résumé, l'arrêt *D.C. v. Heller* offre une approche originaliste basée sur une analyse historique et textualiste. Elle frappe dans son apparence de scientificité, mais soulève aussi de nombreuses critiques, notamment celle de la création d'un droit « conservateur » par les juges conservateurs de la Cour suprême.⁹⁷ Il est, par ailleurs, certain que l'approche originaliste du juge Scalia choisit, entre plusieurs interprétations du II^e amendement possibles, la plus conforme aux convictions du parti républicain. L'application de l'*originalism* permet au juge de créer un nouveau droit, et n'est donc ni un signe de limite au pouvoir créateur du juge, ni un signe d'objectivité. En outre, faisant la comparaison entre l'opinion du juge Scalia dans *D.C. v. Heller* et son opinion concordante dans *McDonald v. Chicago*, l'hypothèse s'impose que l'*originalism* dans une opinion de la Cour n'est pas employé de façon aussi agressive que dans des opinions concordantes ou dissidentes.

⁸⁶ SOLUM (2009), pp. 935-937, 940, 953-955.

⁸⁷ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 7.

⁸⁸ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 13.

⁸⁹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 29.

⁹⁰ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, p. 64.

⁹¹ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010).

⁹² *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion de la Cour, pp. 2-4.

⁹³ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion dissidente Breyer, pp. 1-6, 29, Stevens, pp. 35-36

⁹⁴ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion concordante Scalia, pp. 1, 3-4, 6, 13-15.

⁹⁵ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion concordante Scalia, p. 5

⁹⁶ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion concordante Scalia, pp. 10-11; cf. SCALIA (2008), p.873.

⁹⁷ SOLUM (2009), pp. 980-910; cf. SUNSTEIN (2008), p. 254; cf. TOOBIN (2012), p. 115.

b. *McCreary County v. ACLU of Kentucky* : la portée de l'*establishment clause*

Après avoir traité de l'arrêt *D.C. v. Heller*, il sera maintenant question d'un raisonnement originaliste contenu dans l'arrêt *McCreary County v. ACLU* de 2005 concernant la portée de l'*establishment clause*.⁹⁸ L'objet de l'analyse sera une opinion dissidente, à nouveau écrite par le juge Scalia, qui contient l'un des discours originalistes les plus caricaturaux. Ce qui rend l'opinion particulièrement intéressante est le fait que l'arrêt *McCreary County v. ACLU* soit étroitement lié à un autre cas décidé le même jour⁹⁹, portant sur le même sujet, à savoir une présentation des Dix commandements dans un lieu public, et qu'il s'offre donc d'intéressantes possibilités de comparaison.

La question qui se pose à la Cour dans le cas *McCreary County v. ACLU* est de savoir si les présentations des Dix commandements dans deux palais de justice situés dans deux circonscriptions du Kentucky violent l'*establishment clause* du I^{er} amendement, qui dit que :

« *Congress shall make no law respecting an establishment of religion [...].* »¹⁰⁰

La clause, similaire au II^e amendement, est très ambiguë quant à sa signification.¹⁰¹ Cette incertitude engendre de nombreuses approches différentes par la Cour suprême comme par la doctrine¹⁰² et, ultérieurement, la coexistence d'un grand nombre d'arrêts de la Cour suprême sur le sujet, présentant différentes approches, avec le résultat d'une jurisprudence peu cohérente.¹⁰³

L'opinion de la majorité dans l'arrêt *McCreary County v. ACLU* suit l'approche de la Cour suprême développée dans l'arrêt *Lemon v. Kurtzman*¹⁰⁴, proposant un test de neutralité pour l'action du gouvernement en cause.¹⁰⁵ Elle se rallie de cette façon à la position qui voit dans l'*establishment clause* un devoir de l'Etat de rester neutre et de ne pas favoriser la religion sur l'irréligion ou une religion sur une autre. Suivant son précédent *Stone v. Graham*¹⁰⁶, l'opinion de la Cour qualifie les Dix commandements de texte religieux et conclut que sa présentation dans les palais de justice n'a pas de but séculaire, n'est pas neutre et viole donc l'*establishment clause*.¹⁰⁷

Ce concept de neutralité est la pierre d'achoppement de l'opinion dissidente du juge Scalia écrite dans un style furieux. Après une introduction presque sentimentale¹⁰⁸, l'opinion analyse les discours et pratiques historiques des premiers présidents des Etats-Unis. Démontrant l'importance que ces pères de la Constitution accordaient à la religion, le juge conclut que l'*establishment clause* ne pouvait certainement pas avoir pour but d'obliger l'Etat à ignorer la religion, mais

⁹⁸ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

⁹⁹ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

¹⁰⁰ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 301 (2000).

¹⁰¹ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, p. 27.

¹⁰² *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, pp. 27-28; cf. COLUCCI (2009), pp. 14-20.

¹⁰³ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion de la pluralité, pp. 3-6; ROSSUM (2006), pp. 129-131.

¹⁰⁴ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

¹⁰⁵ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, p. 11.

¹⁰⁶ *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

¹⁰⁷ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, pp. 19-21, 33.

¹⁰⁸ Le juge Scalia évoque le discours du Président G. W. Bush lors des événements du 11 septembre 2001 et la réaction parmi ses confrères européens, *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 1-2.

qu'elle était importante comme source morale de la société.¹⁰⁹ S'ajoute à ce fait historique que l'enchevêtrement entre la religion et l'Etat continuerait encore aujourd'hui, et qu'il n'y a donc aucune raison pour présumer que l'Etat ait un devoir de neutralité. Il s'ensuit pour le juge Scalia que le devoir de neutralité n'est qu'une idée des juges qui, appliquée de façon incohérente, leur permet de juger selon leurs préférences personnelles.¹¹⁰

Par la suite, l'*originalism* du juge Scalia, jusqu'à ce point relativement objectif, prend une forme grotesque dans la tentative de justifier la préférence par l'Etat d'une religion sur une autre. Sans citer aucune source pertinente, le juge allègue qu'il ressort de façon tout à fait claire des pratiques historiques des Etats-Unis que l'*establishment clause* permet de faire abstraction du polythéisme ou de l'athéisme.¹¹¹ Il continue en disant que l'histoire américaine démontre qu'il y a une différence entre la reconnaissance du monothéisme et l'établissement d'une religion, la première n'étant qu'une expression légitime des croyances de la majorité. L'*establishment clause*, dans son interprétation historique, permettrait donc la reconnaissance des trois grandes religions monothéistes (christianisme, judaïsme et islam). Par conséquent, comme ces religions connaissent toutes les trois les Dix commandements, leur exposition dans un palais de justice ne serait qu'une sorte de reconnaissance du monothéisme conforme à l'*establishment clause*.¹¹² Cette position est déjà historiquement non représentable¹¹³, mais l'évidence avec laquelle elle est présentée la rend véritablement incroyable.

Comme évoqué auparavant, l'opinion originaliste dans *McCreary County v. ACLU* est intéressante, car cet arrêt est étroitement lié à l'arrêt *Van Orden v. Perry*, rendu le même jour sur le même sujet, si ce n'est que les représentations en cause ne se trouvaient pas dans un palais de justice mais dans un parc public.¹¹⁴ Ces deux arrêts sont remarquables du fait que la majorité dans le premier arrêt représente la minorité dans le deuxième, le juge Breyer changeant de camp. De ce fait on pourrait, en théorie, s'attendre à ce que l'opinion dissidente dans *McCreary County v. ACLU* devienne l'opinion de la Cour dans *Van Orden v. Perry*. Toutefois, ce n'est pas le juge Scalia mais le juge Rehnquist qui annonce¹¹⁵ l'opinion de la Cour. Cette opinion de la pluralité est assez minimaliste et ne reprend rien de l'opinion dissidente du juge Scalia dans l'arrêt *McCreary County v. ACLU*. Le *Lemon Test* n'est pas rejeté, mais vu comme inadéquat pour la solution dans le cas d'espèce. Compte tenu de l'importance de la religion dans l'histoire et l'héritage des Etats-Unis, une certaine reconnaissance de la religion est admise, et la représentation en cause étant un « monument très passif », elle n'est pas considérée comme anticonstitutionnelle.¹¹⁶

Vu le caractère minimaliste de l'opinion, il est peu surprenant que les juges ajoutent plusieurs opinions concordantes. A part celle du juge Breyer (le *swing vote*) qui explique son changement de position¹¹⁷, les juges Thomas et Scalia écrivent également chacun une opinion. Le juge Scalia exprime son désir d'abandonner l'idée d'un devoir de neutralité de l'Etat et renvoie à son opinion

¹⁰⁹ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 3-5.

¹¹⁰ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 5-7.

¹¹¹ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, p. 10.

¹¹² *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 10-11.

¹¹³ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, p. 32; KOPPELMAN (2011), p. 9.

¹¹⁴ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

¹¹⁵ Verbe utilisé dans les cas d'opinions d'une pluralité.

¹¹⁶ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion de la pluralité, pp. 6-12.

¹¹⁷ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion concordante Breyer; cf. BREYER (2005), pp. 122-123.

dissidente dans *McCreary County v. ACLU*.¹¹⁸ Le juge Thomas avance la même idée, en disant que la signification originarie de l'*establishment clause* n'interdisait pas la reconnaissance d'une religion par l'Etat mais seulement des actes de coercition.¹¹⁹ Les deux juges, sans que cela ne soit juridiquement nécessaire, ne font donc que promulguer leurs théories sur l'*establishment clause* et sur l'abandon du *Lemon Test* qui serait faux et incohérent.

Les deux opinions révèlent ainsi la fonction importante de l'opinion concordante, celle d'un instrument pour faire ressortir une conception non partagée par une majorité de juges. C'est une pratique générale¹²⁰, mais son utilisation est particulièrement visible dans le cadre de l'*originalism*.¹²¹

3) Bilan

Dès son apparition dans les années 1970, l'*originalism* a eu un succès notable dans la doctrine juridique comme dans la société américaine.¹²² Parmi les raisons de ce succès, il faut faire ressortir le fait que la théorie semble offrir un mode d'interprétation constitutionnelle clair, objectif, naturel et légitime.¹²³ En outre, l'*originalism* est apte à justifier le rejet de certains arrêts de la Cour Warren, ce qui explique la popularité de la théorie dans les cercles conservateurs.¹²⁴

Sur le rôle de l'*originalism* dans la jurisprudence de la Cour suprême, il faut souligner qu'au début des années 2000, la théorie était encore avant tout un phénomène connaissant un certain succès en doctrine¹²⁵. Aujourd'hui, par contre, l'*originalism* prend une place importante dans de nombreuses opinions dissidentes et concordantes écrites par les juges Scalia et Thomas. En dehors des opinions discutées dans le cadre du II^e amendement et de l'*establishment clause*, sont à mentionner les arguments originalistes frappants en matière de peine de mort¹²⁶, l'opinion dissidente du juge Thomas dans l'arrêt *Brown v. Entertainment Merchants Association*¹²⁷ ou des positions originalistes prononcées en matière du fédéralisme¹²⁸, le dernier exemple étant une opinion très engagée du juge Scalia dans *Arizona v. U.S.*¹²⁹ Ces opinions dissidentes et concordantes montrent en général un certain manque de retenue des juges. La teneur de leurs opinions est souvent assez agressive¹³⁰, les juges traitent des questions qui ne font pas objet du litige¹³¹, et il n'est donc pas rare que les opinions concordantes n'offrent pas de justification juridique ultérieure pour la solu-

¹¹⁸ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion concordante Scalia, p. 1.

¹¹⁹ *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion concordante Thomas, pp. 1-2.

¹²⁰ cf. *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion concordante O'Connor, pp. 1-4.

¹²¹ *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008), opinion concordante Thomas, p. 1; *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion concordante Thomas, p. 1; *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 584 (1995).

¹²² DORF (2012), p. 2011; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 121; SCALIA (2008), p. 872.

¹²³ COLBY/SMITH (2009), pp. 239, 242-243; cf. LEIB (2007), pp. 357-358; cf. STRAUSS (2010a), pp. 3, 7, 29-31.

¹²⁴ cf. STRAUSS (2010b), pp. 143-144.

¹²⁵ FALLON (2001), p. 13.

¹²⁶ *Miller v. Alabama*, 567 U.S. _ (2012), opinion dissidente Thomas, p. 3; *Graham v. Florida*, 560 U.S. _ (2010), opinion dissidente Thomas, pp. 3-5; *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008), opinion concordante Thomas, pp. 2-4; *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 1-2; cf. ROSSUM (2006), p. 189.

¹²⁷ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. _ (2011), opinion dissidente Thomas, pp. 2-3.

¹²⁸ *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 U.S. _ (2012), opinion dissidente Scalia et al., p. 2 et Thomas, p. 2; *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 584 (1995); cf. ROSSUM (2006), pp. 90-98.

¹²⁹ *Arizona v. United States*, 567 U.S. _ (2012), opinion concordante-dissidente Scalia, pp. 1-22.

¹³⁰ *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), opinion dissidente Scalia, pp. 1-5; *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion dissidente Scalia, pp. 5-7, 9.

¹³¹ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008), opinion de la Cour, pp. 54-56; *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005), opinion concordante Thomas, pp. 1-2.

tion dans le cas d'espèce. Si l'on compare ces opinions dissidentes ou concordantes et l'opinion de la Cour dans *D.C. v. Heller*, il en ressort que cette première vraie opinion originaliste de la Cour suprême est écrite dans un style moins agressif et apparemment plus objectif et scientifique.

Bien que l'absence d'autres opinions originalistes de la Cour rende difficile une conclusion pertinente sur ce sujet, cette différence stylistique entre *D.C. v. Heller* et les autres opinions fait supposer que l'*originalism* dans sa forme belligérante n'est pas apte à former une opinion de la Cour, dans la mesure où une telle opinion devrait essayer de trouver une approche bien équilibrée. Considérant ensuite que l'*originalism* est, de par sa nature, assez extrême dans ses positions et difficile à modérer dans les domaines sensibles, cette caractéristique peut effectivement expliquer le nombre plutôt faible d'opinions originalistes de la Cour suprême. Ceci car une approche extrême comporte toujours le risque de faire changer de camp des juges plus modérés, et il n'est dans la composition de la Cour d'aujourd'hui toujours pas évident de regrouper cinq juges autour d'une opinion originaliste. Si par conséquent le chief justice Rehnquist en 2005 n'a pas assigné l'opinion de la Cour dans *Van Orden v. Perry* au juge Scalia, une des raisons pourrait avoir été qu'il ne voulait pas perdre le vote du juge libéral Breyer et avec lui la majorité de la Cour.¹³²

Un autre point important à soulever est la différence entre l'*originalism* dans la doctrine et dans la pratique de la Cour suprême. La doctrine originaliste actuelle est très variée parce qu'aux théories originalistes politisées des premières années sont venues s'ajouter de nombreuses nouvelles approches présentant une grande diversité d'idées. Le but de ces nouvelles approches est, parmi d'autres, de libérer la théorie de sa connotation politique et de la rendre plus compatible avec d'autres théories d'interprétation constitutionnelle. Dans l'approche de la Cour suprême, par contre, l'*originalism* apparaît dans sa forme politique de véhicule d'idées conservatrices.¹³³ Ceci ne surprend guère, car les originalistes de la Cour représentent les positions d'un *originalism* classique et peu modéré.¹³⁴ Par ailleurs, il est incontesté que les juges sont élus en fonction de critères politiques, et que les cinq juges conservateurs ont été choisis par leurs présidents non pour être modérés mais pour défendre des positions originalistes et conservatrices.¹³⁵ Pour cette raison, la qualification de l'*originalism* comme une version de *living constitutionalism* pour les conservateurs¹³⁶ contient un degré de vérité, dans la mesure où la théorie est souvent utilisée comme instrument pour faire avancer la Constitution dans le sens désiré.

L'*originalism* est donc entré dans la pratique de la Cour suprême, mais la théorie ne réussit pas à tenir ses promesses de limitation et d'objectivité. Par ailleurs, nonobstant le relatif succès de la doctrine dans les dernières années, il faut relever que l'*originalism* est moins visible dans les arrêts de la Cour suprême qu'en doctrine. Il n'est pas invraisemblable que cela soit signe de la faiblesse de la théorie en pratique. L'*originalism* manque de compatibilité avec la réalité à laquelle la Cour est confrontée sur deux points : d'un côté, la théorie a des difficultés à résoudre les conflits qui se créent entre la Constitution du XVIII^e siècle et le monde d'aujourd'hui et, de l'autre côté, l'*originalism* risque de se heurter à une longue tradition de précédents non-originalistes.¹³⁷

¹³² cf. GREENBURG (2007), p. 239; cf. TOOBIN (2012), p. 245; cf. TOOBIN (2007), p. 119.

¹³³ cf. TOOBIN (2012), pp. 114-115; cf. TOOBIN (2007), pp. 2-3, 111-113.

¹³⁴ cf. TOOBIN (2007), pp. 12-17, 116-120.

¹³⁵ cf. GREENBURG (2007), pp. 53, 95-107, 110, 239; TOOBIN (2012), p. 297; cf. TOOBIN (2007), pp. 21-22, 147.

¹³⁶ COLBY/SMITH (2009), pp. 264-267, 307; STRAUSS (2010a), p. 21; TOOBIN (2007), p. 17.

¹³⁷ FALLON (2001), pp.13-16; cf. chap. III.

II) La valeur des précédents

Après avoir traité du débat sur l'*originalism*, il sera maintenant question de la valeur accordée aux précédents dans la juridiction constitutionnelle américaine. Comme pour l'*originalism*, ce chapitre proposera d'abord une approche théorique dans le but de clarifier la notion de *stare decisis* en droit constitutionnel américain et de souligner les positions importantes dans la doctrine actuelle. Cette approche théorique sera suivie d'une analyse de deux décisions récentes de la Cour suprême américaine qui s'inscrivent chacune dans une série de précédents controversés. Le chapitre se terminera enfin par une évaluation du principe de *stare decisis* comme moyen de limite au pouvoir créateur du juge constitutionnel.

1) Le principe de *stare decisis*

a. Notion

Le principe de *stare decisis*¹³⁸, aussi appelé « *doctrine of precedent* »¹³⁹, est une institution de la *common law*, ce qui révèle les origines du droit des Etats-Unis dans le droit d'Angleterre et du Pays de Galles.¹⁴⁰ Le principe de *stare decisis* repose tout d'abord sur une réflexion de justice très simple selon laquelle deux cas présentant les mêmes faits devront être jugés de la même manière.¹⁴¹ Ce raisonnement logique de validité générale revêt un caractère de principe fondamental dans le système de la *common law*.¹⁴² Dans ce système de droit originairement non écrit, développé par les juges comme étant le résultat des solutions trouvées dans des cas concrets,¹⁴³ le respect toujours plus strict des décisions antérieures s'est révélé fondamental pour assurer le besoin de sécurité juridique.¹⁴⁴

Ainsi, *stare decisis* désigne le principe selon lequel une cour doit suivre les décisions antérieures d'une cour hiérarchiquement égale ou supérieure si en l'espèce les faits sont essentiellement les mêmes.¹⁴⁵ Dans ce cadre, il est important de souligner qu'une cour qui respecte une décision n'est liée que par le dit *holding* (ou *ratio decidendi*) de cette dernière, c'est-à-dire par tous les arguments juridiques pertinents¹⁴⁶, mais non pas par le dit *obiter dictum*, contenant tous les éléments d'un arrêt non pertinents.¹⁴⁷ S'agissant de la Cour suprême américaine, ces *obiter dicta* contiennent les parties non pertinentes des opinions de la Cour, mais également les opinions d'une pluralité qui n'est pas rejointe par une majorité, comme les opinions concordantes et dissidentes.

Le principe de *stare decisis* a comme effet, d'un côté, une hiérarchisation entre les différentes cours due au respect des précédents par les cours inférieures et, d'un autre côté, dans la mesure où

¹³⁸ GARNER (2006), p. 672; HOLLAND/WEBB (2009), p. 131.

¹³⁹ CROSS/HARRIS (1991), p. 3; GARNER (2006), p.672.

¹⁴⁰ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 11; VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 27.

¹⁴¹ CROSS/HARRIS (1991), p. 3; cf. VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 42.

¹⁴² BAKER (1990), pp. 227-228; CROSS/HARRIS (1991), pp. 3-4; VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 42.

¹⁴³ BAKER (1990), p. 225.

¹⁴⁴ cf. BAKER, pp. 225-230; CROSS/HARRIS (1991), p. 5; cf. MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 32; SINCLAIR (2007), p. 369.

¹⁴⁵ HOLLAND/WEBB (2009), p. 67.

¹⁴⁶ CROSS/HARRIS (1991), pp. 52, 72-75; cf. HOLLAND/WEBB (2009), p. 65.

¹⁴⁷ CROSS/HARRIS (1991), pp. 77-81.

les cours sont (en principe) également liées par leurs propres précédents, la garantie d'une certaine cohérence et sécurité juridique en plus d'une limitation du pouvoir créateur du juge.¹⁴⁸ Inhérent au principe du respect relativement strict des précédents est le fait que, parfois, le juge soit tenu de respecter une décision qu'il estime fautive et de rendre ainsi consciemment une décision injuste.¹⁴⁹ Ce dilemme soulève la grande question liée au principe de *stare decisis*, à savoir dans quelles circonstances une décision antérieure peut-elle être écartée. Comme la règle du respect des précédents est une règle développée par les cours, il y a des différences au niveau de la rigidité de son maniement de cour en cour et en particulier entre les cours en Angleterre¹⁵⁰ et aux Etats-Unis.¹⁵¹

b. *Stare decisis* aux Etats-Unis

Comme évoqué tout au début de ce chapitre, le droit des Etats-Unis est un droit au moins en partie basé sur la *common law* et son respect du principe de *stare decisis*.¹⁵² Dans la question du degré de respect accordé à ce principe, les Etats-Unis, cependant, se distinguent assez fortement de l'Angleterre par un respect des précédents qui est en général beaucoup moins strict.¹⁵³ Cette différence est tout d'abord attribuée à l'existence d'une pluralité de juridictions et de solutions possibles¹⁵⁴ et à la nécessité d'adaptation du droit à une nouvelle société à la fin du XVIII^e siècle.¹⁵⁵ Pour le droit constitutionnel plus en particulier, il faut faire ressortir le fait que, contrairement à la *common law* classique non écrite, le point de départ et le fondement de tout raisonnement juridique dans ce domaine est la Constitution, une « loi » écrite. Les précédents peuvent certes la compléter, mais ce ne sont que des sources secondaires.¹⁵⁶ Cela signifie que le domaine d'activité de la Cour suprême comme cour constitutionnelle n'est, en principe, pas un domaine de la *common law* et de la règle du précédent, ce qui selon certains auteurs présente aussi des avantages.¹⁵⁷

Cette relativisation du principe de *stare decisis* ne veut pourtant pas dire que le droit constitutionnel des Etats-Unis ne soit pas influencé par les pratiques de la *common law*.¹⁵⁸ Au contraire, une large importance est accordée aux précédents, même en droit constitutionnel.¹⁵⁹ La Cour suprême prend toujours en considération ses propres décisions précédentes et éprouve une certaine réticence caractéristique à écarter un précédent ouvertement, ce qui implique aussi une utilisation de tous les mécanismes d'écartement implicite.¹⁶⁰ Il découle de ces observations, que le principe de *stare decisis* peut être vu comme un instrument apte à limiter le pouvoir créateur du juge constitutionnel américain en ce sens qu'il est normalement lié par les précédents.¹⁶¹

Dans la doctrine américaine, la question du respect des précédents ne suscite pas de débats aussi vifs que la théorie de l'*originalism*, mais cela n'exclut pas l'existence de différentes positions sur

¹⁴⁸ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 32; SINCLAIR (2007), p. 369.

¹⁴⁹ cf. CROSS/HARRIS (1991), p. 36; KOZEL (2010), pp. 412-413; SINCLAIR (2007), p. 370.

¹⁵⁰ cf. HOLLAND/WEBB (2009), pp. 135-147.

¹⁵¹ CROSS/HARRIS (1991), p. 19; VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 11.

¹⁵² MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p.11; STRAUSS (2010a), p. 3.

¹⁵³ CROSS/HARRIS (1991), p. 19; VON MEHREN/MURRAY (2007), pp. 11, 45.

¹⁵⁴ CROSS/HARRIS (1991), pp. 19-20; VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 10.

¹⁵⁵ VON MEHREN/MURRAY (2007), pp. 10, 33-34.

¹⁵⁶ CROSS/HARRIS (1991), pp. 19-20.

¹⁵⁷ cf. CROSS/HARRIS (1991), p. 20.

¹⁵⁸ VON MEHREN/MURRAY (2007), pp.35-36.

¹⁵⁹ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p.15; VON MEHREN/MURRAY (2007), pp.35-36.

¹⁶⁰ cf. chap. II 2.

¹⁶¹ cf. MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 32; VON MEHREN/MURRAY (2007), p. 37.

le sujet. L'importance *de facto* du respect des précédents pour la jurisprudence constitutionnelle américaine est relevée par de nombreux auteurs.¹⁶² Pour une partie de la doctrine, le principe de *stare decisis* est considéré comme un instrument idéal pour équilibrer les intérêts entre la sécurité juridique et la restriction du juge dans son pouvoir créateur, d'un côté, et la nécessité de faire adapter le contenu de la Constitution aux circonstances changeantes, de l'autre côté.¹⁶³ A cette affirmation se lie par ailleurs l'idée que les précédents de la Cour suprême forment une Constitution non écrite qui vient compléter la Constitution écrite et lui permet d'évoluer.¹⁶⁴ Par rapport à cette vision d'une Constitution relativement vivante, une théorie du précédent fort (*a strong theory of precedent*)¹⁶⁵ est proposée, dont le rôle serait de fournir une limite objective et raisonnable à l'interprétation de la Constitution.¹⁶⁶ Ces approches favorables au principe de *stare decisis* n'offrent cependant que rarement une théorie précise sur la façon dont le juge pourrait et devrait s'écarter d'un précédent.¹⁶⁷

C'est ce problème que de nombreux auteurs soulèvent par rapport à la pratique actuelle de la Cour suprême américaine et son maniement du principe de *stare decisis*. A part la partie minoritaire de la doctrine qui nie que les juges aient une approche qui respecte les précédents,¹⁶⁸ il est souligné que la Cour n'a pas de système cohérent selon lequel elle décide de suivre un précédent, ce qui ouvre la porte à des accusations de partialité chaque fois que la Cour écarte un précédent controversé, mais aussi lorsqu'elle ne le fait pas.¹⁶⁹ Cela ne créerait pas seulement des risques de jugements subjectifs, mais avant tout, ce débat de partialité décrédibiliserait la méthode de *stare decisis* dans ses fondements. Les auteurs qui soutiennent cette thèse en tirent la conclusion qu'il faut améliorer l'approche du principe de *stare decisis*, afin d'assurer plus de sécurité juridique et une limite plus efficace au pouvoir créateur du juge.¹⁷⁰ Les propositions faites à cet égard analysent tout d'abord l'approche actuelle de la Cour suprême en dégagant certains groupes de cas où les précédents ne sont pas suivis.¹⁷¹ A partir de ces constatations de fait, les auteurs essayent de schématiser l'approche au respect d'un précédent, en identifiant des règles claires selon lesquelles une Cour devrait se considérer strictement liée ou plus libre dans sa décision.¹⁷²

Pourtant, on peut douter de l'utilité de l'apport de ces approches à la clarification du principe de *stare decisis*. Les théories basées sur des schématisations semblent claires, mais soit elles représentent une classification sans impact¹⁷³, soit elles opèrent avec des termes tellement vagues¹⁷⁴ qu'elles ne réussissent pas à remédier effectivement aux indéterminations et ne font que les déplacer. Il faut enfin souligner que ces approches plutôt critiques (et critiquables) du principe de *stare*

¹⁶² KOZEL (2010), pp. 412-413; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 2, 21; STRAUSS (2010a), pp. 33-34; VON MEHREN/MURRAY (2007), pp. 42-47.

¹⁶³ cf. KOZEL (2010), pp. 412-413; SINCLAIR (2007), p. 372; STRAUSS (2010a), p. 3; STRAUSS, (2008), p. 974.

¹⁶⁴ AMAR (2012), pp. IX-XIII, 63, 97, 124-132; STRAUSS (2010a), pp. 35-36.

¹⁶⁵ MERRILL (2008), pp. 979-981.

¹⁶⁶ cf. MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 32; STRAUSS (2010b), p. 138; STRAUSS (2008), pp. 973-974.

¹⁶⁷ cf. MERRILL (2008), pp. 979-981; STRAUSS (2008), p. 974.

¹⁶⁸ CALABRESI (2008b), p. 947.

¹⁶⁹ KOZEL (2010), pp. 413-415.

¹⁷⁰ cf. AMAR (2008), pp. 957-967; KOZEL (2010), pp. 411, 413-415; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 125; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 32-33.

¹⁷¹ KOZEL (2010), pp. 416-449; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 34-41.

¹⁷² KOZEL (2010), pp. 465-466; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 126-127; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 41-52; SINCLAIR (2007), p. 365.

¹⁷³ SINCLAIR (2007), pp. 410-411.

¹⁷⁴ Présomption en faveur du précédent, AMAR (2008), pp. 965-966; "net benefits", MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p.124; "benefits", MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 4.

decisis se trouvent souvent et davantage dans la doctrine abordant le rôle des précédents dans le contexte de l'*originalism*¹⁷⁵ qui est plutôt critique envers le principe de *stare decisis* et arrive même à lui nier son utilité en général.¹⁷⁶

En résumé, il faut donc constater que le principe de *stare decisis*, voire le respect des précédents, offre, dans sa conception, une autre possibilité de limite au pouvoir créateur du juge constitutionnel. La doctrine démontre cependant que cette limite est, notamment pour la Cour suprême comme cour constitutionnelle, une limite très souple qui oscille beaucoup entre stabilité et flexibilité.¹⁷⁷ Il sera donc par la suite intéressant de voir quelle approche vis-à-vis des précédents a choisi la Cour suprême dans sa jurisprudence récente.

2) Considération des précédents dans la pratique de la Cour suprême américaine

Pour l'analyse de la valeur accordée aux précédents dans la pratique actuelle de la Cour suprême seront traités deux cas relativement récents dans deux domaines controversés qui s'inscrivent chacun dans une série de précédents contestés.

a. *Lawrence v. Texas* : un précédent homophobe

La question soulevée dans l'arrêt *Lawrence v. Texas* du 2003¹⁷⁸ est de savoir si la condamnation pénale de deux hommes pour « sodomie homosexuelle » et la loi du Texas à la base sont anticonstitutionnelles en ce qu'elles violeraient le *substantive due process* du XIV^e amendement.¹⁷⁹

Dans l'examen de cette question, la Cour suprême est confrontée à un précédent du 1986, *Bowers v. Hardwick*¹⁸⁰, dans lequel la majorité de la Cour avait conclu qu'une loi analogue en Géorgie n'était pas anticonstitutionnelle, dans la mesure où la Constitution ne protégeait pas la liberté de s'impliquer dans certaines pratiques homosexuelles.¹⁸¹ Si la Cour appliquait un principe strict du respect des précédents, elle devrait donc, dans *Lawrence v. Texas*, trancher de la même manière. Or, ce n'est pas l'approche suivie par la majorité des juges.

L'opinion de la Cour explique que la question soulevée est de savoir si la condamnation des requérants (et la disposition de la loi du Texas à la base) viole leur droit à la liberté et à la protection de la vie privée et si pour cela *Bowers v. Hardwick* est à reconsidérer.¹⁸² Se basant tout d'abord sur une série d'arrêts des Cours Warren et Burger, l'opinion établit la reconnaissance, par la Cour, d'un droit à la protection de la vie privée à partir duquel s'est développé jusqu'à la fin des années 1970 un droit plus général à la liberté et à l'autodétermination en ce qui concerne les choix per-

¹⁷⁵ AMAR (2008), pp. 961-969; CALABRESI (2008a), pp. 875-897; CALABRESI (2008b), pp. 947-959; LAWSON (2007), pp. 3-4; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 121-124; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 27-32.

¹⁷⁶ CALABRESI (2008b), p. 947; cf. COLBY/SMITH (2009), pp. 260-261; LAWSON (2007), pp. 3-4; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 122; SINCLAIR (2007), p. 367.

¹⁷⁷ SINCLAIR (2007), p. 372.

¹⁷⁸ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 564 (2003).

¹⁸⁰ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 186-187 (1986).

¹⁸¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁸² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 564 (2003).

sonnels dans la sphère sexuelle.¹⁸³ Ayant déterminé de cette manière l'état de la jurisprudence avant l'arrêt *Bowers v. Hardwick*, le juge Kennedy, dans l'opinion de la Cour, déclare que la majorité dans *Bowers v. Hardwick* s'est basée sur un raisonnement faux, de telle sorte qu'elle n'a pas reconnu les droits des personnes homosexuelles et n'a donc pas saisi l'importance de la liberté en cause.¹⁸⁴

Ayant critiqué *Bowers v. Hardwick* comme étant faux et démontrant un jugement de valeur morale, l'opinion de la Cour continue en mettant l'accent sur le changement d'attitude de la société envers l'homosexualité survenu depuis cet arrêt de 1986 aux Etats-Unis comme en Europe.¹⁸⁵ Ce deuxième argument justifie ainsi le rejet de *Bowers v. Hardwick* en soulignant le changement des circonstances à la base du précédent. Est soulevé ensuite explicitement le problème du rejet d'un précédent aussi récent que *Bowers v. Hardwick*. L'opinion réaffirme l'importance du principe de *stare decisis*, relevant aussitôt qu'il ne s'agit pas d'un mécanisme rigide et implacable mais d'un principe indicatif.¹⁸⁶ Par ailleurs, il est ajouté que la Cour, en ce qui concerne le respect des précédents en matière de liberté personnelle, devrait se modeler sur l'acceptation du précédent dans la société. Mettant en question la confiance de la société américaine en *Bowers v. Hardwick*, la majorité considère que l'abandon de ce précédent serait également justifié du point de vue du principe de *stare decisis*.¹⁸⁷

L'opinion concordante de la juge O'Connor est également importante compte tenu de son attitude face au principe de *stare decisis*. En 1986, la juge avait fait partie de la majorité dans *Bowers v. Hardwick*¹⁸⁸ et (signe de cohérence personnelle ?) elle refuse de suivre l'opinion de la Cour dans *Lawrence v. Texas* en ce qui concerne le rejet du précédent.¹⁸⁹ De son point de vue, le cas présent se distingue du précédent, dans la mesure où la loi du Texas en cause ne pénalise que la sodomie homosexuelle, alors que la loi de la Géorgie, objet de *Bowers v. Hardwick*, avait condamné la sodomie en général. Pour la juge O'Connor, les deux cas se distinguent si *Lawrence v. Texas* est jugé, non pas sur la base du droit à la vie privée, mais sur la base de l'égalité de traitement.¹⁹⁰ Cette solution différente de celle présentée par la majorité lui permet de déclarer anticonstitutionnelle la loi du Texas sans être obligée de rejeter le précédent de *Bowers v. Hardwick*.

L'opinion dissidente du juge Scalia dans cet arrêt est en majeure partie un reproche fait à la Cour pour n'avoir pas suivi un précédent tellement récent et pertinent, et s'être comportée de façon contraire à la nécessité de stabilité dans la jurisprudence de la Cour suprême.¹⁹¹ Que le respect des précédents soit nécessaire pour assurer une stabilité n'est pourtant pas un argument émanant de la conviction personnelle du juge Scalia¹⁹² ; en effet, c'est une citation littéraire de l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*¹⁹³, écrit et soutenu par la même majorité que *Lawrence v. Texas* seulement

¹⁸³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 564-566 (2003).

¹⁸⁴ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 566-571 (2003).

¹⁸⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 576-577 (2003).

¹⁸⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003).

¹⁸⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577-578 (2003).

¹⁸⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

¹⁸⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 579 (2003).

¹⁹⁰ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 579-583 (2003).

¹⁹¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 586 (2003).

¹⁹² *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 587 (2003).

¹⁹³ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 844 (1992).

neuf ans auparavant pour justifier le respect du précédent *Roe v. Wade*¹⁹⁴.¹⁹⁵ L'opinion dissidente, plus qu'un appel en faveur du respect des précédents, est donc une accusation de la majorité libérale suspectée de se comporter de façon incohérente dans le traitement de deux précédents contestés, chacun touchant des questions de morale sensibles.¹⁹⁶

L'arrêt *Lawrence v. Texas* met donc en relief de façon exemplaire la manière dont la Cour suprême peut rejeter un précédent, et révèle certains aspects centraux du traitement des précédents par celle-ci. D'un côté, l'arrêt, et surtout l'opinion concordante, soulignent l'importance accordée aux précédents comme source de légitimité et de crédibilité de tout argument de la Cour et, par conséquent, comme source de droit qu'il ne faudrait en principe pas rejeter. De l'autre côté, la manière relativement facile dont l'opinion de la Cour rejette le précédent, et le tour-de-passe avec lequel l'opinion concordante distingue *Bowers v. Hardwick* de *Lawrence v. Texas*, dévoilent que le respect d'un précédent considéré comme faux, injuste ou inconvenant n'est pas trop élevé. Comme conséquence inévitable, le traitement des précédents par la Cour est au moins en partie incohérent et très clairement influencé par les opinions personnelles des juges.

b. *Gonzales v. Carhart* : l'héritage de *Roe v. Wade*

*Gonzales v. Carhart*¹⁹⁷ est l'arrêt le plus récent d'une série de décisions de la Cour suprême en matière d'avortement, s'inscrivant toutes dans l'histoire de *Roe v. Wade*.¹⁹⁸ Cet arrêt de la Cour de 1973, dans une opinion du juge Blackmun, avait reconnu le droit d'une femme à interrompre sa grossesse comme expression du droit à la vie privée découlant du *substantive due process* reconnu par le XIV^e amendement.¹⁹⁹ La création d'un droit à l'avortement établi dans cet arrêt a, dès sa reconnaissance, divisé la doctrine et la société américaine comme peu d'autres décisions. Ainsi les controverses acharnées qui se sont créées entre les deux camps opposés²⁰⁰, n'ont pas perdu de leur validité pendant les quarante ans depuis que *Roe v. Wade* a été rendu.²⁰¹ Encore aujourd'hui, l'arrêt est considéré par ses opposants comme l'incarnation d'un produit d'une cour activiste²⁰², les auteurs et juges sont définis en fonction de leur position par rapport à *Roe v. Wade*²⁰³, et l'arrêt est même, d'une certaine manière, même devenu le critère déterminant pour le choix des juges de la Cour suprême par les présidents conservateurs.²⁰⁴

En raison de cette forte controverse autour de *Roe v. Wade*, il faut souligner que, même si la Cour est devenue plus conservatrice depuis 1973, l'essence de *Roe v. Wade* a survécu malgré toutes ses remises en question. Cela ne signifie pas que *Roe v. Wade* n'ait pas été touché : dans plusieurs arrêts, la Cour suprême s'est montrée peu encline à déclarer anticonstitutionnelles de nombreuses lois étatiques limitant *Roe v. Wade*, imposant de cette façon des restrictions considérables au droit

¹⁹⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁹⁵ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

¹⁹⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 587-592 (2003).

¹⁹⁷ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007).

¹⁹⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁹⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152-154 (1973).

²⁰⁰ Controverses entre les camps *pro-life* et *pro-choice*, conservateurs et libéraux.

²⁰¹ CALABRESI (2008a), pp. 884-885; cf. GREENBURG (2007), pp. 78-79.

²⁰² CALABRESI (2008a), pp. 884-885.

²⁰³ COLUCCI (2009), p. 38; GREENBURG (2007), p. 103; MERRILL (2008), p. 977.

²⁰⁴ cf. GREENBURG (2007), pp. 101, 110, 221-226; MERRILL (2008), p. 977; TOOBIN (2007), pp. 53, 62-63, 327, 341-343, 407.

à l'avortement.²⁰⁵ En outre, l'approche de *Roe v. Wade*, basée sur un modèle de trimestres et un test de « *strict scrutiny* »²⁰⁶, a été abandonnée dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*²⁰⁷ en faveur d'une distinction entre pré et post-viabilité et un « *undue burden test* ».²⁰⁸ En 2007 encore, l'arrêt de 1973 continuait tout de même à déployer ses effets comme précédent et référence de base en matière d'avortement.²⁰⁹ Le cas *Gonzales v. Carhart* s'insère donc dans ce contexte très sensible, où chaque arrêt soulève la question fondamentale de savoir si *Roe v. Wade* sera (enfin) rejeté.

L'objet de l'affaire *Gonzales v. Carhart* est la constitutionnalité d'une loi fédérale²¹⁰ interdisant les dits *partial-birth abortions*²¹¹, ce qui signifie une forte ressemblance du cas avec l'arrêt *Stenberg v. Carhart* de 2000.²¹² Dans ce dernier la Cour suprême avait déclaré anticonstitutionnelle une loi du Nebraska interdisant une telle pratique parce qu'elle présentait un obstacle excessif aux femmes concernées.²¹³ Vu cet arrêt, il s'imposerait donc, selon la règle du respect des précédents, de traiter une loi très semblable de la même manière et de décider *Gonzales v. Carhart* comme *Stenberg v. Carhart*. Toutefois, ce n'est pas l'opinion de la majorité de la Cour suprême.

L'opinion écrite par le juge Kennedy frappe par sa prise de distance, dès le début de celle-ci, vis-à-vis de l'arrêt *Stenberg v. Carhart*. En revanche, un accent très fort est mis sur l'intérêt légitime de l'Etat à protéger la vie prénatale, intérêt qui se trouve exprimé (en dehors d'autres intérêts) dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*.²¹⁴ En interprétant cet arrêt comme un précédent essentiel pour la légitimité de la protection de la vie prénatale, et comme relativisation de *Roe v. Wade*, l'opinion vise à savoir si la loi en cause protège cet intérêt de l'Etat sans causer un obstacle substantiel au droit de la femme à recourir à un avortement.²¹⁵ Un tel obstacle (*undue burden*) pourrait résulter de deux spécificités de la loi mise en cause: d'un côté, de la restriction du choix de la femme à recourir à un avortement dans la phase de pré-viabilité, et, de l'autre côté, du manque de clause d'exception en cas de danger pour sa santé. Ces deux obstacles potentiels sont ainsi identiques à ceux identifiés comme problématiques (et enfin anticonstitutionnels²¹⁶) dans l'arrêt *Stenberg v. Carhart* prononcé en 2000. L'opinion de la Cour souligne cependant à nouveau sa position selon laquelle l'affaire en cause se distinguerait de l'arrêt *Stenberg v. Carhart* du fait que la loi en cause ne concernerait qu'une pratique d'avortements plus restreinte.²¹⁷ En ce qui concerne la question de savoir si la loi en cause présente un obstacle au droit de la femme à recourir à un avortement dans le stade de pré-viabilité, l'opinion de la Cour reconnaît ce droit affirmé dans *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood v. Casey*, mais le met tout de suite en balance avec de nombreux

²⁰⁵ *Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England*, 546 U.S. 320 (2006); *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991); *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989); *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980).

²⁰⁶ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 162-166 (1973).

²⁰⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

²⁰⁸ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 869-879 (1992).

²⁰⁹ GREENBURG (2007), p. 163; TOOBIN (2007), p. 161.

²¹⁰ Partial-Birth Abortion Ban Act, 18 U.S.C. §1531 (2003).

²¹¹ Sur cette méthode d'avortement, cf. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 927-928 (2000).

²¹² *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000).

²¹³ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 914-918 (2000).

²¹⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 846 (1992).

²¹⁵ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, p.16.

²¹⁶ *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914, 914-918 (2000).

²¹⁷ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, pp. 20-24.

intérêts légitimes de l'Etat.²¹⁸ Ces intérêts étant considérés comme substantiels et en outre favorables à la femme, la loi n'est pas perçue comme imposant un poids excessif à son libre choix de recourir à un avortement avant la viabilité de l'enfant.²¹⁹ L'opinion de la Cour décide donc de distinguer d'abord le cas du précédent apparemment le plus pertinent, puis elle relativise les principes établis dans d'autres précédents en mettant en place une nouvelle opportunité de pesée des intérêts.

Par la suite, la Cour se demande si un poids excessif pour la femme pourrait résulter du manque de clause d'exception permettant l'application de la méthode d'avortement pour protéger sa santé dans des cas exceptionnels. Un tel manque d'exception de santé avait été la raison principale qui avait motivée la décision de la majorité dans l'arrêt *Stenberg v. Carhart*, mais la majorité, dans *Gonzales v. Carhart*, ne veut apparemment pas suivre cette argumentation de la Cour. Elle invoque à cette fin des positions médicales qui nient l'utilité de la méthode d'avortement en cause comme moyen de protéger la santé de certaines femmes dans certaines conditions. L'opinion relativise ainsi l'évidence médicale en faveur de l'utilisation exceptionnelle de cette méthode et soulève une incertitude médicale sur le point. Il en est tiré la conclusion minimaliste que, les médecins n'étant pas d'accord, la Cour ne pouvait pas intervenir.²²⁰ Par ailleurs, il est ajouté qu'en tout cas d'autres méthodes d'avortement sûres restaient à la disposition des femmes²²¹ et qu'une clause d'exception n'était donc pas nécessaire.²²² L'opinion de la majorité (sans être émise ouvertement) explique donc son départ du précédent *Stenberg v. Carhart* par une évidence factuelle différente et une décision (controversée et également contraire au précédent) ainsi prise parce qu'en cas de doute, ce ne pourrait pas être à la Cour d'annuler une loi fédérale. Par conséquent, la loi est déclarée constitutionnelle et en ligne avec tous les précédents en matière d'avortement, déclaration qui invite le juge Thomas (joint par le juge Scalia) à ajouter dans une opinion concordante que *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood v. Casey* n'ont pas de base constitutionnelle.²²³

En ce qui concerne le respect des précédents, il est aussi intéressant de noter l'opinion dissidente de la juge Ginsburg qui accuse la majorité de déshonorer les précédents²²⁴ et de refuser de prendre au sérieux les arrêts *Planned Parenthood v. Casey* et *Stenberg v. Carhart*.²²⁵ Quant à l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*, l'opinion relève que cet arrêt avait confirmé *Roe v. Wade* dans son essence, qui consiste en la reconnaissance de l'autodétermination de la femme en ce qui concerne sa décision d'avoir ou non un enfant ; décision qui serait l'expression fondamentale de sa personnalité, de sa dignité et son égalité.²²⁶ La juge Ginsburg interprète ainsi ce précédent d'une manière tout à fait différente de celle du juge Kennedy, soulignant dans ce contexte l'importance d'une clause d'exception pour protéger la santé de la femme comme critère de constitutionnalité.²²⁷ Par la suite, l'opinion critique notamment la négation éliminée de la nécessité d'une clause d'exception

²¹⁸ Evoqués sont les intérêts de protéger l'intégrité de la profession médicale et de promouvoir le respect de la vie humaine, ainsi que le respect du « lien d'amour » entre une femme et son enfant et la protection des intérêts de la femme dans la mesure où la femme pourrait regretter sa décision d'avorter, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, pp. 26-30.

²¹⁹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, p. 30.

²²⁰ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, pp. 30-35.

²²¹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, p. 34.

²²² *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, pp. 35, 37.

²²³ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion de la Cour, p. 39.

²²⁴ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, p. 15.

²²⁵ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, p. 3; cf. TOOBIN (2007), p. 383.

²²⁶ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, pp. 2, 3-4.

²²⁷ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, p. 2; cf. GREENBURG (2007), p. 179.

(pour la première fois depuis *Roe v. Wade*)²²⁸ et le langage moralisant et réactionnaire par rapport à l'image de la femme dans la société.²²⁹ En bref, l'opinion de la majorité est perçue comme étant évidemment hostile à *Roe v. Wade* et *Planned Parenthood v. Casey*, mettant ainsi en danger le respect des arrêts et des principes y établis²³⁰. C'est d'ailleurs une estimation partagée dans plusieurs articles et commentaires sur l'arrêt.²³¹

L'arrêt *Gonzales v. Carhart* est donc un autre exemple de traitement des précédents dans un domaine controversé. Comme auparavant dans *Lawrence v. Texas*, l'arrêt révèle l'importance accordée aux précédents comme ligne d'argumentation de la Cour suprême ; est aussi réaffirmé le prétendu respect des précédents par la Cour. Cependant, avec ses techniques de *distinguishing* et d'interprétation conforme des précédents, *Gonzales v. Carhart*, encore plus que l'opinion concordante dans *Lawrence v. Texas*, est une démonstration de la façon dont la Cour suprême peut s'écarter de précédents encombrants sans le déclarer ouvertement.

3) Bilan

Comme évoqué au début du chapitre, la Cour suprême américaine, bien qu'il ne s'agisse pas d'une cour de *common law* classique, reste attachée au principe de *stare decisis*. Ce principe a essentiellement comme fonction la garantie de la sécurité juridique et, par conséquent, une limitation du juge dans son pouvoir créateur. La doctrine américaine soulève le fait que les précédents aux Etats-Unis ne sont pas suivis de manière trop stricte, ce qui laisse aux cours, notamment à la Cour suprême, une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne le respect des précédents. Cette latitude de la Cour est considérée comme un avantage par certains auteurs et comme un désavantage, voire même un danger par d'autres, qui critiquent la Cour suprême pour un manque de cohérence et d'objectivité dans son application du principe de *stare decisis*. Ces points soulevés par la doctrine se reflètent dans les deux arrêts de la Cour suprême discutés précédemment, qui révèlent trois aspects fondamentaux par rapport au traitement des précédents par la Cour suprême américaine.

Premièrement, l'importance accordée aux précédents et la crédibilité d'un raisonnement basé sur le respect du principe de *stare decisis* se dévoilent de toute évidence. Même s'il faut admettre que *Lawrence v. Texas* comme *Gonzales v. Carhart* concernent des droits développés par la jurisprudence sous le *substantive due process* du XIV^e amendement et sont donc, de par leur nature, calés sur les précédents, c'est une observation que l'on peut faire en général. La Cour, confrontée à un cas, va tout naturellement se pencher sur ses précédents, même si elle ne va pas toujours les suivre.²³² Il n'est donc certainement pas juste de dire que la pratique de la Cour suprême ne suit pas le principe de *stare decisis*.

Deuxièmement, les arrêts *Lawrence v. Texas* et *Gonzales v. Carhart* démontrent, au moins en apparence, une répugnance traditionnelle très forte à écarter un précédent. Dans *Gonzales v. Car-*

²²⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, p.13.

²²⁹ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, pp.18-20.

²³⁰ cf. la critique au choix du verbe *assume* au lieu de *confirm*, *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion dissidente Ginsburg, pp. 19-20.

²³¹ CHARO (2007), pp. 2125-2128; GREENHOUSE (2007); TOOBIN (2007), p. 385.

²³² MERRILL (2008), pp. 978-979.

hart, la Cour pourrait rejeter les arrêts *Stenberg v. Carhart* tout comme *Planned Parenthood v. Casey* et *Roe v. Wade*, mais elle décide d'y renoncer. De la même manière, dans *Lawrence v. Texas*, l'opinion concordante réussit à garder *Bowers v. Hardwick*, et même la majorité, qui dans son approche s'écarte du précédent, prend la peine de justifier son rejet de manière objective. Toutefois, les argumentations de la majorité dans *Lawrence v. Texas* et la technique du *distinguishing*²³³ utilisée dans l'opinion de la Cour dans *Gonzales v. Carhart* et dans l'opinion concordante dans *Lawrence v. Texas* dévoilent que, *de facto*, le respect des précédents est probablement beaucoup moins accentué que ce que la Cour essaie de faire paraître. Si les juges ne veulent pas suivre un précédent, ils trouveront toujours un moyen de l'ignorer, le distinguer ou le rejeter implicitement. Les critiques ont donc raison de dire que le principe de *stare decisis* ne limite pas forcément la Cour suprême dans les domaines sensibles, même si on doit relativiser ce constat du fait que les cas comme *Lawrence v. Texas* ou *Gonzales v. Carhart*, aussi controversés, sensibles et tellement enclins à rejeter un précédent, semblent rares.

Enfin, comme le soulèvent une partie de la doctrine et les opinions dissidentes dans les deux arrêts, le traitement des précédents par la Cour est parfois effectivement incohérent et sans doute influencé par les opinions personnelles des juges. Il est donc compréhensible que partie de la doctrine veuille objectiver l'approche aux précédents par la Cour suprême. Cependant, on peut se demander si de tels efforts d'objectivisation et de schématisation pourront être effectifs. Le principe de *stare decisis* n'est, ni en théorie, ni en pratique, un principe rigide et schématique, mais un instrument souple qui confère aux juges une certaine latitude dans leur choix de respecter ou non un précédent. Et que l'on veuille admettre ou non, cette latitude accordée aux juges dans la décision d'un cas concret sera toujours, d'une certaine manière, influencée par leurs opinions personnelles, leurs philosophies constitutionnelles et leurs convictions religieuses, morales et éthiques.

²³³ cf. VON MEHREN/MURRAY (2007), pp.43-44.

III) Imbrication des deux approches

Après avoir traité séparément les deux approches proposant une limite objective au pouvoir créateur du juge constitutionnel américain, l'objet est maintenant d'analyser l'imbrication entre les deux limites proposées. La raison pour cela est le fait qu'il est, en pratique, impossible de faire abstraction des interdépendances entre les différentes approches qui parfois se complètent et parfois s'opposent. Dans ce cadre plus global se pose notamment le problème du précédent non-originaliste, qui est lié à la question d'une hiérarchisation possible des différentes approches d'interprétation constitutionnelle existantes.

Une grande partie des questions d'interprétation constitutionnelle peut être basée sur une interprétation du texte historique mais également sur l'analyse des précédents de la Cour suprême, et tout juge fonde partie de ses arguments sur la Constitution historique écrite, comme sur le principe de *stare decisis*.²³⁴ Ce sont des positions tout à fait normales ; on ne pourrait donc pas parler de juges (ou auteurs) uniquement fidèles à la signification historique, d'un côté, et d'autres uniquement fidèles aux précédents, de l'autre côté.²³⁵ Pourtant, dans une affaire concrète, être fidèle en même temps à la signification originale de la Constitution et aux précédents de la Cour suprême peut poser des problèmes. Ceci dans la mesure où l'interprétation historique d'une disposition constitutionnelle peut mener à un résultat opposé à celui obtenu lors de l'application des précédents de la Cour. Ce dilemme est le mieux illustré par l'arrêt *Brown v. Board of Education* de 1954. Cette décision qui avait mis fin à la ségrégation raciale dans les écoles publiques en la déclarant contraire à l'*equal protection clause* du XIV^e amendement²³⁶ est aujourd'hui vue comme un des arrêts phares de l'histoire de la Cour suprême, un précédent que l'on doit respecter.²³⁷ Toutefois, il est également clair que les auteurs du XIV^e amendement, au XIX^e siècle, ne considéraient pas comme anticonstitutionnelle la séparation stricte entre citoyens noirs et blancs ; cette clause ne pouvait donc pas être comprise en ce temps-là comme interdisant la ségrégation raciale.²³⁸ La question qui se pose est ainsi de savoir si l'interprétation correcte de l'*equal protection clause* devrait suivre l'arrêt *Brown v. Board of Education* ou bien la signification historique de la clause du XIX^e siècle.²³⁹

Le problème du dilemme entre les résultats contradictoires de deux interprétations différentes est débattu dans la doctrine essentiellement comme controverse entre *originalism* et précédent ; il est parfois appelé « problème du précédent non-originaliste » (*problem of non-originalist precedent*).²⁴⁰ Le débat concerne la question de savoir si l'*originalism* devrait céder sa place à des précédents et dans quelle étendue, sous quelles conditions et selon quel schéma une telle relativisation de l'approche originaliste serait envisageable. Les réponses au problème des différents auteurs originalistes sont assez diverses. Tout d'abord, il existe des originalistes stricts qui considèrent que le principe de *stare decisis* ne devrait (presque) jamais intervenir dans l'interprétation constitutionnelle. Selon leur conception, le respect des précédents n'est ni légitime, ni démocratique, car ce principe ne serait pas prévu dans la Constitution et ne respecterait pas le procès et la

²³⁴ MERRILL (2008), p. 978.

²³⁵ MERRILL (2008), pp. 978-979.

²³⁶ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

²³⁷ STRAUSS (2010a), pp. 78.

²³⁸ STRAUSS (2010a), pp. 12-15, 78; STRAUSS (2008), p. 971.

²³⁹ cf. STRAUSS (2010a), pp. 12-13, 85-92.

²⁴⁰ FALLON (2001), pp. 15-17.

volonté démocratique.²⁴¹ Par ailleurs, ces auteurs soulignent que de nombreux précédents originalistes étaient de mauvaises décisions²⁴² et que la Cour suprême elle-même ne suit pas une approche basée sur le respect du principe de *stare decisis*.²⁴³

Même si ces doutes en matière de légitimité sont souvent évoqués en relation avec le respect des précédents²⁴⁴, tous les auteurs ne vont pas aussi loin, dans leurs arguments, pour effectivement nier la validité du principe de *stare decisis*. Beaucoup de voix dans la doctrine originaliste sont ainsi d'avis que l'*originalism* peut se concilier avec le respect des précédents et que les deux approches ne sont pas contradictoires mais légitimes et souvent complémentaires.²⁴⁵ Il s'ensuit pour cette partie de la doctrine qu'une approche cohérente et systématique dans cet exercice de conciliation des deux théories est nécessaire, car une manière d'agir au cas par cas confèrerait trop de pouvoir aux juges et serait ainsi trop dangereuse.²⁴⁶ Un exemple à nommer dans ce contexte est l'approche normative au précédent, déjà évoquée auparavant²⁴⁷, qui évalue les avantages respectifs concrets des deux approches, et identifie ainsi les situations dans lesquelles le respect des précédents, étant plus avantageux, devrait primer sur une interprétation originaliste et *vice versa*.²⁴⁸ Une autre proposition ayant le même but vise à traiter le principe de *stare decisis* comme les lois étatiques et à partir ainsi d'une présomption de validité des précédents qui, pourtant, pourrait être démentie en démontrant la fausseté de la décision.²⁴⁹

Ce débat sur le précédent non-originaliste est certes l'une des controverses au cœur du débat sur l'*originalism*, notamment car toute relativisation de cette approche absolue a tendance à remettre en cause sa validité.²⁵⁰ Néanmoins, il serait faux de percevoir la controverse seulement sous cet angle originaliste. Le problème du précédent non-originaliste n'est enfin qu'une facette de la discussion sur la question fondamentale de la valeur à accorder au principe de *stare decisis* et sur la possibilité de préférer à ce principe un autre système à appliquer dans la juridiction constitutionnelle.²⁵¹ Les positions dans la doctrine sur ce sujet sont nombreuses, très diverses et ne montrent pas un vrai consensus. Notamment, il n'est pas clairement exposé comment le choix entre les différentes approches devrait être fait et s'il faudrait établir une hiérarchie schématique entre le respect des précédents et les autres théories d'interprétation constitutionnelle.²⁵²

Dans la pratique de la Cour suprême, se dessine en revanche une systématique, dans l'approche, assez claire. La Cour, dans l'écrasante majorité de ses cas, après avoir identifié l'objet du litige et les dispositions constitutionnelles en cause, se plonge dans une analyse des précédents pertinents.²⁵³ C'est une approche à observer dans les deux arrêts *Lawrence v. Texas* et *Gonzales v. Carhart* concernant l'interprétation du *substantive due process*, mais elle est également valide

²⁴¹ CALABRESI (2008b), p. 947-951; LAWSON (2007), pp. 3-4, 6-7, 13-14, 22; cf. MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 121, 122-124; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), p. 1.

²⁴² cf. CALABRESI (2008a), pp. 884-885; cf. REHNQUIST (2006), pp. 409-412.

²⁴³ CALABRESI (2008b), p. 947.

²⁴⁴ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 121, 122-124; STRAUSS (2010a), pp. 46-49.

²⁴⁵ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 122-124; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 1-2;

²⁴⁶ AMAR (2008), pp. 962, 965-967.

²⁴⁷ cf. chap II 1.

²⁴⁸ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), pp. 124-127; MCGINNIS/RAPPAPORT (2009), pp. 29-34.

²⁴⁹ AMAR (2008), p. 965.

²⁵⁰ MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 121; cf. STRAUSS (2010a), p. 17.

²⁵¹ cf. MERRILL (2008), p. 979.

²⁵² cf. chap. II.

²⁵³ MERRILL (2008), pp. 978-979; STRAUSS (2010a), p. 33.

pour des cas concernant des dispositions constitutionnelles plus « écrites » comme le montrent par exemple des arrêts en matière de liberté religieuse²⁵⁴ ou de liberté d'expression²⁵⁵ contenues dans le I^{er} amendement. La méthode d'analyse constitutionnelle de la Cour suprême est donc toujours très influencée par la méthodologie de la *common law* qui consiste à discuter, interpréter et enfin déclarer comme pertinents ou non les précédents. Cependant, ceci ne revient pas à dire que la Cour suprême suive toujours ses décisions antérieures. Comme le révèlent les arrêts *Lawrence v. Texas*, de même que *Gonzales v. Carhart*, la Cour dispose de différents moyens permettant d'écarter un précédent, soit en le rejetant expressément, soit en le distinguant ou en l'interprétant d'une façon convenable. Ce qui est en outre intéressant dans les deux cas mentionnés, est le fait qu'il ne s'agisse pas de domaines qui excluraient une argumentation originaliste. Les deux arrêts concernent des aspects d'un droit développé par la jurisprudence, notamment par la Cour Warren, sur la base du XIV^e amendement, jurisprudence que la théorie originaliste rejette car elle serait trop créatrice.²⁵⁶ L'opinion dissidente du juge Thomas dans *Lawrence v. Texas* et son opinion concordante dans *Gonzales v. Carhart* contiennent ainsi des positions originalistes ; toutefois, dans *Lawrence v. Texas*, l'argument originaliste est très marginalisé et n'y sont faits que des allusions²⁵⁷, et, dans *Gonzales v. Carhart*, la position originaliste est simplement présentée, mais non développée.²⁵⁸ Par ailleurs, même si les précédents sont peu pertinents (comme c'est le cas pour *U.S. v. Miller* dans *D.C. v. Heller*), ils font quand même l'objet d'une brève analyse par la Cour. Il est donc visible que la Cour suprême accorde une forte préférence aux précédents: partout où il est possible de baser l'argument sur une discussion des précédents, c'est cette approche qui sera choisie.

En se tournant vers l'arrêt *D.C. v. Heller*, il est remarquable, mais peu surprenant, que l'opinion la plus explicitement et presque entièrement originaliste de la Cour suprême se situe dans un contexte où, en 2008, il n'y avait encore aucune contrainte interprétative liée à des précédents pertinents ou à une interprétation préexistante claire de la clause confuse. Cela donne une forte présomption que l'*originalism* est, pour la Cour, une véritable approche secondaire qui trouve sa place davantage en l'absence de précédents pertinents. S'ajoute à cette hypothèse l'observation faite dans les arrêts *McCreary County v. ACLU* et *Van Orden v. Perry*. Ces deux arrêts concernent l'interprétation d'une clause également ambiguë, qui – contrairement au II^e amendement – fait l'objet de beaucoup d'interprétations. Ces nombreuses interprétations par la Cour suprême ne sont pourtant pas uniformes et sont donc très contestées. Il s'ensuit que l'*originalism* peut aussi fleurir (même si, dans ces cas-là, avec moins de succès) dans le cadre d'une jurisprudence abondante mais peu cohérente qui offre de cette façon également peu de clarté au niveau des précédents.

Alors que l'*originalism* prend une position primordiale dans la doctrine et dans le débat actuel, la jurisprudence de la Cour suprême semble donc accorder une importance nettement supérieure à des raisonnements basés sur ses propres précédents, limitant ainsi l'application de l'*originalism* à des domaines sans précédents ou avec une jurisprudence confuse. Cette préférence claire accordée à une approche basée sur les précédents est probablement moins accentuée en ce qui concerne les

²⁵⁴ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005), opinion de la Cour, pp. 10-12; *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290, 301-305 (2000).

²⁵⁵ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U.S. _ (2011), opinion de la Cour, pp. 2-7; *Snyder v. Phelps*, 562 U.S. _ (2011), opinion de la Cour, pp. 5-8; *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343, 358-360 (2003).

²⁵⁶ COLBY/SMITH (2009), p. 266; GOLDFORD (2005), pp. 20-24, 154; O'NEILL (2005), p. 1.

²⁵⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 591, 598, 605-606 (2003).

²⁵⁸ *Gonzales v. Carhart*, 550 U.S. 124 (2007), opinion concordante Thomas, p. 1.

opinions dissidentes et concordantes. Il est remarquable que plusieurs opinions dissidentes et concordantes des juges Thomas et Scalia fondent leurs raisonnements sur l'*originalism*, alors que la majorité argumente sur la base des précédents.²⁵⁹ Pourtant, ces opinions, souvent extrêmes et ouvertement contraires à des précédents clairs de la Cour, n'ont pas (encore) de succès auprès d'une majorité de juges de la Cour suprême, et c'est donc probablement un phénomène à considérer comme une dérive extrême de certaines personnalités magistrales plutôt que comme un comportement expressif de la Cour.²⁶⁰

Ces observations révèlent que même si l'*originalism* se présente comme une limite claire et objective au juge constitutionnel et rencontre ainsi beaucoup de succès en doctrine comme au sein des cercles conservateurs²⁶¹, ce n'est pas une approche tellement puissante dans la réalité de la Cour suprême qui s'oriente davantage à ses propres décisions. Que la Cour argumente plutôt sur la base des précédents est, au premier abord, un comportement naturel : il est plus cohérent et plus pragmatique de vouloir juger une situation de la même manière qu'elle l'a déjà été auparavant, plutôt que de s'interroger – démarche souvent très difficile et peu juridique – sur la façon dont une disposition historique était comprise il y a plus de deux cents ans.²⁶² En outre, suivre une ligne de précédents est aussi plus pratique pour les juges. D'un côté, les précédents sont normalement plus précis et plus denses que les sources historiques²⁶³ et, de l'autre, comme le montre l'analyse de la jurisprudence, le principe des *stare decisis* a l'avantage de présenter une limite très souple et de permettre ainsi au juge une plus grande latitude dans son argumentation.

Cette dernière constatation soulève enfin des questions fondamentales par rapport à la discussion sur les possibles limites du pouvoir créateur du juge constitutionnel. Comme l'ont dévoilé les analyses dans les chapitres I et II, les limites qu'offrent l'*originalism* et le principe de *stare decisis* peuvent restreindre le juge d'une certaine manière, mais elles peuvent également être utilisées comme instruments de création selon leur application dans le cas concret par les différents juges. Compte tenu de la pratique de la Cour suprême sous l'angle de l'imbrication des deux approches, il s'ajoute le constat ultérieur qu'une argumentation sur la base des précédents est l'approche clairement préférée, et que la limite qui pourrait s'appliquer dans la plupart des cas est donc celle, plus souple et moins restrictive, qui laisse plus de marge d'appréciation aux juges.

Dans leur ensemble, ces analyses laissent fortement douter que des théories proposant des limites strictes au pouvoir créateur du juge constitutionnel soient réalistes. Les limites ne sont pas appliquées de façon cohérente et rigoureuse, d'où l'hypothèse que de telles schématisations, dans la mesure où elles échouent en pratique, ne se prêtent pas idéalement à une application par le juge constitutionnel.

²⁵⁹ *Brown v. Entertainment Merchants Association*, 564 U. S. _ (2011); *Baze v. Rees*, 553 U.S. 35 (2008); *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

²⁶⁰ cf. TOOBIN (2012), pp. 246-247; cf. TOOBIN (2007), p. 66.

²⁶¹ DORF (2012), p. 2011; MCGINNIS/RAPPAPORT (2010), p. 121; SCALIA (2008), p. 872.

²⁶² KRAMER (2008), pp. 913-915 ; MERRILL (2008), p. 980; STRAUSS (2010a), p. 43; cf. STRAUSS (2008), p. 973.

²⁶³ MERRILL (2008), p. 980; cf. STRAUSS (2010b), p. 139.

Conclusion

La grande latitude dont dispose le juge constitutionnel américain dans l'application de la Constitution évoque des craintes et crée le besoin de limiter son pouvoir de manière objective. Dans la jurisprudence et le débat actuels, sont proposées essentiellement deux limites possibles au pouvoir créateur du juge, qui sont très différentes l'une de l'autre : la théorie de l'*originalism* et le principe de *stare decisis*. Ces deux limites potentielles reposent sur une vision constitutionnelle tout à fait différente. L'*originalism*, apparu comme théorie conservatrice dans les années 1970, part de l'idée d'une Constitution « morte » qui tient toute sa légitimité de sa ratification par les Américains d'il y a deux cents ans, ce qui signifie que seule la signification historique des dispositions constitutionnelles est légitime. Il en découle que, selon l'*originalism*, le travail du juge se limite à identifier ce seul sens constitutionnel historiquement fixé, ce qui le restreint fortement dans l'interprétation constitutionnelle et empêche qu'il ne prenne en compte des sources non autorisées. Le principe de *stare decisis*, par contre, est un instrument de la *common law* qui, nonobstant la reconnaissance d'un développement du droit par les juges au cours des années, impose au juge de respecter les décisions passées. Selon ce principe, le juge de la Cour suprême est lié aux précédents de la même Cour ; il est ainsi restreint de manière objective dans son pouvoir créateur.

Comme le montrent les débats dans la doctrine actuelle, les deux approches se prêtent potentiellement à limiter le juge constitutionnel en ce qu'elles le lient à des faits objectifs et de cette façon canalisent son argumentation juridique. Pourtant, comme l'évoquent les critiques et le montrent les décisions de la Cour suprême, ces limites possibles n'empêchent pas qu'un juge, dans un cas concret, devienne créateur. En ce qui concerne le principe de *stare decisis*, la jurisprudence montre que même l'existence de précédents pertinents n'empêche pas que les juges s'écarterent, implicitement ou explicitement, d'une décision antérieure. Que ce rejet de précédents puisse notamment être observé dans des domaines controversés est délicat, car le principe de *stare decisis* échoue ainsi à prendre la fonction désirée dans les domaines vus comme nécessitant d'avantage de restriction. Se tournant vers l'*originalism*, la pratique de la Cour suprême permet des observations pareilles. La théorie apparemment claire et neutre est appliquée de façon peu cohérente et très partisane de certaines idées politiques. Il s'ensuit que l'*originalism* ne peut non plus offrir une limite absolue au pouvoir créateur du juge dans des domaines sensibles et que la limite est probablement encore moins objective que ne l'est le principe de *stare decisis*.

En ce qui concerne l'imbrication des deux approches, il est intéressant que l'application des deux limites dans un cas concret puisse mener à des solutions contradictoires, d'où les tentatives en doctrine d'accommoder *originalism* et précédent, voire les précédents avec d'autres méthodes d'interprétation constitutionnelle en général. En regardant la pratique de la Cour suprême sous cet angle, on constate qu'une préférence claire est accordée à des raisonnements basés sur les précédents de la même Cour et que l'*originalism* est utilisé davantage si les précédents ne sont pas pertinents, ou encore, s'il s'agit d'un raisonnement dans une opinion concordante ou dissidente.

Il est donc à conclure que les théories en vue de réduire le pouvoir créateur du juge constitutionnel à une application schématique de certains principes, qui plus que des moyens semblent des fins en soi, sont un échec. Ceci ne revient pas à dire que les approches de l'*originalism* et du respect des précédents soient tout à fait inutiles ; ils ont certes un effet limitatif, mais ne pourront empêcher que dans des domaines controversés, où ni texte, ni précédent n'imposent un résultat unique, les

juges décideront de la manière qu'ils considèrent la plus juste. Parvenir à une solution juste n'est pas une activité strictement objective, néanmoins, c'est le devoir des juges constitutionnels et l'essence de leur fonction de gardiens de la Constitution.

Liste des abréviations

ACLU	American Civil Liberties Union
Ave Maria L. Rev.	Ave Maria Law Review
Cin. L. Rev.,	Cincinnati Law Review
Const. Comment.	Constitutional Commentary
D.C.	District of Columbia
Dist.	District
Geo. Mason L. Rev.	George Mason Law Review
Harv. J.L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
NEJM	New England Journal of Medicine
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review (University of California Law Review)
U.S.	United States Reports
U.S.C.	United States Code
Wash. & Lee L. Rev	Washington and Lee Law Review

Bibliographie

1) Monographies

- AMAR, AKHIL REED America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principles We Live By, New York (Basic Books, Perseus Books Group) 2012.
- BAKER, JOHN H. An introduction to English Legal History, 3 éd., London (Butterworths) 1990.
- BALKIN, JACK M. Living Originalism, Cambridge Massachusetts (Harvard University Press) 2011.
- BREYER, STEPHEN Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution, New York (Random House Inc.) 2005.
- BREYER, STEPHEN Americas Supreme Court. Making Democracy Work, Oxford (Oxford University Press) 2010.
- COLUCCI, FRANK J. Justice Kennedy's Jurisprudence: The Full and Necessary Meaning of Liberty, Lawrence (University Press of Kansas) 2009.
- CROSS, RUPERT T. / Precedent in English Law, 4 éd., Oxford (Clarendon Press) 1991.
HARRIS, JAMES W.
- FALLON, RICHARD H. Implementing the Constitution, Cambridge Massachusetts (Harvard University Press) 2001.
- GARNER, BRYAN A. Black's Law Dictionary, 3 éd., St. Paul (Thomson West) 2006.
- GOLDFORD, DENNIS J. The American Constitution and the Debate over Originalism, New York (Cambridge University Press) 2005.
- GREENBURG, JAN C. Supreme Conflict: The Inside Story of the Struggle for Control of the United States Supreme Court, New York (The Penguin Press) 2007.
- HOLLAND, JAMES / Learning Legal Rules, 6 éd., Oxford (Oxford University Press)
WEBB, JULIAN 2009.
- O'NEILL, JOHNATHAN Originalism in the American Law and Politics. A constitutional history, Baltimore (The Johns Hopkins University Press) 2005.
- ROSSUM, RALPH A. Antonin Scalia's Jurisprudence: Text and Tradition, Lawrence (University Press of Kansas) 2006.
- STRAUSS, DAVID A. The Living Constitution, New York (Oxford University Press) 2010 (cit. 2010a).
- TOOBIN, JEFFREY The Oath: The Obama White House and the Supreme Court, New York (Doubleday, Random House Inc.) 2012.
- TOOBIN, JEFFREY The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court, New York (Anchor House, Random House Inc.) 2007.
- VON MEHREN, ARTHUR T. / Law in the United States, 2 éd., Cambridge (Cambridge University Press) 2007.
MURRAY, PETER L.

2) Articles parus dans des revues ou faculty papers

- AMAR, AKHIL REED On Text and Precedent, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 961-967.
- BARNETT, RANDY E. Scalia's Infidelity: A critique of "faint-hearted" Originalism, *in*: U. Cin. L. Rev., Vol. 75 (2006), pp. 7-24.
- CALABRESI, STEVEN G. A critical Introduction to the Originalism Debate, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 875-897 (cit. 2008a).
- CALABRESI, STEVEN G. Text vs. Precedent in Constitutional Law, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 947-959 (cit. 2008b).
- CHARO, R. ALTA The Partial Death of Abortion Rights, *in*: NEJM, Vol. 356 (2007), pp. 2125-2128.
- COLBY, THOMAS B. / SMITH, PETER J. Living Originalism, *in*: DLJ, Vol. 59 (2009), pp. 239-307.
- DAVIS, ELLIOT M. The Newer Textualism: Justice Alito's Statutory Interpretation, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 30, No. 3 (2007), pp. 983-1004.
- DORF, MICHAEL C. The Undead Constitution. Book review, *in*: Harv. L. Rev., Vol. 125 (2012), pp. 2011-2055.
- KOPPELMAN, ANDREW M. Phony Originalism and the Establishment Clause, *in*: Nw. U. L. Rev., Vol. 103, No. 2 (2009), pp. 1-23.
- KOZEL, RANDY J. *Stare Decisis* as Judicial Doctrine, *in*: Wash. & Lee L. Rev., Vol. 67, No. 2 (2010), pp. 411-466.
- KRAMER, LARRY Two (more) Problems with Originalism, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 907-916.
- LAWSON, GARRY Mostly unconstitutional: The case against precedent revisited, *in*: Ave Maria L. Rev., Vol. 5 (2007), pp. 1-22.
- LEIB, ETHAN J. The perpetual Anxiety of Living Constitutionalism, *in*: Const. Comment., Vol. 24 (2007), pp. 353-370.
- LUND, NELSON The Second Amendment, *Heller*, and Originalist Jurisprudence, *in*: UCLA L. Rev., Vol. 56, No. 5 (2009), pp. 1343-1376.
- MCCONNELL, MICHAEL W. Active Liberty: A progressive alternative to Textualism and Originalism?, *in*: Harv. L. Rev., Vol. 119 (2006), pp. 2387-2418.
- MCGINNIS, JOHN / RAPPAPORT, MICHAEL B. Originalism and Precedent, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 34, No. 1 (2010), pp. 121-126.
- MCGINNIS, JOHN / RAPPAPORT, MICHAEL B. Reconciling Originalism and Precedent, *in*: Nw. U. L. Rev., Vol. 103, No. 2 (2009), pp. 1-53.
- MERRILL, THOMAS W. The Conservative Case for Precedent, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 977-981.
- MEYLER, BERNADETTE A. Towards a Common Law Originalism, Cornell Law Faculty Publications, Paper 49, 2006.
- REHNQUIST, WILLIAM H. The Notion of a Living Constitution, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 29, No. 2 (2006), pp. 401-415.
- ROSEN, JEFFREY Originalism and Pragmatism: False Friends, *in*: Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 937-944.

SINCLAIR, MICHAEL	Precedent, Super-Precedent <i>in</i> : Geo. Mason L. Rev., Vol. 14, No. 2 (2007), pp. 363-411.
SOLUM, LAWRENCE B.	<i>District of Columbia v. Heller</i> and Originalism, <i>in</i> : Nw. U. L. Rev., Vol. 103, No. 2 (2009), pp. 923-981.
STRAUSS, DAVID A.	Why Conservatives Shouldn't Be Originalists, <i>in</i> : Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 31, No. 3 (2008), pp. 969-976.
STRAUSS, DAVID A.	Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint, <i>in</i> : Harv. J.L. & Pub. Pol'y, Vol. 34, No. 1 (2010), pp. 137-146 (cit. 2010b).
SUNSTEIN, CASS R.	Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold, <i>in</i> : Harv. L. Rev., Vol. 122 (2008), pp. 246-274.

3) Article de presse

GREENHOUSE, LINDA	Justices Back Ban on Method of Abortion, <i>in</i> : New York Times, 19 avril 2007.
-------------------	---

4) Législation

Partial-Birth Abortion Ban Act, 18 U.S.C. §1531 (2003).

5) Décisions

a. Pas encore publiées dans les *United States Reports*

Ces arrêts seront cités à partir de la version pdf disponible sur.
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us>

Arizona v. United States, 567 U.S. ____ (2012) (Docket No. 11-182).

Miller v. Alabama, 567 U.S. ____ (2012) (Docket No. 10-9646).

National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. ____ (2012) (Docket No. 11-363).

Snyder v. Phelps, 562 U.S. ____ (2011) (Docket No. 09-751).

Brown v. Entertainment Merchants Association, 564 U. S. ____ (2011) (Docket No. 08-1448).

Graham v. Florida, 560 U.S. ____ (2010) (Docket No. 08-7412).

McDonald v. Chicago, 561 U.S. 3025 (2010) (Docket No. 08-1521).

District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008) (Docket No. 07-290).

Baze v. Rees, 553 U.S. 35 (2008) (Docket No. 07-5439).

b. Publiées dans les *United States Reports* mais pas encore online dans cette version officielle

Ces arrêts seront cités à partir de la version pdf disponible sur
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us>

Gonzales v. Carhart, 550 U.S. 124 (2007).

Ayotte v. Planned Parenthood of Northern New England, 546 U.S. 320 (2006).

McCreary County v. American Civil Liberties Union of Kentucky, 545 U.S. 844 (2005).

Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677 (2005).

Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005).

c. Publiées dans les *United States Reports* et online dans cette version officielle

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003).

Stenberg v. Carhart, 530 U.S. 914 (2000).

Santa Fe Independent School Dist. v. Doe, 530 U.S. 290 (2000)

United States v. Lopez, 514 U.S. 549 (1995).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991).

Webster v. Reproductive Health Services, 492 U.S. 490 (1989).

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Stone v. Graham, 449 U.S. 39 (1980).

Harris v. McRae, 448 U.S. 297 (1980).

Carey v. Population Services International, 431 U.S. 678 (1977).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602 (1971).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

United States v. Miller, 307 U.S. 174 (1939).

Déclaration anti-plagiat :

J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

Nom : Prénom :

Lieu : Date :

Signature :