L'amicus curiae devant la Cour suprême des États-Unis

Adja Mbengue

Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/14241>

DOI : 10.4000/revdh.14241

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Adja Mbengue, « *L'amicus curiae* devant la Cour suprême des États-Unis », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 21 | 2022, mis en ligne le 18 janvier 2022, consulté le 26 septembre 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/14241> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.14241>

Ce document a été généré automatiquement le 26 septembre 2022.

Tous droits réservés

L'*amicus curiae* devant la Cour suprême des États-Unis

Adja Mbengue

- 1 En vertu de la règle 37 des Règles de la Cour suprême, l'*amicus curiae* est le tiers, personne physique ou personne morale, qui doit porter à l'attention de la Cour une question qui ne l'a pas été par les parties au principal. Ce tiers intervenant, qui n'a pas d'intérêt juridique ou d'intérêt substantiel à démontrer dans le litige, est utilisé comme un moyen de porter l'opinion publique à la connaissance de la Cour sur une question de droit. Il s'agit donc d'une technique procédurale qui obéit également à une logique politique prédominante.
- 2 **De l'assistant au partisan**
- 3 À la lecture du règlement de la Cour, l'*amicus curiae* est un assistant de la Cour. Il remplit donc, en principe, une fonction juridictionnelle. En effet, le Règles suivies par la Cour suprême, à leur article 37, définissent l'*amicus curiae* comme étant celui qui attire l'attention des juges sur un problème important qui n'a pas été porté à son attention par les parties et qui est d'une aide considérable pour la Cour. L'*amicus curiae* est donc bien distingué du procédé de l'intervention *stricto sensu* qui permet la participation du tiers pour la défense de ses intérêts subjectifs. À cet égard, l'intervention est gouvernée par les Règles de la procédure civile¹. Au terme de cette distinction, il y aurait donc deux utilités de la participation tierce. Implicitement, l'*amicus curiae* obéirait à une logique qui différerait de la défense d'intérêts subjectifs. L'*amicus curiae* aurait une fonction juridictionnelle² alors que l'intervenant *stricto sensu* remplirait une fonction strictement contentieuse³.
- 4 Toutefois, à l'instar de ce qu'ont démontré un certain nombre d'auteurs aux États-Unis, l'*amicus curiae* a perdu sa fonction initiale d'éclairer bénévolement la Cour sur des points de droit obscurs. Il est devenu, pour ceux qui produisent de tels mémoires spontanément, un moyen contentieux de faire valoir leurs intérêts privés dans le contrôle de constitutionnalité.
- 5 En effet, selon certains auteurs⁴, l'utilisation moderne de ce procédé a commencé aux États-Unis en 1823⁵. Une autre étape importante dans le développement de ce procédé a

été le changement de nomenclature,⁶ car jusqu'en 1919, le mémoire d'*amicus curiae* portait le nom de l'avocat qui l'avait préparé, puis vers les années 30, il est devenu courant d'attribuer le mémoire aux organisations sponsorisantes⁷. Au terme de cette évolution, l'*amicus curiae* a cessé d'être, selon les mots de Samuel Krislov « une incarnation neutre de la justice » « pour devenir « un participant actif dans la lutte des groupes d'intérêts »⁸.

- 6 Aujourd'hui les *amici curiae* sont des groupes d'intérêt dont certains sont emblématiques comme l'*American Civil Liberties Union*, la *National Association for the Advancement of Colored People*, mais aussi la *National Rifle Association*. Leur participation devant la Cour suprême est massive. Les professeurs Kearney et Merrill ont établi qu'entre 1946 et 1995, le nombre de mémoires d'*amicus curiae* a augmenté de 800 % alors que le nombre de cas que la cour a décidé a quant à lui diminué⁹.
- 7 Les origines de l'*amicus curiae*, d'une part, et de l'intervention *stricto sensu*, d'autre part, démontrent que le critère principal de distinction entre ces deux moyens procéduraux était, à l'origine, la notion d'intérêt au sens privé du terme. Cette distinction s'inscrivait dans une perspective où l'*amicus curiae* était supposé être une participation désintéressée et un moyen pour le juge d'ouvrir une forme d'expertise dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire¹⁰. Il ne s'agissait pas d'un moyen de défense d'intérêts privés. À l'opposé, l'intérêt qui était exigé pour l'intervention était simplement un intérêt privé fondé sur la défense d'un droit de propriété. Or, les deux mécanismes ont convergé dans un seul mécanisme à la fois de défense des intérêts et d'assistance de la Cour.
- 8 Cette évolution résulte également d'une conception libérale du rôle du juge et de la conception de la fonction de juger aux États-Unis. En effet, la protection des intérêts privés immanents est conçue, aux États-Unis comme la meilleure garantie de la bonne administration de la justice. Dans ce modèle de justice, les groupes défendant des intérêts privés sont considérés des experts privilégiés devant les juges constitutionnels. Ceci justifie la convergence entre, d'une part, les moyens procéduraux permettant la défense d'intérêts privés (l'intervention *stricto sensu*) et ceux qui étaient voués à l'expertise, d'autre part (comme l'*amicus curiae*).
- 9 À cet égard, aujourd'hui l'*amicus curiae* n'exprime plus aux États-Unis que le degré suprême du pouvoir discrétionnaire de la Cour de permettre la tierce intervention et d'ouvrir largement son prétoire aux intérêts privés.
- 10 Par ailleurs, l'évolution du rôle des groupes d'intérêt devant la Cour a façonné deux théories doctrinales sur l'utilité d'une plus large pénétration des intérêts privés dans la fonction de juger.
- 11 La première de ces théories peut être qualifiée d'objectiviste. Elle repose sur un postulat réaliste selon lequel le juge peut se fonder sur une extrapolation d'un cas privé pour résoudre une question constitutionnelle d'intérêt général. Dans cette configuration, les intérêts diffus, lorsqu'ils seraient représentés par une entité privée dans le contrôle de constitutionnalité, permettraient de donner une vision particularisée de l'intérêt général. Les mémoires de ces entités privées sont considérés comme revêtant une forme de légitimité tirée de leur expertise factuelle. Ils sont d'ailleurs parfois cités dans les décisions du juge. Cette participation permettrait également au juge d'anticiper la bonne exécution de ses décisions en s'assurant en amont de la participation la plus large possible des sujets de droit. Cette théorie vise à décrire les intervenants comme des assistants de la Cour et à mobiliser la théorie de

l'information de juge pour décrire l'activité contentieuse des entités intéressées devant la Cour.

- 12 Cette théorie révèle surtout, la dimension politico-institutionnelle de ce mécanisme procédural. D'ailleurs, il est possible d'observer qu'en tant que technique procédural, l'*amicus curiae* est très populaire dans d'autres systèmes juridiques de culture politique pluraliste. Par exemple, les « démocraties constitutionnelles innovantes »¹¹ telles que l'Inde¹², l'Afrique du Sud¹³, l'Argentine¹⁴ ou le Brésil¹⁵ qui sont confrontées à une grande pauvreté ou à des inégalités liées, parfois aux clivages ethniques, utilisent l'*amicus curiae* comme un moyen de démocratisation du contentieux constitutionnel. Par exemple, dans ces États, le traitement juridique de la pauvreté est ancré dans les usages sociaux du droit. Les juges se servent donc de l'*amicus curiae* ou de l'intervention pour rétablir une forme de confrontation des intérêts afin de parvenir à restaurer l'égalité par la justice constitutionnelle¹⁶. Cette conception est héritée de la pratique procédurale étasunienne.
- 13 La théorie subjectiviste repose, quant à elle, sur la reconnaissance que les entités intéressées interviennent pour défendre des intérêts subjectifs et non pour être des collaborateurs de la justice constitutionnelle. La théorie subjectiviste repose en effet sur le fait que les entités ne défendent que des intérêts partisans. Dans cette mesure, elles remplissent une fonction contentieuse classique¹⁷ et non juridictionnelle¹⁸.
- 14 **Du partisan au concurrent**
- 15 L'assistance de l'*amicus curiae* revêt une dimension technique importante sur laquelle doit s'appuyer la Cour pour résoudre une controverse. La concurrence que la participation de l'*amicus curiae* crée n'est pas une concurrence de l'interprétation de la Constitution avec le juge. Il s'agit d'une concurrence avec la participation des entités gouvernementales (*Attorney General* ou *Solicitor General*) dans la production d'une expertise factuelle¹⁹.
- 16 Le premier niveau est donc une concurrence avec les données factuelles apportées par les entités gouvernementales. À ce titre, il est nécessaire de souligner que les mémoires d'*amicus curiae* ainsi que les interventions ne sont pas des éléments de l'instruction aux États-Unis. Cette participation implique une conception extensive des frontières du contradictoire. Cette conception résulte du fait qu'au départ, l'*amicus curiae* a été traité comme un procédé informel d'information avant de recevoir formellement, dans les règles de la Cour, le traitement d'un élément de la procédure contradictoire.²⁰ Il s'agit d'un moyen contradictoire « informel » qui s'éloigne du modèle contradictoire classique et une ouverture de l'intérêt à agir, laquelle, selon les mots d'Arthur Miller « sape l'intégrité et la moralité du système contradictoire formel ».²¹
- 17 La deuxième concurrence s'opère avec la légitimité politique des représentants gouvernementaux. À ce titre, il est nécessaire de rappeler que la participation de l'*Attorney general* obéissait à une logique représentative d'un intérêt public *parens patriae*, dans une procédure contentieuse de type accusatoire maîtrisée par des parties privées. Ainsi, dans le contrôle de constitutionnalité, la présence des agents gouvernementaux comme l'*Attorney general* visait, en principe, à maintenir le caractère apolitique du droit. Une telle présence s'inscrivait dans la tradition anglaise du *Common Law* selon laquelle l'*Attorney General* représentait l'intérêt public dans les litiges privés. Sa participation reposait sur la règle du droit parlementaire selon laquelle l'intérêt

public²² a été confié par l'électorat au Parlement et au Gouvernement qui en est issu, pour le défendre²³.

- 18 Désormais, aux États-Unis dans cette fonction de représentation de l'intérêt public, l'*Attorney general* est concurrencé par des entités privées, car le label d'intérêt public est donné, parfois par le juge, à certains groupes défendant des intérêts privés. Cette évolution est permise par les doctrines du *private attorney general*²⁴ et du *public interest litigant*²⁵ qui sont des doctrines juridictionnelles. La concurrence créée par la présence des *amici curiae* dans le procès constitutionnel a pour effet de mettre un terme à la conception monopolistique de la représentation de l'intérêt public par les entités étatiques. En ce sens, l'*amicus curiae* est un moyen procédural contre-majoritaire ou minoritaire. Dans cette mesure, la présence de l'*amicus curiae* a été le facteur procédural premier de politisation du débat constitutionnel devant la Cour suprême.
- 19 Dans la pratique moderne de l'*amicus curiae*, il existe un risque de privatisation de l'administration de la preuve dans la mesure où les entités intéressées produisent une interprétation concurrente dont la spécificité est l'apport de l'expertise technique (I). Le risque est accru par la mise en place, par le juge, de systèmes d'appropriation de cette interprétation concurrente (II).

I. La production de l'interprétation concurrente par les entités intéressées

- 20 La production de l'interprétation concurrente par l'*amicus curiae* résulte de la faible intensité du modèle accusatoire dans le procès constitutionnel étasunien (A). Du point de vue de son utilité dans la fonction de juger, cette concurrence permet à l'*amicus curiae* d'acquérir une force subversive (B).

A. La faible intensité du modèle accusatoire dans le procès constitutionnel

- 21 En 2011, la Cour suprême a pu rappeler une conception stricte du système accusatoire même en matière constitutionnelle, en citant l'opinion du Juge Scalia dans l'arrêt *Carducci v. Regan*²⁶ dans les termes suivants : « Notre système accusatoire part du principe que les cours d'appel ne siègent pas en tant que commissions d'enquête et de recherche judiciaires autogérées, mais essentiellement en tant qu'arbitres de questions juridiques présentées et débattues par les parties »²⁷.
- 22 Cependant, dans une attitude ambiguë à l'égard des groupes d'intérêts, la Cour a pu laisser transparaître dans ses opinions une dépendance à l'égard des demandes des *amici curiae*, en matière constitutionnelle, en affirmant que dans un cas d'espèce : « les demandeurs ne nous ont pas demandé de conclure à l'absence de droit constitutionnel à la confidentialité des informations. Les défenseurs et leurs amici se sont donc naturellement abstenus de traiter cette question en détail. Il n'est pas souhaitable pour nous de trancher une question de cette importance dans une affaire dans laquelle nous n'avons pas l'avantage d'être informés par les parties et dans laquelle les éventuels amici ne sont guère d'avis que la question pourrait être réglée (" inutile dans ce cas-ci de prendre une décision générale sur la portée d'un droit à la vie privée fondé sur la constitution pour certaines informations")²⁸ ».

- 23 La Cour recherche dans l'assistance de l'*amicus curiae* une expertise factuelle. Cette utilité de l'*amicus curiae* est normativement prévue par l'article 37 des Règles suivies par la Cour suprême.
- 24 S'affranchissant plus largement du modèle accusatoire classique, les juges manifestent également leur déception face à un mémoire d'*amicus curiae* qui ne leur apporte pas de données factuelles. Ainsi, dans une opinion dissidente, le Juge Robert H. Jackson critique le mémoire d'*amicus curiae* de l'*American Newspaper Publishers Association* en affirmant : « Bien entendu, il ne cite pas une seule autorité non disponible pour les avocats des éditeurs concernés, et ne nous dit aucun fait nouveau à part celui-ci : "Cette adhésion regroupe plus de 700 éditeurs de journaux choisis ; que les publications représentent plus de quatre-vingts pour cent des tirages totaux quotidiens des journaux publiés dans ce pays". »²⁹.
- 25 L'*amicus curiae* doit donc participer à renforcer la légitimité experte du juge. Cette recherche de la légitimité experte du juge donne lieu à la mobilisation de faits d'une autre nature que ceux qui sont mobilisés pour la recherche de l'autorité politique du juge.
- 26 Ainsi, alors que la Cour recherche dans l'intention du législateur ou du constituant le moyen d'inscrire son opinion dans la durée, il mobilise des données factuelles « expertes » pour inscrire ses opinions dans l'actualité. Par exemple, afin de connaître les standards sociaux et sociétaux qui sont actuellement admissibles, pour ne pas heurter l'opinion publique, le juge mobilise la participation des groupes d'intérêts³⁰ pour adopter une définition renouvelée des libertés fondamentales³¹ et anticiper la bonne exécution des décisions de constitutionnalité³². Cette nécessité a, par exemple, amené la Cour à formuler un standard d'appréciation de la constitutionnalité d'une peine, laquelle doit être appréciée eu égard « aux standards évolutifs de décence du pays »³³. Cette assistance technique aide également les juges, par exemple, à mettre à jour leurs connaissances en matière technologique³⁴. La Cour utilise donc les mémoires de ces entités intéressées pour avoir une interprétation téléologique du texte constitutionnel.

B. La force subversive des mémoires d'*amicus curiae*

- 27 Ainsi, aux États-Unis, dans les questions de constitutionnalité, les mémoires des groupes d'intérêt jouent un rôle important puisque, selon les mots d'Allison Orr Larsen, dans son célèbre article « *The trouble with Amicus facts* », l'*amicus curiae* est devenu le principal mode d'investigation dans l'instruction accusatoire³⁵, comme peut en témoigner le développement certes lent, mais notable de la catégorie d'*amici curiae* nommés par la Cour (*appointed amicus*), ou encore la reconnaissance explicite de l'expertise de certains groupes d'intérêts³⁶. Par exemple, dans l'affaire qui concernait la constitutionnalité de l'*Obama Care*³⁷, la Cour avait nommé un *amicus curiae* pour qu'il produise les données factuelles nécessaires à sa compréhension des enjeux du mécanisme. Cette solution est celle qui est désormais la plus utilisée par la Cour comme au début de la pratique de l'*amicus curiae*. Dans ce cas précis, 278 mémoires avaient pourtant été déposés devant elle.
- 28 Placé dans cette configuration, l'*amicus curiae* sert à produire une interprétation concurrente aux données fournies par les services gouvernementaux. Cette interprétation concurrente est formalisée par les opinions dissidentes qui présentent des intérêts antithétiques à ceux qui ont été défendus par les organes

gouvernementaux. Ces derniers sont le plus souvent relayés dans l'opinion majoritaire. À titre comparatif, dans le contrôle de constitutionnalité français, ces interprétations concurrentes demeurent dans le mémoire de l'entité intéressée qui les produit par la voie des « contributions extérieures ». Elles ne transparaissent aucunement dans la décision ni même dans ses documents annexes (dossier documentaire, commentaire ou communiqué de presse). Aux États-Unis, en matière de finances de la sécurité sociale³⁸, de production d'énergie nucléaire³⁹ ou de vente d'alcool⁴⁰, les juges qui produisent des opinions dissidentes citent des mémoires d'*amicus curiae* pour prouver la scientificité de leurs arguments et s'opposer à l'interprétation du Congrès et à l'opinion majoritaire. Dans cette mesure, les interprétations concurrentes produites par les entités privées ont une force subversive plus importante qu'en France.

- 29 Toutefois, Alison Orr Larsen, dans son article « The trouble with *amicus facts* », concernant les difficultés posées par la privatisation de l'administration de la preuve dans les questions de constitutionnalité, estime que la difficulté avec les faits qui sont présentés dans les mémoires des *amici curiae* est que le développement actuel des données numériques permet à beaucoup de groupes de se proclamer experts. Selon la même auteure, les informations de nature factuelle sont trouvées facilement et développées de façon peu consciencieuse, même si la doctrine majoritaire est que la fourniture d'expertise par l'*amicus curiae* est une chose louable.⁴¹
- 30 À cet égard, il est difficile d'identifier lequel des mémoires contient une expertise factuelle dont les sources seraient scientifiques. La plupart des noms sur les couvertures des mémoires semblent neutres, mais masquent en réalité une prise de position. Par exemple, l'*American College of Pediatricians* est un groupe social « conservateur » fondé sur la protestation contre l'adoption d'enfants par des couples homosexuels, contredisant la position opposée prise par l'*American Academy of Pediatrics*, qui a un nom voisin. Concernant l'utilisation croissante des données scientifiques qui est une spécificité de l'*amicus curiae* « pour éduquer le juge »⁴² sur sa connaissance du fait, David L. Faigman, dans son article « Judges as “amateur scientists”⁴³ » pose le même constat. Ceci rend nécessaire l'application de ce qui a été qualifié par les auteurs civilistes, de principes généraux gouvernant le droit de la preuve, comme le principe de loyauté de la preuve. Toutefois, même en droit judiciaire privé, il s'agit d'un principe dont l'application limitée consiste à contrôler que « la preuve n'ait pas été obtenue, notamment en violation de la vie privée ou à l'insu des personnes »⁴⁴. La consécration d'un tel principe nécessite de reconnaître le principe même de l'existence d'une preuve en droit constitutionnel.
- 31 Les réserves émises par la doctrine n'empêchent pas la Cour de s'approprier l'interprétation concurrente fournies par les *amici curiae*.

II. L'appropriation de l'interprétation concurrente par le juge

- 32 L'appropriation de l'interprétation concurrente se fait deux moyens, d'abord la citation (A) ou encore par la simple référence au mémoire (B). Ces deux méthodes d'appropriation peuvent être analysées dans des perspectives différentes du point de vue de l'éthique juridictionnelle.

A. La citation

- 33 Le système de citation des mémoires dans les opinions de la Cour suprême est évolutif. Par la citation dans le texte de l'opinion, la Cour fait sien un argument présent dans un mémoire d'*amicus curiae* et donc le cite comme une autorité morale ou scientifique. Par ce moyen, elle objective l'argument et les données comprises dans le mémoire. Ce type de citation se fait par le « *e.g.* » (cf.) ou par une simple note de bas de page dans laquelle la Cour développe les arguments de l'*amicus* utilisé en référence. Il s'agit du niveau maximal du crédit qui puisse être accordé au mémoire d'un groupe d'intérêt. Ce traitement est réservé, dans la jurisprudence de la Cour suprême, à très peu de groupes comme l'ACLU, la *American psychiatrist association* (pour les données psychologiques, notamment dans les cas concernant la peine de mort), et très souvent aux organes de défense des intérêts étatiques comme le *Solicitor General*.
- 34 Ce système est également réservé au XXI^{ème} siècle aux professeurs de Droit. Par exemple, la Cour a pu citer les mémoires des professeurs de droit civil dans l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co*⁴⁵ ou encore ceux de cliniques juridiques comme le *Brennan Center for justice at N.Y.U School of Law*, sur la question de savoir ce qu'est le pouvoir législatif⁴⁶. Il en est allé de même pour un mémoire d'*amicus curiae* de la NAACP, qui selon la Cour, « *fournissait une histoire du rôle que les Cours d'Alabama ont joué dans la promotion et l'éradication des pratiques électorales discriminatoires* »⁴⁷. Les interventions académiques sont majoritairement citées sur des questions procédurales ou de qualification juridique.
- 35 Toutefois, dans une dimension plus politique, on peut également constater que ce mode de citation est souvent utilisé en matière religieuse pour déterminer un consensus dans les pratiques religieuses. Il s'agit d'une question éminemment sensible aux États-Unis. Ainsi, en 2002, la Cour suprême a rendu l'opinion *Atkins v. Virginia* en affirmant que l'exécution des criminels qui souffraient de retards mentaux est un châtiment cruel et inhabituel prohibé par le 8^{ème} amendement. Dans sa motivation, la Cour a cherché à démontrer un large consensus social sur le fait que l'exécution des personnes souffrant de retards mentaux n'était pas une pratique favorisée. Elle s'est référée à un mémoire d'*amicus curiae* soumis par l'USCC (*United States Catholic Conference*) en affirmant : « *des représentants de communautés très diverses aux États-Unis... ont déposé un mémoire d'amicus curiae expliquant que même si leurs opinions sur la peine de mort diffèrent, ils partagent tous la conviction que l'exécution des personnes souffrant de retard mental ne peut être moralement justifiée* ». Dans cette espèce, la Cour a cité le mémoire en note de bas de page.
- 36 Dans son opinion dissidente, le juge Antonin Scalia, hostile à la présence des groupes d'intérêt devant la Cour suprême, a attribué à la Cour « *le Prix de l'effort le plus faible de la Cour pour créer « un consensus national »*. Il a critiqué le fait que la Conférence est composée des Évêques Catholiques des États-Unis, un groupe dont « *les attitudes au regard des criminels et des châtiments sont loin d'être représentatives, et qu'ils expriment des vues qui font l'objet de beaucoup de critiques au niveau national* ». Le juge Antonin Scalia a fondé sa critique sur le fait que les opinions exprimées n'étaient pas nécessairement vraies, et que la Cour ne disposait pas nécessairement des moyens techniques pour vérifier les informations qui lui étaient transmises par ce moyen⁴⁸, alors que la Cour charge ses opinions d'une sorte de tension quand elle utilise l'information et les arguments présentés par les groupes religieux.

- 37 Certains auteurs ont interrogé des problématiques sous-jacentes à la question de la citation d'un mémoire dans les opinions de la Cour, parce qu'ils considèrent qu'en citant le mémoire de l'*amicus curiae*, la Cour « couvre cette organisation de l'aura du pouvoir et du statut de la Cour dans la société américaine » et que la citation d'un mémoire vaut approbation de l'opinion et des données qu'elle contient. Par exemple, pour la citation de mémoires de groupes religieux, cela pose une difficulté du point de vue de la théorie de l'*Establishment Clause*⁴⁹. Plus spécifiquement, sur la citation des *amici curiae* des groupes religieux, cette dernière soulève une difficulté de contrariété avec le Premier amendement qui impose la neutralité religieuse de la Cour⁵⁰. Or, plusieurs mémoires de groupes religieux sont cités sans que la Cour ne justifie son choix. Cette démarche exprime ce qui est appelé dans les *critical legal studies*, une préférence illégitime⁵¹ en ce qu'elle n'est fondée sur aucune recherche de l'égalité entre les groupes. À ce titre, il est nécessaire de distinguer la citation passive du mémoire d'une citation dynamique de celui-ci, où la Cour discute des arguments qui sont avancés dans les mémoires des groupes d'intérêts.
- 38 Du point de vue du principe de loyauté de la preuve, la citation argumentative dans le texte de l'opinion semble donc plus acceptable que la citation faisant autorité en note de bas de page ou par simple « cf ». Dans le second cas, elle exprime une attitude passive du juge face à l'influence de ces groupes, alors que dans le premier cas, en discutant les mémoires, elle réaffirme une forme d'autorité du juge et de son expertise dans l'administration de la justice constitutionnelle.

B. La référence

- 39 Si la référence semble anodine à première vue, en l'absence de formalisation ou de précision sur les critères de sélection des *amici curiae*, elle peut être révélatrice des préférences des juges. Elle peut témoigner de ce que la Cour n'accorde qu'un crédit limité voire aucun crédit aux intervenants.
- 40 La jurisprudence de la Cour suprême nous donne une illustration de ce que la citation ou la référence aux mémoires peut exprimer sur les préférences subjectives des juges, face aux mémoires des groupes d'intérêts. Cet effet est renforcé dans la mesure où les critères subjectifs de sélection des *amici curiae* ne sont pas précisés dans le Règles de la Cour. Ainsi, dans l'arrêt *Roe v. Wade*⁵², même si la Cour a reconnu le caractère inconstitutionnel des lois du Texas qui criminalisaient l'avortement, on trouve certains arguments qui ne sont pas retracés de façon très rigoureuse, en faveur du droit à l'avortement. Une simple référence est faite à ces mémoires alors que pour les requérants pro-vie/anti-avortement, un exposé plus rigoureux de leurs arguments est effectué avec une citation en note de bas de page du mémoire du *National Right to life Committee*. Le juge Blackmun qui a été choisi par le président E. Warren (Républicain) pour exposer l'opinion de la Cour était un juge républicain, donc potentiellement « anti-avortement » ou « pro-vie, » même s'il faisait partie de la majorité qui a déclaré la loi inconstitutionnelle. Juste après la décision *Roe v. Wade*⁵³, dans une autre affaire, alors qu'est présenté un mémoire d'*amicus curiae* censé défendre les droits sociaux des mineurs, les arguments qui y sont développés sont contestés sans même identifier l'auteur⁵⁴. Dans la période où ces deux affaires ont été jugées, la Cour était majoritairement républicaine (6 juges/9 juges).

- 41 La référence sans davantage de contre-analyse ou d'analyse pose des difficultés du point de vue de la déontologie juridictionnelle. En effet, aux États-Unis, l'utilité de ces mémoires comme moyen d'information en dehors de la structure contradictoire du contentieux privé permet au juge de déployer les pouvoirs d'interprétation d'un juge d'intérêt public. À cet égard, la question du pouvoir de se prononcer *ultra petita* rapproche les méthodes française et américaine d'interprétation en matière constitutionnelle. Devant la Cour suprême, ce pouvoir de soulever les questions d'office est initié par l'*amicus curiae*. La Cour a pu signaler qu'elle a été sollicitée pour résoudre une question qui n'est pas celle qui lui a été posée par les parties⁵⁵. Elle a reconnu qu'il s'agissait de la possibilité pour elle de décider des questions de façon abstraite en ces termes : « *L'une des plus grandes sources de la force de notre droit est qu'il statue sur des cas concrets et ne prononce pas de principes dans l'abstrait. Mais il arrive un moment où même ce processus d'arbitrage empirique exige une analyse plus rationnelle que celle où le cas immédiat n'est pas différent des cas précédents.* »⁵⁶ Elle conclut que l'argument avancé par l'État de New-York et quarante-cinq autres États, qui en tant qu'*amici curiae*, se sont joints à la procédure, mérite une réponse. Parfois, elle refuse d'étendre les termes du débat⁵⁷.
- 42 Lorsque l'*amicus curiae* est nommé, le mémoire est utilisé lorsque le juge soulève un moyen d'office dans les limites des nécessités du contradictoire. De manière plus artificielle, il invite l'*amicus curiae* en tant que partie pour endosser le moyen qu'il a soulevé d'office pour rétablir le schéma classique du contradictoire. Toutefois, l'*amicus curiae* lorsqu'il est provoqué est presque systématiquement le représentant d'un État. Ainsi, la fonction d'assistance objective à la Cour n'a pas donc totalement disparu des rôles endossés par cette figure du procès américain.

Conclusion

- 43 L'*amicus curiae* permet l'intervention des entités défendant des intérêts privés dans le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour suprême des États-Unis. La figure moderne de l'*amicus curiae* a créé une concurrence entre un intérêt public tel qu'il est conçu par les entités privées avec l'intérêt public tel qu'il est défendu par les organes gouvernementaux. Cela a conduit le juge constitutionnel américain à objectiver les données comprises dans les mémoires des personnes privées dans son interprétation de la Constitution par des méthodes d'appropriation des interprétations concurrentes. Cette appropriation met donc fin à la conception monopolistique de défense de l'intérêt public par les organes gouvernementaux et érige les entités privées comme des experts factuels des questions constitutionnelles. Ainsi, davantage qu'il est un élément procédural, l'*amicus curiae* est porteur d'une logique politique éminente dans le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis.

NOTES

1. Il s'agit de l'article 24 de règles fédérales de la procédure civile. (Titre IV : parties). Les règles fédérales en matière pénale ne réglementent pas l'intervention.
2. En ce qu'il assisterait le juge dans sa fonction trancher un litige.
3. En ce qu'il porte une demande dans un litige que le juge doit trancher.
4. Frank M. COVEY JR., « *Amicus curiae*: Friend of the Court », 9 DePaul L. Rev. 30, 1959.
5. Green v. Biddle (1923). La Cour a permis à Henry Clay de participer en tant qu'*amicus curiae* parce que les juges suspectaient une collusion entre les deux principaux requérants. Donc ce cas a marqué un tournant important dans l'évolution de l'*amicus curiae* dans les États-Unis puisque pour la Première fois, la Cour a reconnu leur utilité. En 1854, la Cour a étendu le champ de la participation de l'*amicus curiae* dans le cas Florida v Georgia (1854), l'Avocat général était alors autorisé à participer en tant qu'*amicus curiae* même si les deux parties s'étaient opposées à son intervention.
6. Samuel KRISLOV, « From friendship to advocacy », *Yale law Journal*, vol. 72, n° 4, 1963.
7. Allison ORR LARSEN, « The trouble with Amicus facts », *Virginia Law Review* vol. 100, No. 8 (December 2014), pp. 1757-1818.
8. Samuel KRISLOV, *Op. cit.*
9. Joseph D. KEARNEY & Thomas W. MERRILL, « The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court », 148 U. Pa. L. Rev. 743 (2000).
10. L'*amicus curiae* trouverait son origine dans l'institution du *consilium principis* en Droit romain. Il s'agissait du procédé par lequel les empereurs, lorsqu'ils devaient résoudre de questions administratives ou juridiques importantes, consultaient un corps composé de leurs amis de confiance, des dignitaires de l'État et d'experts.
11. Jacques COMMAILLE, Laurence DUMOULIN, « Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la « judiciarisation », *L'Année sociologique* 2009/1 (Vol. 59), pages 63 à 107.
12. La nomination d'un *amicus curiae* fait partie des pouvoirs procéduraux de la Cour. Elle n'a pas d'assise normative détermine. La Cour lui accorde une grande considération. Voir par exemple, Cour suprême d'Inde, Manoj Narula vs. Union Of India, 27 Août 2014.
13. Article 172 (2) (d) qui vise « toute personne ou organe de l'État qui possède un intérêt suffisant ». Alexander ABOTSI, « De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine », R.J.T, 2009, 367.
14. (Acordada) (Règle) 7/2013 de la Cour Suprême de Justice de la Nation. D'autant plus qu'elle a le pouvoir de soulever d'office l'inconstitutionnalité d'une disposition législative. Voir sur cette question Pablo Oscar GALLEGOS FEDRIANI, « Le contrôle de constitutionnalité en Argentine », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N° 43 - AVRIL 2014.
15. Article 31 de la loi n° 6.385 du 7 décembre 1976, Ementa de l'action directe d'inconstitutionnalité (ADI) n° 748.
16. Diane ROMAN, « Droits des pauvres, pauvres droits ? » recherches sur la justiciabilité des droits sociaux », CREDOF, 2010.
17. Au sens où le rôle est de porter une contestation ou une demande devant le juge constitutionnel.
18. Au sens où elles participeraient à dire le droit ou à l'administration de la preuve.
19. Voir l'article 37 des Règles de la Cour suprême.

20. Arthur Selwyn MILLER et Jerome A. BARRON « The Supreme Court, the Adversary System, and the Flow of Information to the Justices: A Preliminary Inquiry » *Virginia Law Review*, vol. 61, No. 6 (Oct. 1975), pp. 1187-1245.

21. *Ibid.*

22. Carol HARLOW, *Pressure Through Law*, Routledge, 1992. p. 144.

23. Cet intérêt public serait donc correctement représenté devant les tribunaux par l'ancien *Chief law officer of the Crown* qui était directement responsable devant le Parlement. Les avocats des parties, quant à eux, étaient supposés seulement représenter que les intérêts matériels de leurs clients.

24. L'*attorney General* est une métaphore militaire utilisée dans la littérature contentieuse américaine (voir William B. RUBENSTEIN, « On What A "Private Attorney General" Is- And Why it Matters », 57 Vand. L. Rev. 2129 (2004)). Il est défini par le *Black's Law dictionary* comme étant le fonctionnaire en chef d'un État ou des États-Unis, responsable de sa représentation et d'assurer la fonction de conseil juridique dans les litiges. Ce terme n'est cependant pas réservé aux agents qui représentent l'État. Il est également utilisé par la Cour suprême, les cours inférieures et la doctrine aux États-Unis pour qualifier les groupes d'intérêts ou des avocats auxquels sont allouées des sommes pour la défense d'une certaine conception de l'intérêt public. Cette qualification repose sur la constatation de l'assistance apportée par une partie privée à l'administration de la justice et à la défense de l'intérêt général. Cette doctrine a été décrite par la Cour suprême comme n'étant qu'un fondement théorique sur lequel le Congrès a octroyé un droit d'action à un individu (*Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727, 737-38, 92 S. Ct. 1361, 1367, 31 L. Ed. 2d 636 (1972)). Puis la Cour a opéré une forme de reconnaissance juridictionnelle d'un droit d'action en raison de l'aide qui est apportée à la Cour dans sa participation à la mise en œuvre de politiques publique. Il existe cependant une procédure législative de reconnaissance de la finalité d'intérêt public à une entité privée. Par exemple, le Congrès peut implicitement reconnaître des buts d'intérêt public plus importants que d'autres en donnant un droit d'action à des individus pour porter des litiges dans ce qui est appelé des actions *qui tam* (Pour une discussion sur la constitutionnalité de ces actions : *Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765 (2000) ; Evan CAMINKER, « Comment, The Constitutionality of Qui Tam Actions », 99 YALE L.J. 341 (1989)).

25. À l'origine, les avocats d'intérêt public étaient ceux qui fournissaient gratuitement de l'aide juridique tandis que les autres avocats recevaient des compensations pour leurs activités. La théorie jurisprudentielle du requérant d'intérêt public résulte comme celle du *Private attorney general* de ce qu'en partie aux États-Unis l'exécution judiciaire de la loi repose sur les personnes privées. Cette théorie est beaucoup moins restrictive que celle du *Private attorney general* qui ne revêt désormais qu'une dimension pécuniaire. Toutefois, la doctrine américaine critique l'utilisation juridictionnelle de la notion d'intérêt public comme étant une conception dépassée de la justice procédurale. Voir sur cette question David R. ESQUIVEL, « The Identity Crisis in Public Interest Law », 46 Duke L.J. 327, 328-29 (1996). Selon cette critique, la rhétorique qui est sous-jacente au droit de l'intérêt public (*public interest law*) est celle de la représentation. Il s'agit de « la représentation des personnes non- représentées et sous-représentées ». Il en résulte que la rhétorique du droit d'intérêt public est centrée sur une vision procédurale de la justice. Selon la même critique, il existe deux interprétations possibles de l'expression « représenter les non-représentés ». La première interprétation est la définition strictement procédurale du droit d'intérêt public dans laquelle la justice résulte de l'exercice d'une procédure appropriée. La deuxième interprétation, décrite comme une crise de l'intérêt public, critique la définition procédurale comme étant « simplement une discussion non controversée sur des valeurs plus substantielles ». Cette dernière interprétation est plus applicable à la conception moderne de l'action d'intérêt public aux États-Unis. Ainsi, certains des groupes de défense juridique les mieux établis n'utilisent généralement plus l'expression « intérêt public » pour se décrire. Ils adoptent

plutôt des cadres différents - par exemple, les droits civiques ou de justice sociale pour caractériser de manière substantielle leurs missions. Les exemples les plus révélateurs sont l'ACLU et la NAACP, qui ont servi de modèles principaux à la première vague d'organisations juridiques d'intérêt public à la fin des années 1960. Ces organisations apparaissent parfois comme des groupes de « *droit d'intérêt public* » dans les opinions de la Cour suprême des États-Unis. Cependant, ces organisations décrivent depuis longtemps leurs missions en termes de défense d'intérêts particuliers plutôt qu'en termes de justice procédurale ou de droit de l'intérêt public. L'ACLU, par exemple, se caractérise généralement comme « *une organisation nationale, à but non lucratif et non partisane. . . dédié aux principes de liberté et d'égalité inscrits dans la Constitution.* ». De même, la NAACP se décrit généralement comme « *une organisation juridique à but non lucratif créée pour aider les Afro-Américains et d'autres personnes de couleur à garantir leurs droits civils et constitutionnels.* ». En somme, selon ces critiques, ces notions juridictionnelles sont devenues des labels qui expriment les préférences subjectives des juges ou celles des entités qui réclament agir au nom de l'intérêt public. Il s'agit d'une interprétation subjective que les juges donneraient de la cause défendue par une personne privée. Il en résulte que ces notions permettraient au juge de pouvoir donner à l'interprétation constitutionnelle d'une personne privée plus de poids qu'à celle des représentants gouvernementaux de l'intérêt public sans avoir à apporter davantage de justification.

26. 714 F.2d 171, 177 (C.A.D.C.1983).

27. *Ibid.*

28. *Nat'l Aeronautics & Space Admin. v. Nelson*, 562 U.S. 134, 148, 131 S. Ct. 746, 757.

29. *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367, 397, 67 S. Ct. 1249, 1264, 91 L. Ed. 1546 (1947).

30. L'utilité de ces groupes a été relevé par les juges Brennan, Marshall et Blackmun qui ont rendu une opinion dissidente dans la décision qui déclarait constitutionnelle la peine capitale pour les mineurs de moins de 18 ans. À la différence de la majorité, ils ont considéré qu'il s'agissait d'un traitement cruel et inhabituel prohibé par le 8^{ème} amendement. Les juges dissidents ont critiqué la méthode de la Cour qui ne faisait qu'appliquer un précédent pour déterminer le caractère « décent » de la peine. Ils indiquent que « *L'appréciation de la constitutionnalité d'une peine doit, au terme du 8ème amendement doit être informée, sinon non déterminée par un examen d'attitudes contemporaines envers la punition telles que révélées par les actions du pouvoir législatif et des jurys.* » *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361, 389, 109 S. Ct. 2969, 2985, 106 L. Ed. 2d 306 (1989), abrogé by *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 125 S. Ct. 1183, 161 L. Ed. 2d 1 (2005).

31. « *La liberté individuelle ne trouve aucun refuge dans une théorie du doute. Cependant, dix-neuf ans après notre décision selon laquelle la Constitution protège le droit d'une femme de mettre fin à sa grossesse dans les premiers mois dans la jurisprudence Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (1973), cette définition de la liberté est toujours questionnée comme l'atteste le mémoire d'amicus curiae des États-Unis... qui nous demande d'abroger Roe. » *Planned Parenthood of Se. Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 844, 112 S. Ct. 2791, 2803, 120 L. Ed. 2d 674 (1992).

32. Cette ligne directrice n'a pas toujours été adoptée par la Cour. Sous la pression des groupes d'intérêt et pour parvenir à une solution qui constitue un recul des libertés, la Cour peut simplement changer subrepticement le niveau de contrôle sur une liberté pour rendre son invocation par le justiciable moins efficiente. Ainsi dans l'arrêt *Planned Parenthood v. Casey*, la Cour a établi que le droit constitutionnel à l'avortement consacré dans l'arrêt *Roe v. Wade* (1973) est maintenu ; mais le contrôle du « *strict scrutiny* » (un contrôle de proportionnalité) est remplacé par le critère moins exigeant du « *undue burden* » (un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation) lorsque le juge analyse la constitutionnalité des restrictions législatives sur l'avortement. Ce dernier critère permet de conserver le pouvoir discrétionnaire de l'administration dans l'adoption de dispositions limitant le droit à l'avortement dans la seule

limite où il ne doit pas placer un obstacle substantiel dans la décision d'une femme de choisir de procéder à l'interruption d'une grossesse d'un fœtus non viable.

33. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101, 78 S.Ct. 590, 598, 2 L.Ed.2d 630 (1958). La justification qui est apportée par la Cour est qu'en matière individuelle, « les Pères fondateurs de la Constitution des États-Unis, connaissaient des temps qui peuvent nous rendre aveugles à certaines vérités et les générations suivantes peuvent voir ces lois comme des instruments d'oppression. Dans la mesure où la Constitution a vocation à durer, les personnes dans chaque génération peuvent invoquer ses principes pour avoir une plus grande liberté ».

34. *Carpenter v. United States*, No. 16-402, 2018 WL 3073916, U.S.

35. A. ORR LARSEN, *The trouble with amicus facts*, *Op. cit.*

36. *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 746, 128 S. Ct. 2229, 2248, 171 L. Ed. 2d 41 (2008). Elle renvoie aux mémoires des historiens du Droit intervenant en tant qu'*amici Curiae* ; see also *St. Cyr, supra*, at 302, n. 16, 121 S.Ct. 2271. ».

37. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, *Op. cit.*

38. Il laisse au Congrès le pouvoir discrétionnaire de mettre en œuvre l'équilibre des finances. Il s'agit du contentieux qui mobilise les questions de pauvreté. Ici, le juge contrôle la sévérité des réglementations qui pourrait faire obstacle à l'instruction demandes des personnes handicapées. Ces preuves empiriques sont tirées des travaux préparatoires qui définissent ce qu'est le handicap. S.Rep. No. 744, at 263 ; H.R.Rep. No. 544, at 163, U.S. Code Cong. & Admin.News 1967, at p. 3102."

39. Un mémoire d'*amicus curiae* des Former Nuclear Regulators, affirmait le caractère radioactif de l'uranium.

40. En matière de vente d'alcool : *Tennessee Wine & Spirits Retailers Ass'n v. Thomas*, 139 S. Ct. 2449, 2482-83, 204 L. Ed. 2d 801 (2019).

41. Michael ABRAMOWICZ & Thomas B. COLBY, « Notice-and-Comment Judicial Decisionmaking », 76 U. Chi. L. Rev. 965, 987 (2009), James F. SPRIGGS II & Paul J. WAHLBECK, « Amicus Curiae and the Role of Information at the Supreme Court », 50 Pol. Res. Q. 365, 365-66 (1997).

42. Samuel KRISLOV, *Op. cit.*

43. David L. FAIGMAN, « Judges as "Amateur Scientists" », 86 B.U. L. Rev. 1207 (2006).

44. Bernard BEIGNER, Anne-Laure THOMAS-RAYNAUD, Jean-René Binet, *Introduction au Droit*, Collection Cours, LDGJ, Lextenso, p. 636.

45. *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, San Francisco Cty.*, 137 S. Ct. 1773, 1789, 198 L. Ed. 2d 395 (2017).

46. *Arizona State Legislature v. Arizona Indep. Redistricting Comm'n*, 135 S. Ct. 2652, 2671, 192 L. Ed. 2d 704 (2015). Un autre mémoire du centre avait été cité dans une décision sur une question relative à la fraude électorale. *Crawford v. Marion Cty. Election Bd.*, 553 U.S. 181, 196, 128 S. Ct. 1610, 1619, 170 L. Ed. 2d 574 (2008).

47. *Riley v. Kennedy*, 553 U.S. 406, 418, 128 S. Ct. 1970, 1980, 170 L. Ed. 2d 837 (2008).

48. Tiffany Marie WESTFALL FERRIS, « Justices Hawking Jesus: Endorsement Through Citation To Religious Amici In Supreme Court Opinions », *William & Mary Bill of Rights Journal* May, 2013.

49. L'interdiction pour l'État de privilégier une religion.

50. Tiffany Marie WESTFALL FERRIS, *Op. cit.*

51. Roberto Mangabeira UNGER, « The critical legal studies movement », 1986, *Harvard University Press*.

52. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 113, 93 S. Ct. 705, 707, 35 L. Ed. 2d 147 (1973).

53. *Ibid.*

54. *Colgrove v. Battin*, 413 U.S. 149, 163, 93 S. Ct. 2448, 2456, 37 L. Ed. 2d 522 (1973).

55. *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433, 447, 94 S. Ct. 2357, 2365, 41 L. Ed. 2d 182 (1974).

56. *State of New York v. United States*, 326 U.S. 572, 575, 66 S. Ct. 310, 311, 90 L. Ed. 326 (1946).

57. *Linn v. United Plant Guard Workers of Am., Local 114*, 383 U.S. 53, 65, 86 S. Ct. 657, 664, 15 L. Ed. 2d 582 (1966), *State of S.C. v. Katzenbach*, 383 U.S. 301, 335, 86 S. Ct. 803, 822, 15 L. Ed. 2d 769 (1966).

RÉSUMÉS

L'*amicus curiae* permet l'intervention des entités défendant des intérêts privés dans le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour suprême des États-Unis. La figure moderne de l'*amicus curiae* a créé une concurrence entre un intérêt public tel qu'il est conçu par les entités privées avec l'intérêt public tel qu'il est défendu par les organes gouvernementaux. Cela a conduit le juge constitutionnel américain à objectiver les données comprises dans les mémoires des personnes privées dans son interprétation de la Constitution par des méthodes d'appropriation des interprétations concurrentes. Cette appropriation met donc fin à la conception monopolistique de défense de l'intérêt public par les organes gouvernementaux et érige les entités privées comme des experts factuels des questions constitutionnelles. Ainsi, davantage qu'il est un élément procédural, l'*amicus curiae* est porteur d'une logique politique éminente dans le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis.

Amicus curiae is a procedural means by which entities defend their private interests in judicial review. The modern figure of *amicus curiae* creates competition between a form of public interest as conceived by private entities with the public interest as defended by the executive branch in judicial review. This competition led the Supreme Court to objectify the data produced in the briefs of private entities in its interpretation of the Constitution. This appropriation puts an end to the monopolistic conception of the defense of the public interest by the executive branch and establishes private entities as factual experts on constitutional matters. Therefore, rather than being a procedural element, *amicus curiae* expands the political logic of judicial review in the United States.

INDEX

Keywords : Amicus curiae, intervention, supreme court, judicial review, attorney general, solicitor general, public interest litigants, private attorney general, interest groups

Mots-clés : Amicus curiae, intervention, Cour suprême, intérêt public, groupes d'intérêts, contentieux constitutionnel

AUTEUR

ADJA MBENGUE

Adja Mbengue est docteure en droit public de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne