



HAL
open science

“ Les faits du contentieux constitutionnel américain : une question de pouvoir pour les juges ”

Audrey Bachert-Peretti

► To cite this version:

Audrey Bachert-Peretti. “ Les faits du contentieux constitutionnel américain : une question de pouvoir pour les juges ”. Laurence Gay; Caterina Severino. Faits et preuves dans le contentieux constitutionnel, Larcier-Bruylant, pp.33-56, 2024, 9782802773559. hal-04747384

HAL Id: hal-04747384

<https://hal.science/hal-04747384v1>

Submitted on 15 Feb 2025

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les faits du contentieux constitutionnel américain : une question de pouvoir pour les juges

Audrey BACHERT-PERETTI
Maître de conférences en droit public
Université de Lorraine (Metz), IRENEE

Le suspect arrêté a-t-il eu connaissance de son droit de garder le silence ?¹ Le journaliste poursuivi pour diffamation par une personnalité publique a-t-il agi avec une réelle malveillance et un désintérêt manifeste pour la vérité ?² Une injection létale à base de thiopental de sodium, de bromure de pancuronium et de chlorure de potassium crée-t-elle un risque substantiel de douleur ?³ Les jeux vidéo violents portent-ils atteinte au développement mental des enfants en favorisant leur agressivité ?⁴ Les campagnes de propagande électorale financées par des entreprises privées corrompent-elles les élus ?⁵ La peine de mort a-t-elle un effet dissuasif sur les criminels ?⁶ La consultation de matériels obscènes favorise-t-elle les comportements asociaux ?⁷ Y a-t-il encore actuellement des discriminations raciales persistantes en matière électorale⁸ ou en matière de sélection universitaire ?⁹ Toutes ces questions sont factuelles et ont dû être résolues par des juridictions américaines afin de se prononcer sur la constitutionnalité d'une décision publique, pour contrôler le comportement d'un officier de police, une loi adoptée par le Congrès fédéral ou encore des décisions administratives et juridictionnelles, fédérales et fédérées. Les faits surgissent ainsi fréquemment dans le contentieux constitutionnel américain.

Traditionnellement, l'appréciation des faits est régie par le droit processuel et tout particulièrement par les règles fédérales sur la preuve (*Federal Rules of Evidence*) codifiées en 1975, visant à établir un équilibre entre efficacité et fiabilité de la procédure¹⁰ ; le contentieux constitutionnel n'y fait pas exception, aucun corpus procédural spécifique à cette matière n'ayant été adopté au niveau fédéral. Tous les faits doivent être présentés par les parties et contre-examinés dans le cadre d'une procédure contradictoire. En effet, dans le système accusatoire américain, il revient aux parties de fournir au juge, et au jury lorsque sa présence est requise par la nature de l'affaire, toutes les informations de droit et de fait nécessaires pour résoudre le litige. Ces informations seront débattues devant la Cour avant que la décision ne soit rendue à partir des *findings of facts* et des *conclusions of law*. Le caractère accusatoire et contradictoire de la procédure vise à assurer la véracité ou, du moins, la fiabilité des informations utilisées pour trancher le litige¹¹.

¹ *Thompson v. Keohane*, 516 US 99 (1995).

² *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 US 29 (1971).

³ *Baze v. Rees*, 553 US 35 (2008).

⁴ *Brown v. Entertainment Merchants Associations*, 564 US 786 (2010).

⁵ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 US 310 (2010).

⁶ *Gregg v. Georgia*, 428 US 158 (1976).

⁷ *Paris Adult Theatre v. Staton*, 413 US 49 (1973).

⁸ *Shelby County v. Holder*, 570 US 529 (2013).

⁹ *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, n° 20-1199 (affaire pendante).

¹⁰ C. WRIGHT *et al.*, *Federal Practice and Procedure*, Thomson/West, 3^e éd., 2008 et suppl., 2018.

¹¹ S. LANDSMANN, « A Brief Survey of the Development of the Adversary System », *Ohio St. L. J.*, 1983, vol. 44, p. 714 ; E. SWARD, « Values, Ideology and the Evolution of the Adversary System », *Ind. L. J.*, 1989, vol. 64, p. 301 ; R. KAGAN, *Adversarial Legalism : The American Way of Law*, Harvard University Press, 2001 ; F. CROSS, « America the Adversarial », *Va. L. Rev.*, 2003, vol. 89, p. 189 ; W. RUBENSTEIN, « A Transactional Model of Adjudication », *Geo. L. J.*, 2001, vol. 89, p. 371 ; A. KESSLER, « Our Inquisitorial Tradition : Equity Procedure, Due Process, and the Search

Pour autant, il est admis qu'il n'est pas toujours possible, ni même nécessaire, de prouver, un par un, tous les faits nécessaires à la résolution d'une affaire. Le juge pourra alors en prendre acte à travers la « *judicial notice* », aujourd'hui codifiée dans les *Federal Rules of Evidence*. Il pourra admettre, sans examen spécifique ni débat contradictoire, les faits qui ne sont pas contestés sérieusement – soit qu'ils soient généralement admis au sein de la juridiction, soit qu'ils puissent être déterminés de manière simple et fiable à partir de sources dont l'exactitude ne peut être raisonnablement mise en doute¹². Les faits notoires ou aisément vérifiables sont ainsi concernés¹³. Par exemple, si un texte interdit de chasser les oiseaux à certaines dates, et qu'un individu est poursuivi pour avoir chassé des canards à ces dates, il pourra être admis par *judicial notice*, sans considération de preuve particulière, que les canards sont bien des oiseaux, cette information faisant partie de la connaissance commune. Visant à économiser du temps, de l'argent et de l'énergie, cette technique est considérée comme aussi ancienne que l'acte de juger lui-même et trouve une traduction dans la maxime latine *manifesta non indigent probatione*¹⁴. Elle vaut également pour les faits scientifiques qui sont, au moment du litige, admis comme des lois¹⁵, telles que la révolution héliocentrique ou l'attraction gravitationnelle¹⁶. Il s'agit là d'une exception à la règle selon laquelle les preuves scientifiques, et plus largement les témoignages d'experts, ne seront admis qu'après un examen de leur fiabilité par le juge¹⁷. Si la *judicial notice* vise à assouplir les contraintes procédurales caractéristiques du système accusatoire américain, elle est donc soumise à condition et les parties au litige peuvent s'opposer à son utilisation.

Enfin, il convient de souligner que le juge d'appel est considéré comme un juge du droit et non pas comme un juge des faits. Il doit donc accorder une déférence substantielle aux déterminations factuelles fondant les jugements de première instance¹⁸. Il ne pourra pas effectuer ce que les Américains appellent un contrôle indépendant ou *de novo*, pour évoquer un contrôle juridictionnel entier, des déterminations factuelles de première instance : celles des juges ne seront

for and Alternative to the Adversarial », *Cornell L. Rev.*, 2005, vol. 90, p. 1181 ; B. GOROD, « The Adversarial Myth », *Duke L. J.*, 2011, vol. 61, p. 13-24.

¹² Fed. R. Evid. 201 (b) et (f).

¹³ J. MCNAUGHTON, « Judicial Notice » in T. ROADY et R. COVINGTON (dir.), *Essays on Procedures and Evidence*, Vanderbilt University Press, 1961, p. 65.

¹⁴ T. STARKIE, *A Practical Treatise of the Law of Evidence and Digest of Proofs in Civil and Criminal Proceedings*, J. & W.T. Clarke, 1824, 3 vol. ; J. BENTHAM, « Rationale of Judicial Evidence », *The works of Jeremy Bentham*, John Bowring éd., 1843, vol. 6, p. 208, 276-278 ; J. B. THAYER, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Little, Brown & Co., 1898, p. 279 ; J. WIGMORE, *A Pocket Code of Rules of Evidence in Trials at Law*, Little, Brown & Co., 1910 ; E. MORGAN, « Judicial Notice », *Harr. L. Rev.*, 1944, vol. 57, p. 269 ; A. J. KEEFFE *et al.*, « Sense and Nonsense about Judicial Notice », *Stan. L. Rev.*, 1950, vol. 2, p. 664 ; K. C. DAVIS, « Judicial Notice », *Colum. L. Rev.*, 1955, vol. 55, p. 945 ; J. MCNAUGHTON, « Judicial Notice », art. cit. ; F. GUIDICE et C. W. KRAFT, « The Presently Expanding Concept of Judicial Notice », *Vill. L. Rev.*, 1968, vol. 13, p. 528 ; C. ONSTOTT, « Judicial Notice and the Law's "Scientific" Search for Truth », *Akron L. Rev.*, 2007, vol. 40, p. 465 ; P. J. KIERNAN, « Better Living Through Judicial Notice », *Litigation*, 2009, vol. 36, p. 42 ; J. BELLIN et A. G. FERGUSON, « Trial by Google : Judicial Notice in the Internet Age », *Nw. U. L. Rev.*, 2014, vol. 108, p. 1143-1153.

¹⁵ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 US 579 (1993).

¹⁶ G. SEGAL, « Clashing Standards in the Courtroom : Judicial Notice of Scientific Facts », *Colum. J. L. & Soc. Probs.*, 2018, vol. 51, p. 523 ; C. ONSTOTT, art. cit.

¹⁷ Fed. R. Evid. 702. Cette règle a été codifiée en 2000 et retranscrit les principes dégagés par la Cour suprême en 1993 dans la décision de principe en la matière : *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, précitée, qui a renforcé le rôle de filtre des juges en matière d'admissibilité des preuves scientifiques. Cette décision constitue l'aboutissement d'une évolution depuis la toute première décision s'étant prononcée sur cette question de l'admissibilité des témoignages scientifiques en 1923 : DC Circuit, 1923, *Fryer v. US*, 293 F. 1013. Après la décision *Daubert*, la Cour suprême a étendu sa portée pour la rendre applicable à tous les témoignages d'experts, avec la décision *Kumho Tire Co. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

¹⁸ C. CLARK et F. STONE, « Review of Findings of Facts », *U. Chi. L. Rev.*, 1937, vol. 4, p. 190 ; M. LOUIS, « Allocating Adjudicative Decision Making Authority Between the Trial and Appellate Levels : A Unified View of the Scope of Review, the Judge/Jury Question and Procedural Discretion », *N.C. L. Rev.*, 1986, vol. 64, p. 993 ; K. YOSHINO, « Appellate Deference in the Age of Facts », *Wm & Mary L. Rev.*, 2016, vol. 58, p. 251.

remises en cause que si elles sont clairement erronées¹⁹ et celles des jurys, qu'en l'absence de preuves substantielles les soutenant²⁰. Ce principe repose sur la volonté de protéger l'efficacité et la stabilité des décisions juridictionnelles. Une remise en cause plus aisée des faits établis en première instance nuirait à la confiance dans le système judiciaire, rendrait superfétatoire l'intervention du jury²¹, principe pourtant essentiel du droit américain et constitutionnellement protégé²², favoriserait la multiplication des appels, sans que les juges supérieurs ne disposent nécessairement de compétences accrues en matière d'évaluation des faits et désavantagerait les requérants ne pouvant se permettre financièrement de prolonger la durée de la procédure dans laquelle ils sont engagés.

Les règles relatives à l'établissement des faits sont donc relativement strictes, encadrant fermement les compétences des juges, de première instance comme d'appel. Si ces caractéristiques, liées à la dimension accusatoire du système américain, sont parfois considérées comme plus efficaces que celles du système inquisitoire²³, elles traduisent également l'idée, plus générale, que les juridictions doivent jouer un rôle limité dans une société démocratique, à savoir résoudre des différends entre des prétentions concrètes opposées²⁴. Cette affirmation récurrente est liée à la difficulté contre-majoritaire qui constitue une antienne du constitutionnalisme américain²⁵. Pour autant, les faits mobilisés en pratique et tout particulièrement dans le contentieux constitutionnel ne sont pas tous traités de la même manière. Des distinctions entre différents types de faits sont ainsi apparues, avec pour objectif d'écarter la rigueur des règles processuelles pour certains d'entre eux (I). Ces derniers sont alors fréquemment et aisément mobilisés, mettant en relief l'immense pouvoir des juges américains, et tout particulièrement celui de la Cour suprême (II).

I. Distinguer les faits pour écarter la rigueur du droit processuel américain

Les faits mobilisables lors des litiges sont distingués en fonction de leurs caractéristiques, conduisant à leur appliquer des régimes juridiques de présentation différents. Si Kenneth Culp Davis a proposé une distinction fondatrice entre ce qu'il qualifie d'*adjudicative facts* et de *legislative facts* (A), celle-ci ne va pas sans poser de questions et la doctrine américaine a proposé de nombreuses qualifications alternatives sans qu'aucune n'emporte véritablement l'adhésion (B).

A. L'œuvre fondatrice de Kenneth Culp Davis : la distinction entre *adjudicative facts* et *legislative facts*

La distinction des faits la plus connue est celle qui opère entre les faits adjudicatifs (*adjudicative facts*) et les faits législatifs (*legislative facts*). Elle a été formulée pour la première fois dans l'article « An Approach to the Problems of Evidence in the Administrative Process », publié à la

¹⁹ Fed. R. Civ. Proc. 52(a)(6), adoptée en 1935 ; *US v. Gypsum Co.* 333 US 364 (1948).

²⁰ A. REID, « Fructifying the First Amendment : An Asymmetric Approach to Constitutional Fact Doctrine », *Fed. Cts. L. Rev.*, 2019, vol. 11, p. 114.

²¹ C. WRIGHT, « The Doubtful Omniscience of Appellate Court », *Minn. L. Rev.*, 1957, vol. 41, p. 764 ; E. COOPER, « Rationing and Rationalizing the Resources of Appellate Review », *Notre Dame L. Rev.*, 1988, vol. 63, p. 645 ; G. CHRISTIE, « Judicial Review of Findings of Fact », *Nw. U. L. Rev.*, 1992, vol. 87, p. 14 ; C. BORGMAN, « Appellate Review of Social Facts in Constitutional Rights Cases », *Calif. L. Rev.*, 2013, vol. 101, p. 1200-1203 ; A. REID, « Safeguarding Fair Use through First Amendment's Asymmetric Constitutional Fact Review », *Wm & Mary Bill Rts J.*, 2019, vol. 28 p. 27.

²² Constitution des États-Unis d'Amérique, Sixième et Septième Amendements.

²³ D. A. SKLANSKY, « Anti-Inquisitorialism », *Harv. L. Rev.*, 2009, vol. 122, p. 1634.

²⁴ L. FULLER, « The Forms and Limits of Adjudication », *Harv. L. Rev.*, 1978, vol. 92, p. 353 ; S. WINTER, « The Metaphor of Standing and the Problem of Self-Governance » *Stan. L. Rev.*, 1988, vol. 40, p. 1371 ; C. SUNSTEIN, « Of Citizen Suits, Injuries and Article III », *Mich. L. Rev.*, 1992, vol. 91, p. 163 ; B. GOROD, art. cit.

²⁵ Voy. not. I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2016.

Harvard Law Review en 1942²⁶, par le Professeur Kenneth Culp Davis, un administrativiste qui est rapidement devenu l'auteur de référence sur cette question²⁷. Son objectif était de faire échapper les faits législatifs à la rigueur du droit processuel américain, pour mieux contrôler les décisions des agences administratives, dans un contexte de montée en puissance de leur pouvoir décisionnel.

Les *adjudicative facts* concernent les parties à un litige, ce qu'elles ont fait et dans quelles circonstances. Parfois qualifiés de « faits historiques »²⁸, de « faits spécifiques à l'espèce » (*case-specific facts*)²⁹ ou de faits « qui a fait quoi » (*whodunit facts*)³⁰, ils constituent la « matière première des litiges »³¹, permettant de répondre aux questions : qui, quoi, quand, où, comment et avec quelle intention ? Ils sont soumis aux règles traditionnelles régissant l'établissement des faits et l'admissibilité des preuves. Parce qu'ils concernent intimement les parties, ces dernières ont le droit de les contester lors du procès, à travers l'interrogatoire des témoins ou le refus de la *judicial notice*. Il s'agit d'une exigence essentielle du *due process*.

À l'inverse, les *legislative facts* ne concernent pas seulement les parties au litige. Ils « dépassent l'espèce sur laquelle le juge doit se prononcer »³², ils sont des « vérités établies, des faits ou des descriptions qui ne varient pas entre les affaires mais s'appliquent de manière universelle »³³, ce sont des observations générales sur la manière dont le monde fonctionne³⁴. Ils sont qualifiés de faits législatifs, non pas parce qu'ils auraient été établis par le législateur, mais parce qu'ils permettent l'exercice par le juge d'une fonction législative comprise au sens large de création du droit³⁵. Ils pourraient ainsi être qualifiés de « faits à visée normative ». Ils servent de fondement, de justification à l'exercice du pouvoir interprétatif et normatif du juge, pour combler une lacune du *common law*, interpréter un texte ou découvrir un principe constitutionnel. Pour Kenneth Culp Davis, c'est donc leur fonction et non pas leur origine qui explique leur qualification, même si leur degré de généralité est également pris en compte.

La reconnaissance de la spécificité de ces faits conduit à écarter l'application des règles traditionnelles de l'administration de la preuve car ainsi que le souligne Davis en 1942, il serait injuste de permettre aux parties de contrôler strictement des faits qui affecteront bien d'autres individus³⁶. Dans cette perspective, le juge doit être libre de retenir les faits législatifs qu'il désire et le juge d'appel de contrôler *de novo* ceux établis en première instance et même d'en découvrir de nouveaux. Cette distinction entre faits législatifs et faits adjudicatifs et la manière dont ils doivent être respectivement appréhendés par les juges sont aujourd'hui considérées comme faisant partie des principes traditionnels du droit processuel américain ; on les retrouve dans la codification fédérale relative à l'administration de la preuve en matière pénale et civile devant les juridictions

²⁶ K. C. DAVIS, « An Approach to the Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harv. L. Rev.*, 1942, vol. 55, p. 364.

²⁷ K. C. DAVIS, « Judicial Notice », art. cit. ; K. C. DAVIS, « Facts in Lawmaking », *Colum. L. Rev.*, 1980, vol. 80, p. 931 ; K.C. DAVIS, « Judicial, Legislative and Administrative Law Making : A Proposed Research Service for the Supreme Court », *Minn. L. Rev.*, 1986, vol. 71, p. 1.

²⁸ D. HOROWITZ, *The Courts and Social Policy*, Brookings Institution Press, 1977, p. 45.

²⁹ D. FAIGMAN, *Constitutional Fictions : A Unified Theory of Constitutional Facts*, Oxford University Press, 2008, p. 46.

³⁰ A. LARSEN, « Confronting Supreme Court Factfinding » *Va. L. Rev.*, 2012, vol. 98, p. 1255.

³¹ A. WOOLHANDLER, « Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts », *Vand. L. Rev.*, 1988, vol. 41, p. 113-114.

³² D. FAIGMAN, *op. cit.*, p. 552.

³³ A. KEMPER, « What Constitutes "Adjudicative Facts" Within Meaning of Rule 201 of Federal Rules of Evidence Concerning Judicial Notice of Adjudicative Facts », *A.L.R. FED.*, 1998, vol. 150, p. 543 ; A. MULLINS, « Opportunity in the Age of Alternative Facts », *Washburn L. J.*, 2019, vol. 58, p. 586.

³⁴ A. LARSEN, « Constitutional Law in an Age of Alternative Facts », *N.Y.U. L. Rev.*, 2018, vol. 93, p. 186.

³⁵ R. KEETON, « Legislative Facts and Similar Things », *Minn. L. Rev.*, 1988, vol. 73, p. 1.

³⁶ K. C. DAVIS, « Problems of Evidence », art. cit., p. 405.

de première instance³⁷, sans que celle-ci ne précise explicitement comment distinguer les faits adjudicatifs, soumis à la rigueur du droit processuel américain, et les faits législatifs qui y échappent. La reconnaissance de l'existence de faits législatifs témoigne de l'acceptation du pouvoir normatif du juge aux États-Unis même si les contours de ce pouvoir peuvent faire l'objet de débat³⁸ quand l'admission de leur traitement différencié limite la dimension accusatoire du procès américain qui ne doit pas être exagérée et a même pu être qualifiée de « mythe » par certains commentateurs³⁹ : le rôle du juge dans l'établissement des faits ne peut en aucun cas être négligé.

Si la portée des travaux de Kenneth Culp Davis apparaît comme particulièrement significative, notamment parce que le droit positif du procès américain retient aujourd'hui la distinction qu'il a proposée en 1942, il convient de souligner que son article ne constitue pas une proposition imaginée de toute pièce par un esprit très créatif. Celui-ci systématise en réalité le traitement, déjà différencié à son époque, de certains faits. Par ailleurs, la distinction qu'il propose ne permet de rendre compte de la pratique juridictionnelle que de façon limitée. Des distinctions alternatives ont alors pu être proposée, sans véritablement parvenir à systématiser le travail juridictionnel en la matière de manière satisfaisante.

B. Les hésitations de la doctrine face au traitement juridictionnel des faits

Dès le début des années 1920, la Cour suprême a reconnu que certains faits devaient être considérés comme des « faits juridictionnels » (*jurisdictional fact*)⁴⁰, c'est-à-dire des faits devant être établis ou, à tout le moins, contrôlés rigoureusement par une juridiction impartiale et indépendante et non pas seulement déterminés par une agence administrative dont la décision serait simplement acceptée par la juridiction. Ainsi, la valeur d'une propriété individuelle ou encore la qualité de citoyen d'un individu ne pouvaient pas être laissées à la seule discrétion de l'agence ayant effectué cette détermination au cours de sa prise de décision pour établir le montant d'un impôt⁴¹ ou pour décider de l'expulsion hors des États-Unis de l'individu en question⁴². Ces faits devaient recevoir un traitement spécifique en raison de leurs conséquences pour les individus. Les exigences constitutionnelles du *due process* demandaient qu'un contrôle juridictionnel entier, dit *de novo* ou indépendant, de ces déterminations factuelles soit possible, car ainsi que le juge Brandeis pouvait l'affirmer « la perte de la propriété et de la vie, ou de tout ce qui fait que la vie mérite d'être vécue, ne peut se dérouler sans la sécurité du procès juridictionnel »⁴³. Déjà, la qualification de certains faits comme des « faits juridictionnels » était liée à la manière dont le juge devait les appréhender et visait à offrir à ce dernier une latitude plus importante que celle dont il dispose ordinairement.

Cette ligne jurisprudentielle a constitué le point de départ de la mise en lumière d'une autre catégorie de faits, dite des « faits constitutionnels » (*constitutional facts*), pleinement

³⁷ La *judicial notice* n'est ainsi applicable qu'aux faits dit adjudicatifs (*Fed. R. Evid.*, 201(a)), sans que ces derniers ne soient explicitement définis par les *Federal Rules of Evidence*. Pour autant, cela ne signifie pas que les *legislative fact* doivent être soumis aux règles classiques régissant l'admissibilité des preuves, au contraire, ils sont conçus comme pouvant être mobilisés très librement par le juge. Cela ressort tout particulièrement des *Notes of the Advisory Committee* qui accompagnent toutes les publications des règles processuelles américaines. Cette commission a été établie dans les années 1970 pour préparer la codification de ces règles, son projet est celui qui a été discuté par la *Judicial Conference of the United States* et la Cour Suprême avant d'être délibéré, amendé et adopté par le Congrès fédéral. Voy. C. BORGMAN, art. cit., p. 1205 ; K. PETROSKI, « Text versus Testimony : Rethinking Legal Uses of Non-Legal Expertise », *U. Haw. L.Rev.*, 2013, vol. 25, p. 81.

³⁸ A. WOOLHANDER, « Rethinking the Judicial Reception of Legislative Facts », *Vand. L. Rev.*, 1988, vol. 41, p. 115.

³⁹ B. GOROD, art. cit.

⁴⁰ *Ohio Valley Water Co. v. Ben Avon Borough*, 253 US 287 (1920).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ng Fung Ho v. White*, 259 U.S. 276 (1922).

⁴³ *Ibid.*, p. 284-285.

développée à partir de la décision *Cromwell v. Benson*⁴⁴ datant de 1932. Si la Cour n'emploie pas le terme dans cette affaire, l'un de ses commentateurs, John Dickinson⁴⁵, est généralement considéré comme l'ayant inventé⁴⁶. Ces « faits constitutionnels » sont ceux qui sont déterminants dans la résolution d'une question de constitutionnalité. Ils ont pu parfois être qualifiés d'*ultimate facts*⁴⁷. S'ils ont connu un usage extensif durant l'ère Lochner, lors de laquelle la Cour s'était positionnée comme un garant vigilant de la *substantive due process* ayant fermement encadré les réformes progressistes du début du XXe siècle⁴⁸, la désuétude de cette ligne jurisprudentielle n'a pas provoqué leur disparition⁴⁹.

On retrouve aujourd'hui cette catégorie, parfois de manière implicite sans que le terme de « faits constitutionnels » ne soit toujours employé, dans les hypothèses les plus classiques du contrôle de constitutionnalité. Ordinairement, ce n'est qu'à l'occasion d'un litige entre des prétentions contraires qu'une question de constitutionnalité pourra être posée, de manière incidente, en vue de la résolution de l'affaire⁵⁰. En effet, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article III de la Constitution américaine, les juges ne peuvent normalement se prononcer que sur des *cases and controversies*. De ce point de vue, les faits de l'espèce délimitent autant les questions à résoudre qu'ils conditionnent la solution du litige et les exigences constitutionnelles présentent une dimension défensive pour la partie qui les invoque⁵¹. Certaines affaires impliquant le Premier Amendement et relatives à la liberté d'expression constituent une illustration particulièrement pertinente de ces cas dans lesquels les faits de l'espèce apparaissent déterminants pour résoudre le litige et la question de constitutionnalité afférente. Ainsi, par exemple, une des possibilités pour pouvoir interdire un discours sans violer la Constitution est de démontrer que celui-ci est obscène, une question éminemment factuelle puisqu'elle dépend des caractéristiques du discours en question⁵². Au-delà du Premier Amendement, le contrôle du respect d'autres garanties constitutionnelles peut également donner lieu à l'appréhension de faits très précis⁵³, qu'il s'agisse de déterminer si la confession d'un suspect a été volontaire⁵⁴, ce qui assure le respect du Cinquième Amendement ou si un découpage électoral réalisé par une loi fédérée a conduit à une dilution des voix de certains électeurs, ce qui est contraire aux garanties du Quatorzième Amendement⁵⁵.

⁴⁴ 285 US 22 (1932).

⁴⁵ J. DICKINSON, « Judicial Review of Administrative Determination of Questions of Constitutional Facts », *U. Pa. L. Rev.*, 1932, vol. 80, p. 1055.

⁴⁶ A. LARSON, « The Doctrine of Constitutional Fact », *Nw. U. L. Rev.*, 1941, vol. 15, p. 185 ; L. L. JAFFE, « Judicial Review : Constitutional and Jurisdictional Fact », *Harv. L. Rev.*, 1957, vol. 70, p. 953 ; J. MONAGHAN, « Constitutional Fact Review », *Colum. L. Rev.*, 1985, vol. 85, p. 229 ; J. SCHECHTER, « De Novo Judicial Review of Administrative Agency Factual Determination Implicating Constitutional Rights », *Colum. L. Rev.*, 1988, vol. 88, p. 1483.

⁴⁷ J. MONAGHAN, art. cit., p. 230.

⁴⁸ H. W. BIKLE, « Judicial Determination of Questions of Facts Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action », *Harv. L. Rev.*, 1924, vol. 33, p. 3 ; Note, « The Presentation of Facts Underlying the Constitutionality of Statutes », *Harv. L. Rev.*, 1936, vol. 49, p. 631 ; Note, « The Consideration of Facts in Due Process Cases », *Colum. L. Rev.*, 1930, vol. 30, p. 360.

⁴⁹ M. REDISH et W. GOHL, « The Wandering Doctrine of Constitutional Fact », *Ariz. L. Rev.*, 2017, vol. 59, p. 291.

⁵⁰ R. FALLON, « Marbury and the Constitutional Mind : A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension », *Cal. L. Rev.*, 2003, vol. 91, p. 12-16 ; H. MONAGHAN, « Constitutional Litigation : The Who and the When », *Yale L. J.*, 1973, vol. 82, p. 1365.

⁵¹ A. CHAYES, « The Role of Judges in Public Law Litigation », *Harv. L. Rev.*, 1976, vol. 89, p. 1281 ; R. PUSHAW, « Article III's Case/Controversy Distinction and the Dual Function of Federal Courts », *Notre Dame L. Rev.*, 1994, vol. 69, p. 447 ; R. FALLON, « The Supreme Court, 1996 Term – Foreword : Implementing the Constitution », *Harv. L. Rev.*, 1997, vol. 111, p. 54.

⁵² *Kois v. Wisconsin*, 408 US 229 (1972).

⁵³ M. REDISH et W. GOHL, art. cit., p. 289.

⁵⁴ *Miller v. Fenton*, 474 US 104 (1985).

⁵⁵ *League of United Latin American Citizens v. Perry*, 546 US 399 (2006).

S'ils semblent être des *adjudicative facts* dans la terminologie de Kenneth Culp Davis puisqu'ils concernent les faits précis de l'affaire en cause, ils présentent la spécificité procédurale de pouvoir être contrôlés *de novo* en appel, même s'ils sont généralement introduits en première instance en suivant les règles classiques du droit processuel général. Cette exception a été explicitement reconnue par la Cour suprême en 1984 afin, selon la justification proposée par la Cour, d'offrir une protection maximale aux individus⁵⁶. La dimension défensive des garanties constitutionnelles apparaît ici avec force, justifiant de renforcer les pouvoirs du juge pour lui assurer toute son efficacité. Cette souplesse procédurale pour le juge d'appel permet de qualifier également ces faits de « faits constitutionnels » dans la lignée de la jurisprudence *Cromwell v. Benson* et les éloigne des caractéristiques traditionnelles des « faits adjudicatifs ».

Alors que dans ces hypothèses, les « faits constitutionnels » sont propres à la situation d'espèce, dans d'autres cas, les faits à prendre en compte sont beaucoup plus généraux : ils ne concernent pas directement et seulement les parties au procès. Cela s'explique par le fait qu'en dépit des limites posées par l'article III de la Constitution, il n'est pas rare que le litige et la solution retenue par le juge dépassent le cadre limité de l'affaire concrète d'un requérant. Les décisions relatives à la constitutionnalité des lois, tout particulièrement lorsqu'elles sont rendues par la Cour suprême et qu'elles sont relatives à des lois fédérales, pourront ne pas concerner seulement les parties au litige. Ce ne sera pas uniquement l'application de la loi à un cas d'espèce qui sera examinée (*as-applied challenges*) mais bien la loi en tant que telle (*facial challenges*)⁵⁷. Cela est d'autant plus vrai que la Cour suprême est parfois sollicitée avant même toute application de la loi. Les faits mobilisés sont alors très généraux, ils ne concernent pas uniquement les parties au procès. S'ils sont bien des « faits constitutionnels », ils s'éloignent de la définition des faits adjudicatifs au sens de Kenneth Culp Davis puisqu'ils ne sont pas des faits « qui a fait quoi ». Tel était par exemple le cas, avant la décision *Dobbs* de 2022⁵⁸, des faits utilisés pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois restreignant le droit des femmes à choisir d'avorter. Alors que ces textes ne pouvaient être jugés constitutionnels que s'il était démontré qu'ils n'imposaient pas de « fardeau excessif » sur les femmes désirant avorter, les juridictions devaient notamment examiner si les restrictions imposées n'avaient pas pour conséquence de priver les femmes d'un dispositif nécessaire à la protection de leur santé. Ainsi, dans la décision *Gonzales v. Carhart*⁵⁹, la Cour suprême a dû évaluer si les procédures dites de dilatation et d'extraction intacte du fœtus constituaient la méthode la plus sûre, limitant les risques de déchirement cervical et de perforation utérine, afin de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi fédérale les interdisant. Il ne s'agissait pas de savoir si le droit d'une requérante particulière à pouvoir avorter n'était pas excessivement restreint par leur interdiction, mais bien d'effectuer une évaluation globale et prospective des conséquences pratiques de cette dernière.

Qu'ils soient propres à la situation d'un requérant ou plus généraux, les questionnements factuels sont omniprésents dans le contentieux constitutionnel. Cela s'explique par le fait qu'ils permettent de vérifier le respect des critères associés aux différents standards de contrôle employés par les juges pour évaluer la constitutionnalité des décisions publiques⁶⁰. Alors que les juridictions américaines se distinguent par le fait qu'elles n'utilisent pas un standard unique de contrôle, tel que le contrôle de proportionnalité utilisé par d'autres juridictions à travers le monde

⁵⁶ *Bose Corporation v. Consumers Union of the United States*, 466 US 485 (1984).

⁵⁷ M. DORF, « Facial Challenges to State and Federal Statutes », *Stan. L. Rev.*, 1994, vol. 46, p. 235 ; M. ISSERLES, « Overcoming Overbreadth : Facial Challenges and the Valid Rule Requirement », *Am. U. L. Rev.*, 1998, vol. 48, p. 259 ; M. ADLER et M. DORF, « Constitutional Existence Conditions and Judicial Review », *Va. L. Rev.*, 2003, vol. 89, p. 1105 ; R. FALLON, « Fact and Fiction about Facial Challenges », *Cal. L. Rev.*, 2011, vol. 99, p. 915.

⁵⁸ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US ___ (2022).

⁵⁹ *Gonzales v. Carhart*, 550 US 124 (2008).

⁶⁰ N. DEVINS, « Congressional Factfinding and the Scope of Judicial Review : A Preliminary Analysis », *Duke L. J.*, 2001, vol. 50, p. 1169 ; D. SOLOVE, « The Darkest Domain : Deference, Judicial Review and the Bill of Rights », *Iowa L. Rev.*, 1999, vol. 84, p. 955 ; J. MCGINNIS et C. MULANEY, art. cit., p. 675.

lorsqu'elles évaluent la constitutionnalité ou le respect de droits fondamentaux des mesures contestées devant elles⁶¹, il convient de souligner deux éléments. D'une part, elles emploient de très nombreux standards de mise en balance qui impliquent de se prononcer sur les rapports entre les objectifs visés et les moyens retenus pour les atteindre⁶², ce qui nécessite des appréciations du contexte factuel dans lequel la mesure contestée trouvera à s'appliquer⁶³. À titre d'illustration, dans la décision *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, la Cour a conclu à l'inconstitutionnalité de l'interdiction générale des images pédopornographiques, y compris celles générées uniquement par un ordinateur sans recours à des enfants, car selon elle, cette interdiction n'était pas nécessaire pour atteindre les objectifs du législateur, malgré leur importance. Elle a en effet considéré que la loi ne permettait ni d'empêcher que de telles images soient utilisées pour séduire des enfants, ni d'éviter de nourrir les appétits des pédophiles, ni d'éliminer le marché de la pornographie juvénile⁶⁴. D'autre part, la mise en œuvre de standards de contrôle plus catégoriels ne supprime pas la nécessité de prendre appui sur des évaluations factuelles. Par exemple, pour déterminer si une peine, prévue par la loi, est cruelle au regard « des standards de décence d'une société sur la voie de la maturité »⁶⁵ et donc inconstitutionnelle sur le fondement du Huitième Amendement, les juges vont rechercher l'opinion majoritaire du pays sur cette question en observant les différentes législations étatiques et fédérales en vigueur ainsi que la manière dont elles sont mises en œuvre. Ainsi, la Cour suprême a pu conclure en 1989 que la peine de mort pour les mineurs n'était pas une peine cruelle et inusitée⁶⁶ mais qu'elle l'était devenue en 2005⁶⁷ au regard des évolutions des législations étatiques et des usages de cette peine, en constante diminution au fil du temps.

Les évaluations factuelles sont donc fréquentes et déterminantes. Elles sont nécessaires pour appliquer les différents standards de contrôle façonnés par les juridictions et tout particulièrement par la Cour suprême. Toutefois, dans ces exemples, il s'agit bien d'appliquer ces standards et non pas de les imaginer. Les faits mobilisés peuvent donc difficilement être qualifiés de *legislative facts*, au sens de « faits à visée normative », même s'ils auront un effet sur l'état du droit positif au sens large, puisque la reconnaissance de la constitutionnalité des mesures contestées conditionne leur application pour l'avenir, voire leur maintien en vigueur pour celles de valeur infra-législatives. Au regard de leur généralité, de leur utilité et de leur traitement par les juges, ces faits sont parfois qualifiés de faits constitutionnels révisables (*reviewable constitutional facts*)⁶⁸ pour souligner qu'ils sont déterminants pour la question de constitutionnalité et qu'ils sont soumis à un contrôle indépendant des juges d'appel, quel que soit leur lien, plus ou moins important, avec la situation particulière du requérant.

Cette dénomination permet alors de les distinguer des faits constitutionnels doctrinaux (*doctrinal constitutional facts*) qui sont plus proches des *legislative facts* au sens fonctionnel que lui a donné Kenneth Culp Davis. Ils permettent en effet d'interpréter la Constitution en façonnant les standards de contrôle que les juridictions utiliseront à l'avenir pour vérifier son respect. De nombreux faits sont mobilisés dans ces circonstances. Ils servent alors de justification aux lignes jurisprudentielles qui concrétisent plus ou moins fidèlement le texte suprême et constituent ce

⁶¹ Voy. par ex. D. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, 2004.

⁶² Pour plus de précisions sur cette double question de la nature des standards de contrôle et sur la spécificité (limitée) de la situation américaine en la matière, qu'il soit permis de renvoyer à notre thèse : *Les rapports entre Cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de common law*, LGDJ, 2019, Deuxième partie.

⁶³ Voy not. D. SOLOVE, art. cit.

⁶⁴ 535 US 234 (2002).

⁶⁵ *Trop v. Dulles*, 356 US 86 (1958).

⁶⁶ *Stanford v. Kentucky*, 492 US 361 (1989).

⁶⁷ *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

⁶⁸ D. FAIGMAN, *op. cit.*, p. 170.

que les Américains appellent « la doctrine constitutionnelle »⁶⁹. Ils peuvent être qualifiés de faits législatifs car ils servent d'appui à l'exercice du pouvoir interprétatif du juge, ne serait-ce que de façon rhétorique, pour mieux asseoir l'interprétation constitutionnelle retenue. Il convient toutefois d'être vigilant dans l'utilisation de ce terme de fait législatif car si son sens est souvent celui que lui a donné Kenneth Culp Davis, une autre signification est possible. La Cour suprême utilise ainsi parfois l'expression pour désigner les assertions factuelles faites par le Congrès et les législatures étatiques en vue de justifier l'adoption de certaines mesures. À titre d'illustration, dans la décision *Dennis v. United States* de 1951, la Cour a confirmé la constitutionnalité du *Smith Act of 1945* en soulignant que son adoption avait été justifiée explicitement par le Congrès, en insistant sur le danger que représentait pour la sécurité nationale le Parti communiste et la nécessité de pouvoir condamner ceux qui incitaient à renverser le gouvernement par la violence. Si la dimension fonctionnelle de ces faits n'est pas absente, en ce qu'ils ont influencé les choix normatifs du Congrès, le terme est explicitement employé par la Cour pour souligner qu'ils avaient été établis par le législateur. Toutefois, si l'on retient la terminologie davisienne mettant l'accent sur la dimension fonctionnelle des faits et non pas sur leur origine organique, ceux mobilisés pour interpréter la Constitution et façonner les standards de contrôle peuvent bien être qualifiés de faits législatifs.

Une illustration éclairante de cette catégorie se retrouve en matière de protection contre les discriminations, associée à une doctrine constitutionnelle particulièrement raffinée. Si toute différence de traitements n'est évidemment pas interdite, la Cour suprême a déterminé différents standards de contrôle en fonction des raisons fondant les différences de traitements. Certaines raisons étant plus suspectes que d'autres⁷⁰, la race l'étant par exemple plus que le genre⁷¹, le contrôle qui y sera associé sera plus exigeant. La détermination du caractère particulièrement suspect d'une raison repose sur différents critères, tels que l'existence d'un désavantage historique persistant pour la catégorie de personnes ainsi identifiée, le fait que le désavantage en question soit fondé sur une caractéristique personnelle immuable ou que les personnes ne peuvent pas changer sans un coût personnel élevé, et qu'il conduise à une impuissance ou une faiblesse politique justifiant une protection juridictionnelle particulière⁷². Des éléments factuels seront donc mobilisés par les juges afin de déterminer si la classe est suspecte, et pour en déduire la rigueur du standard de contrôle qu'il conviendra de lui appliquer à l'avenir. À titre d'illustration, dans l'affaire *Windsor*, était contesté le *Defense of Marriage Act* qui interdisait d'appliquer les avantages fédéraux bénéficiant aux couples mariés lorsque ces couples étaient composés de personnes de même sexe, même s'ils étaient légalement mariés selon une loi étatique⁷³. Alors que la Cour n'avait encore jamais eu l'occasion de se prononcer sur des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, Edith Windsor, légalement mariée à sa compagne dans l'État de New York, a formé un recours contre cette loi fédérale et demandé l'application d'un contrôle rigoureux. Pour soutenir cette prétention, elle a présenté à la Cour sa propre histoire, mais aussi des témoignages d'universitaires travaillant sur ces questions afin de démontrer que les différences de traitements fondées sur

⁶⁹ C. FRIED, « Constitutional Doctrine », *Harv. L. Rev.*, 1994, vol. 107, p. 1140 ; K. ROOSEVELT III, « Constitutional Calcification : How the Law Becomes What the Court Does », *Cal. L. Rev.*, 2005, vol. 91, p. 1649 ; D. CHANG, « Structuring Constitutional Doctrine : Principles, Proof and the Functions of Judicial Review », *Rutgers L. Rev.*, 2006, vol. 58, p. 777 ; R. FALLON, « A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation », *Harv. L. Rev.*, 1987, vol. 100, p. 1189 ; R. FALLON, « Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning » *Harv. L. Rev.*, 2006, vol. 199, p. 1274.

⁷⁰ *Bolling v. Sharpe*, 347 US 497 (1954).

⁷¹ Comparer, d'une part, *Graig v. Boren*, 429 US 190 (1970) qui fixe le standard de contrôle en matière de discrimination fondée sur le sexe (*classification by gender must be substantially related to the achievement of important governmental objectives*) et d'autre part, *McLaughlin v. Florida*, 379 US 184 (1964), *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967) et *Palmore v. Sidotti*, 466 US 429 (1984) qui fixent celui utilisé en matière de discrimination raciale (*racial classification must be necessary to the accomplishment of compelling governmental interests*).

⁷² *San Antonio School District v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973).

⁷³ *United States v. Windsor*, 570 US 744 (2013).

L'orientation sexuelle étaient des discriminations suspectes, qu'il fallait donc les contrôler strictement, car il existait un désavantage historique de la communauté LGBT, qui était encore politiquement impuissante ou, à tout le moins défavorisée, et ce, en raison d'une caractéristique personnelle extrêmement importante pour les individus. Si les faits mobilisés avaient donc pour objet de déterminer le standard de contrôle à appliquer, certains étaient propres à la situation d'Edith Windsor et d'autres étaient beaucoup plus généraux. Si tous peuvent être qualifiés de faits constitutionnels doctrinaux et de faits législatifs si l'on met l'accent sur le critère de distinction fonctionnel proposé par Kenneth Culp Davis, il n'en va pas de même si on prend en compte leur degré de généralité respectif, les premiers semblant se rapprocher des faits adjudicatifs/faits de l'espèce et les seconds des faits législatifs/faits généraux.

À la lumière de ce panorama, il apparaît que si la qualification précise des faits mobilisés n'est pas toujours aisée, la détermination de la constitutionnalité d'une décision publique repose largement sur des évaluations factuelles, permettant aussi bien de formuler les standards de contrôle que de vérifier la satisfaction des différents critères qui composent ces derniers. Dans les deux situations, ces faits peuvent être propres à la situation du requérant ou beaucoup plus généraux. Face à cette situation, certains auteurs proposent de faire de cette dernière dichotomie le critère de distinction des différents faits. Il s'agit alors de traiter différemment ceux qui ne concernent pas uniquement la situation des parties au litige, qualifiés de « faits sociaux » (*social facts*)⁷⁴, qu'ils soient utilisés pour façonner les standards de contrôle (*constitutive social facts*) ou pour les appliquer dans une affaire (*dispositive social facts*)⁷⁵.

On le voit, les faits, d'espèce et généraux, sont omniprésents dans le contentieux constitutionnel et si leur appréhension a fait l'objet d'une attention soutenue de la part de la doctrine académique, leur distinction, à partir des différentes catégories que cette dernière a pu proposer, n'est pas des plus simples. Si certains faits généraux permettent de façonner la doctrine constitutionnelle, d'autres ne sont utilisés que pour trancher la question précise de la constitutionnalité d'une mesure sans se prononcer sur l'interprétation générale de la Constitution, comme dans les décisions *Free Speech Coalition* et *Carhart*. À l'inverse, certains faits propres au requérant peuvent être mobilisés, non seulement pour trancher le cas d'espèce, mais aussi pour façonner la doctrine constitutionnelle comme dans l'affaire *Windsor*.

En outre, alors que la distinction proposée par Kenneth Culp Davis se retrouve dans le droit processuel positif, la Cour suprême fait très peu référence aux notions de fait adjudicatif et de fait législatif. Elle emploie d'ailleurs ce dernier terme le plus souvent pour qualifier les faits mobilisés explicitement par le législateur pour justifier les mesures adoptées et elle n'a jamais proposé de lignes directrices générales quant à la manière d'appréhender les faits qui ne seraient pas propres au requérant. Plus largement, il convient de souligner que, bien souvent, les juges ne qualifient pas expressément les faits. S'ils le font parfois en ce qui concerne les faits dits législatifs pour justifier la mise à l'écart des règles d'administration de la preuve, cette dernière est parfois opérée sans précision sur la nature des faits concernés. La manière dont les juges se saisissent des faits est donc loin d'être aussi fermement encadrée que ne le laissent supposer les principes généraux du droit processuel et témoigne de leur marge de manœuvre. Celle-ci apparaît avec d'autant plus de force lorsqu'on examine en détail la manière dont les faits généraux, dépassant la seule espèce, sont mobilisés devant les juges, en l'absence d'application du droit processuel classique. Elle confirme alors leur immense pouvoir et tout particulièrement celui de la Cour suprême.

II. Mobiliser les faits généraux pour affirmer son pouvoir

⁷⁴ C. BORGMAN, art. cit., p. 1185 ; J. MCGINNIS et C. MULANEY, « Judging Facts Like Law », *Constit. Comment.*, 2008, vol. 25, p. 69.

⁷⁵ C. BORGMAN, art. cit., p. 1195.

Les faits généraux, dépassant la seule situation des requérants, sont aujourd'hui particulièrement fréquents dans le contentieux constitutionnel (A). Alors que leur mobilisation n'est pourtant pas sans dangers (B), il semble que cette prévalence puisse être expliquée par le fait qu'elle constitue l'un des ressorts de la puissance des juridictions américaines et tout particulièrement de celle de la Cour suprême.

A. La prévalence des faits généraux

Les années 1990 ont été le témoin de ce que la doctrine appelle parfois l'« *empirical turn* »⁷⁶, en référence à une tendance exponentielle des juridictions à avoir recours à des études scientifiques soutenant des assertions factuelles générales sur le fonctionnement du monde, mobilisées pour proposer de nouvelles interprétations de la Constitution comme pour appliquer les standards de contrôle.

Cette pratique n'est toutefois pas nouvelle et les parties mobilisent de tels éléments depuis longtemps. En 1907, Louis Brandeis, alors avocat général de l'État de l'Oregon, défendait la constitutionnalité d'une loi limitant à dix heures par jour le travail journalier des femmes dans les blanchisseries et certains secteurs⁷⁷. Il avait complété son mémoire principal par un second mémoire de 113 pages présentant diverses législations comparables à travers le monde et des études relatives aux effets des horaires de travail sur le bien-être et la santé des travailleurs comme sur les conséquences économiques d'une restriction de ces horaires. Son objectif était de démontrer que la législation de l'Oregon n'était pas irrationnelle et que sa constitutionnalité pouvait donc être reconnue. Ce mémoire allait devenir le symbole de l'usage des données factuelles, empiriques et scientifiques pour soutenir un argument de constitutionnalité. Le terme de *Brandeis Briefs*, le mémoire Brandeis, est désormais le qualificatif généralement attribué aux mémoires qui insistent sur de telles données pour atteindre leurs fins⁷⁸. L'affaire *Brown v. Board of Education*⁷⁹ de 1954 mettant un terme à la ségrégation raciale dans les écoles est aussi souvent présentée comme un second tournant en la matière. La démonstration que la ségrégation raciale avait un effet néfaste sur le développement cognitif des enfants est souvent considérée comme ayant joué un rôle dans la résolution du litige, même si son effet réel sur la solution retenue par la Cour est aujourd'hui contesté⁸⁰.

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité américain, l'importance des faits généraux, dépassant la seule situation du requérant, conduit à s'interroger sur son caractère concret ou abstrait. Cette prévalence est perçue par la doctrine américaine comme atténuant le caractère concret du contrôle, au sens d'un contrôle visant à résoudre une question précise et à protéger un individu spécifique sur le fondement de ses droits constitutionnels propres, ce qui est le sens originel du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis⁸¹. L'importance prise par les faits

⁷⁶ R. PINE, « Speculation and Reality : The Role of Facts in Judicial Protection of Fundamental Rights », *U. Pa. L. Rev.*, 1998, vol. 136, p. 655 ; F. SCHAUER et V. WISE, « Non Legal Information and the Delegalization of Law », *Legal Stud.*, 2000, vol. 50, p. 1169 ; J. HASKO, « Persuasion in the Court : Non Legal Materials in the US Supreme Court Opinions », *L. Libr. J.*, 2002, vol. 94, p. 427 ; T. ZICK, « Constitutional Empiricism : Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths », *N.C. L. Rev.*, 2003, vol. 82, p. 115 ; C. BRYANT, « The Empirical Judiciary », *Constit. Comment.*, 2008, vol. 25, p. 467 ; B. GOROD, art. cit.

⁷⁷ *Muller v. Oregon*, 208 US 412 (1908).

⁷⁸ E. MARGOLIS, « Beyond Brandeis : Exploring the Uses of Non Legal Materials in Appellate Briefs », *U.S.F. L. Rev.*, 2000, vol. 34, p. 197 ; D. BERNSTEIN, « Brandeis Brief Myths », *Green Bag*, 2011, vol. 15, p. 9 ; N. MORAG-LEVINE, « Facts, Formalism and the Brandeis Brief : The Origins of a Myth », *U. Ill. L. Rev.*, 2013, p. 59 ; J. MCMORROW, « Moving from a Brandeis Brief to A Brandeis Law Firm : Challenges and Opportunities for Holistic Legal Services in the United States », *Touro L. Rev.*, 2017, vol. 33, p. 259.

⁷⁹ 347 US 483 (1954).

⁸⁰ S. MODY, « *Brown* Footnote 11 », *Stan. L. Rev.*, 2002, vol. 54, p. 793 ; R. MORAN, « What Counts as Knowledge. A Reflection on Race, Social Science and the Law », *Law & Soc'y Rev.*, 2010, vol. 44, p. 515.

⁸¹ Note, « Who May Test the Constitutionality of a Statute in the Supreme Court », *Harr. L. Rev.*, 1934, vol. 47, p. 677 ; R. FALLON, « *Marbury* and the Constitutional Mind », art. cit. ; H. MONAGHAN, « Constitutional Adjudication : The Who and the When », art. cit. ; M. ISSERLES, art. cit.

généraux témoigne ainsi d'une forme d'abstraction du contrôle de constitutionnalité, qu'il est possible de mettre en lien avec la volonté de la Cour suprême d'exercer un rôle non seulement défensif des individus mais surtout déclaratif de ce qu'est le droit⁸². Les faits généraux servent à interpréter la Constitution et à se prononcer sur la constitutionnalité de la loi non pas telle qu'elle est appliquée aux faits spécifiques de la situation des parties, mais bien de manière plus générale, rappelant qu'aujourd'hui les procès constitutionnels faits à la loi sont très rarement *as-applied*, notamment quand ils remontent jusqu'à la Cour suprême. Cette dimension déclarative du contrôle de constitutionnalité renforce la capacité de la Cour à se positionner comme un acteur majeur du jeu institutionnel et politique. D'autres facteurs favorisent bien sûr cette position, mais la place si importante des faits généraux la soutient également.

B. Les risques liés à la mobilisation des faits généraux

Les dangers d'un raisonnement prenant appui sur des évaluations factuelles relatives au fonctionnement du monde pour interpréter et appliquer la Constitution apparaissent aisément. Ces derniers avaient été dénoncés en son temps par Ronald Dworkin⁸³ et il suffit de rappeler que de nombreux travaux, considérés comme scientifiques, ont pu servir à justifier des positions moralement condamnables⁸⁴, ainsi que l'illustrent les liens opérés entre le darwinisme et certaines politiques eugénistes⁸⁵.

Cette difficulté est d'autant plus forte qu'une forme d'incertitude persiste autour des assertions factuelles sur le fonctionnement du monde. Alors qu'elles apparaissent comme des éléments déterminant la résolution des questions constitutionnelles, elles font souvent l'objet d'appréciations contrastées, voire contestées, même au sein de la littérature spécialisée⁸⁶ et sans que les juges ne relèvent nécessairement cette difficulté, conduisant à s'interroger sur leur bonne foi⁸⁷ : s'agit-il d'un véritable éclairage pour les décisions juridictionnelles ou d'un simple habillage visant à donner l'impression d'une décision réfléchie et neutre de ce qui n'est en réalité qu'une traduction, dans l'interprétation constitutionnelle, de préférences politiques ?

Ce problème se trouve évidemment exacerbé par l'absence de soumission de ces faits généraux aux rigueurs de la procédure accusatoire. Puisqu'ils ne sont pas des *adjudicatives facts* au sens strict, ils ne sont contraints par aucune règle formelle de présentation. Si les parties peuvent mobiliser ces arguments, ces faits sont souvent présentés en dehors des voies traditionnelles de la procédure accusatoire⁸⁸.

⁸² A. CHAYES, art. cit. ; R. PUSHAW, art. cit. ; R. FALLON et D. MELTZER, « New Law, Non-Retroactivity and Constitutional Remedies », *Harv. L. Rev.*, 1991, vol. 104, p. 1787 ; H. MONAGHAN, « On Avoiding Avoidance, Agenda Control and Related Matters », *Colum. L. Rev.*, 2012, vol. 112, p. 670 ; J. VINING, *Legal Identity : The Coming Age of Public Law*, Yale University Press, 1978 ; O. FISS, « The Supreme Court, 1978 Term - Foreword : The Forms of Justice », *Harv. L. Rev.*, 1979, vol. 93, p. 1 ; S. BANDES, « The Idea of a Case », *Stan L. Rev.*, 1990, vol. 42, p. 227 ; A. AMAR, « The Supreme Court, 1999 Term – Foreword : The Document and the Doctrine », *Harv. L. Rev.*, 2000, vol. 114, p. 26 ; M. BERMAN, « Constitutional Decision Rules », *Va. L. Rev.*, 2004, vol. 90, p. 1.

⁸³ R. DWORKIN, « Social Sciences and Constitutional Rights – The Consequences of Uncertainty », *J.L. & Educ.*, 1977, vol. 6, p. 3

⁸⁴ E. CAHN, « Jurisprudence », *N.Y. U. L. Rev.*, 1955, vol. 30, p. 150 ; R. MORAN, art. cit., p. 520.

⁸⁵ H. HOVENKAMP, « Social Science and Segregation before *Brown* », *Duke L.J.*, 1985, p. 664.

⁸⁶ J. MNOOKING, « Idealizing Science and Demonizing Expert : An Intellectual History of Expert Evidence », *Vill. L. Rev.*, 2007, vol. 52, p. 763 ; D.J. MERRITT, « Constitutional Facts and Theory », *Mich L. Rev.*, 1999, vol. 97, p. 1287.

⁸⁷ D. FAIGMAN, « Normative Constitutional Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation », *U. Pa. L. Rev.*, 1991, vol. 139, p. 541 ; D. HASHIMOTO, « Science as Mythology in Constitutional Law », *Or. L. Rev.*, 1997, vol. 76, p. 111 ; A. LARSEN, « Judging under Fire and the Retreat to Facts », *Wm & Mary L. Rev.*, 2020, vol. 61, p. 1083.

⁸⁸ P. DAVIS, « There Is a Book Out : An Analysis of Judicial Absorption of Legislative Facts », *Harv. L. Rev.*, 1987, vol. 11, p. 1539 ; A. HOFFMAN, « Corraling Constitutional Facts : *De Novo* Fact Review in the Federal Appellate Courts », *Duke L.J.*, 2001, vol. 50, p. 1427 ; Z. TEACHOUT, « Facts in Exile : Corruption and Abstraction in *Citizens United v. Federal Election Commission* », *Loy. U. Chi. L. J.*, 2011, vol. 42, p. 295 ; C. BORGMAN, art. cit., p. 1185 ;

Les faits parviennent ainsi au juge par des voies diverses. La première est celle des mémoires des *amicus curiae* dont les interventions se sont, elles aussi, multipliées au cours des dernières décennies⁸⁹. Alors que dans l'affaire *Brown*, il n'y avait eu que 6 mémoires d'*amicus* et dans l'affaire *Roe v. Wade*⁹⁰ de 1973 sur le droit des femmes à choisir d'avorter seulement 23, l'affaire *District of Columbia v. Heller*⁹¹ sur le droit de porter des armes en 2002 en a réuni 68, celle de 2016 *Whole Women's Health*⁹² sur le droit de choisir d'avorter en a provoqué 80. Si le record est pour l'instant détenu par la décision *Obergefell*⁹³ sur le droit de se marier pour les couples de personnes de même sexe avec 153 mémoires déposés, la décision *Dobbs*⁹⁴ de juin 2022 renversant *Roe* en a réuni plus de 140 et l'affaire, actuellement pendante, *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College* sur les discriminations positives à l'université a suscité 95 interventions d'amis de la Cour⁹⁵. Certes, la multiplication des mémoires d'*amicus* peut renforcer l'information de la Cour. Toutefois, ils ne sont jamais neutres politiquement. Progressistes et conservateurs tentent de faire prévaloir leur vision du monde, y compris à travers des stratégies contentieuses qui s'appuient largement sur des arguments empiriques, éventuellement partiiaux, pour défendre leurs positions⁹⁶. Des « entrepreneurs juridiques » (*legal entrepreneurs*) créent même des affaires sur-mesure pour permettre aux juridictions de faire évoluer la jurisprudence dans le sens voulu et recrutent les « experts » nécessaires pour soutenir leurs positions devant les juridictions⁹⁷. Si la situation n'est pas nouvelle⁹⁸, elle semble aujourd'hui connaître un paroxysme⁹⁹.

La deuxième source des assertions factuelles se trouve dans les recherches que les juges effectuent eux-mêmes¹⁰⁰. Là encore, la situation n'est pas nouvelle, l'exemple le plus fréquemment cité pour témoigner de l'ancienneté de la pratique est le séjour du juge Blackmun à la librairie de la Clinique Mayo lors de l'été 1972 pour se documenter sur les procédures abortives à quelques mois de la décision *Roe v. Wade*¹⁰¹. Toutefois, les nouvelles technologies rendent la quantité d'informations disponibles quasi-infinie et elles ont favorisé le développement de ces

F. SCHAUER, « The Decline of the Record : A Comment on Posner », *Duq. L. Rev.*, 2013, vol. 51, p. 51. ; K. YOSHINO, « Appellate Deference in the Age of Facts », *Wm & Mary L. Rev.*, 2016, vol. 58, p. 251.

⁸⁹ J. KEARNEY et T. MERRILL, « The Influence of the Amicus Briefs on the Supreme Court », *Univ. Of Penn. L. Rev.*, 2000, vol. 148, p. 743 ; A. LARSEN et N. DEVINS, « The Amicus Machine », *Va. L. Rev.*, 2016, vol. 102, p. 1901 ; P. COLLINS, *Friends of the Supreme Court : Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2008.

⁹⁰ 410 US 113 (1973).

⁹¹ 554 US 570 (2002).

⁹² *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US 582 (2016).

⁹³ *Obergefell v. Hodges*, 576 US 644 (2015).

⁹⁴ *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US ___ (2022).

⁹⁵ *Students for Fair Admissions v. President and Fellows of Harvard College*, n° 20-1199 (affaire pendante).

⁹⁶ R. LAZARUS, « Docket Capture at the High Court », *Yale L.J. Online*, 2009, vol. 119, p. 89 ; J. SUTTON, « The Role of History in Judging Disputes about the Meaning of the Constitution », *Tex. Tech. L. Rev.*, 2009, vol. 41, p. 1173 ; D. HOWARD, « The Changing Face of the Supreme Court », *Va. L. Rev.*, 2015, vol. 101, p. 231.

⁹⁷ A. HOLLIS BRUSKY, « Support Structures and Constitutional Changes : Teles, Southworth and the Conservative Legal Movement », *Law & Soc. Inquiry*, 2011, vol. 36, p. 516 ; A. WALKERS, « Shotguns, Weddings and Lunch Counters : Why Cultural Frames Matter to Constitutional Law », *Fla. St. U. L. Rev.*, 2011, vol. 38, p. 345 ; A. LARSEN et N. DEVINS, art. cit.

⁹⁸ A. KELLY, « *Clio* and the Court : An Illicit Love Affairs », *Sup. Ct. Rev.*, 1965, p. 119.

⁹⁹ A. LARSEN, « Constitutional Law in an Age of Alternative Facts », *N.Y.U. L. Rev.*, 2018, vol. 93, p. 175 ; P. COLLINS, « Interest Groups in the Judicial Arena », in M. GROSSMANN (éd.), *New Directions in Interest Group Politics*, Routledge, 2013, p. 454.

¹⁰⁰ R. CAPPALLI, « Bringing Internet Information to Court », *Temple L. Rev.*, 2002, vol. 75, p. 99 ; E. CHENG, « Independent Judicial Research in the *Daubert* Age », *Duke L. J.*, 2007, vol. 56, p. 1263 ; C. COCHRAN, « Surfing the Web for A Brandeis Brief », *Tex. L. Rev.*, 2007, vol. 70, p. 780 ; E. MARGOLIS, « Authority without Borders : The World Wide Web and the Delegalisation of Law », *Seton Hall L. Rev.*, 2011, vol. 41, p. 909 ; L. PEOPLE, « The Citation of Wikipedia in Judicial Opinions », *Yale J.L. & Tech.*, 2009, vol. 12, p. 1. ; B. GOROD, art. cit. ; A. LARSEN, « Confronting Supreme Court Fact-Findings », *Va. L. Rev.*, 2012, vol. 98, p. 1255 ; J. BELLIN et A. G. FERGUSON, art. cit.

¹⁰¹ L. GREENHOUSE, *Becoming Justice Blackmun*, Times Books, 2006, p. 82-83 ; 90-91.

recherches autonomes par les juges. Les opinions juridictionnelles sont désormais plus longues, truffées de références, toujours plus nombreuses, fréquemment non-juridiques¹⁰², y compris celle communément déconseillée, la référence *Wikipédia*¹⁰³.

Enfin, une dernière source provient des travaux législatifs du texte contrôlé. En effet, cela a déjà pu être évoqué, les législatures débattent souvent de différentes données factuelles et les utilisent pour justifier les mesures qu'elles adoptent. Dans cette perspective, la question a pu se poser de savoir quel poids accorder à ces éléments. Il est traditionnellement reconnu que le forum juridictionnel est moins approprié que l'arène législative pour découvrir des faits généraux sur le fonctionnement du monde¹⁰⁴. La Cour suprême elle-même a souligné que « la Cour doit accorder une déférence substantielle au jugement du Congrès. Le Congrès est bien mieux équipé que les tribunaux pour évaluer des données complexes et anticiper des événements futurs »¹⁰⁵, notamment en raison du temps à la disposition des parlementaires pour adopter un texte et de leur capacité à interroger de nombreux témoins aux expériences diverses. À l'inverse, le processus juridictionnel est enserré dans des contraintes temporelles strictes et n'offre qu'un accès limité à une diversité de points de vue. Pour autant, les juridictions se montrent en réalité sans grande cohérence dans le traitement des assertions factuelles faites par le Congrès. Si, dans certains cas, la Cour suprême admet qu'une forte déférence vis-à-vis du Congrès est nécessaire, en raison tant de ses compétences institutionnelles que de sa légitimité démocratique, supérieures à celles des juridictions, elle n'hésite pas, dans d'autres cas, à rejeter purement et simplement les appréciations factuelles réalisées par les parlementaires, sans expliquer les raisons de ces variations¹⁰⁶.

Les données factuelles arrivent ainsi devant le juge par différentes voies, posant la question de leur qualité alors qu'elles influencent les décisions constitutionnelles. Cela est d'autant plus vrai à l'heure où sévit une véritable guerre culturelle de la vérité et dans un contexte de polarisation partisane exacerbée, dans lequel chaque camp essaie de faire prévaloir sa vision du monde, y compris par des stratégies contentieuses agressives et en diffusant des informations partielles, tronquées, voire erronées¹⁰⁷.

Ce danger est particulièrement fort pour les faits généraux mobilisés par la Cour suprême. D'une part, celle-ci n'est pas plus à l'abri que les autres juridictions quant au risque de prendre appui sur des faits erronés ou, à tout le moins, contestables¹⁰⁸, pour trancher les questions qui lui sont soumises et qui, on le sait, sont les plus importantes. D'autre part, les juridictions inférieures

¹⁰² F. SCHAUER et V. WISE, art. cit. ; K. FISHER KUH, « Electronically Manufactured Law », *Harv. J. L. & Tech.*, 2008, vol. 22, p. 223 ; J. STINSON, « Why Dicta Became Holdings and Why It Matters », *Brook L. Rev.*, 2010, vol. 76, p. 219 ; F. CROSS *et al.*, « Citations in the US Supreme Courts : An Empirical Study of their Use and Significance », *U. Ill. L. Rev.*, 2010, p. 489 ; B. STERN, « Non Legal Citations and the Failure of Law », *Whittier L. Rev.*, 2013, vol. 35, p. 79 ; M. COONEY, « What Judges Cite : A Study of Three Appellate Courts », *Stetson L. Rev.*, 2020, vol. 50, p. 1.

¹⁰³ L. PEOPLE, art. cit.

¹⁰⁴ S. PILCHEN, « Politics v. the Cloister : Deciding when the Supreme Court Should Defer to Congressional Fact-Finding under the Post-Civil War Amendment », *Notre Dame L. Rev.*, 1984, vol. 59, p. 337 ; D. SOLOVE, art. cit. ; P. HORWITZ, « Three Faces of Deference », *Notre Dame L. Rev.*, 2008, vol. 83, p. 1061 ; C. BORGMAN, « Rethinking Judicial Deference to Legislative Fact-Finding », *Ind. L. J.*, 2009, vol. 84, p. 1 ; D. STEVENSON, « Judicial Deference to Legislatures in Constitutional Analysis », *N.C. L. Rev.*, 2012, vol. 90, p. 2122 ; L. VIRELLI III, « Judicial Deference to Congress and the Separation of Powers », *Iowa L. Rev. Bull.*, 2013, vol. 98, p. 28 ; W. ARAIZA, « Deference to Congressional Fact Findings », *N.Y.U. L. Rev.*, 2013, vol. 88, p. 887.

¹⁰⁵ *Turner Broadcasting System v. FCC*, 520 US 180 (1997).

¹⁰⁶ W. ARAIZA, art. cit. ; D. SOLOVE, art. cit. ; A. LARSEN, « Confronting Supreme Court Fact-Finding », art. cit. ; B. ROSS II, « The State as a Witness », *N.Y.U. L. Rev.*, 2014, vol. 89, p. 2027.

¹⁰⁷ D. KAHAN, « Ideology or Situation Sense ? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment », *U. Pa. L. Rev.*, 2016, vol. 164, p. 349 ; S. DOMITROVICH, « Fulfilling *Daubert's* Gatekeeping Mandate Through Court-Appointed Experts », *J. Crim. L. & Criminology*, 2016, vol. 106, p. 35 ; S. SCHEINDLIN, « We Need Help. The Increasing Use of Special Masters in Federal Courts », *DePaul L. Rev.*, 2009, vol. 58, p. 479 ; A. MULLINS, « Opportunity in the Age of Alternative Facts », *Washburn L.J.*, 2019, vol. 58, p. 577.

¹⁰⁸ R. GABRIELSON, « It's a Fact : The Supreme Court's Errors Aren't Hard to Find », *ProPublica*, 17 octobre 2017 (en ligne) ; A. LARSEN, « Confronting Supreme Court Fact-Finding », art. cit.

se contentent souvent de reprendre ensuite les assertions factuelles de la Cour suprême, sans se soucier de leur qualité. Elles y sont d'ailleurs incitées par la Cour. De manière paradoxale, se développe ainsi une sorte de règle du « précédent factuel »¹⁰⁹. Alors que les juridictions d'appel peuvent s'écarter des règles processuelles traditionnelles et contrôler *de novo* les déterminations factuelles de première instance, tous les juges américains sont incités à suivre celles précédemment retenues par la juridiction suprême, à rebours des logiques traditionnelles répartissant les rôles entre les différents juges du système.

Si les faits ont été distingués pour alléger les contraintes procédurales pesant traditionnellement sur le juge américain exerçant son office dans le cadre contraint d'un système accusatoire, leur omniprésence dans le contentieux constitutionnel donne une coloration particulière au pouvoir des juges et en particulier à celui de la Cour suprême. Prévue comme une exception aux principes traditionnels du système américain, la maîtrise juridictionnelle des faits est devenue la règle dans le contentieux constitutionnel et la Cour suprême apparaît aujourd'hui comme un maître sans égal. Parce qu'elle choisit ceux qu'elle utilise, le poids et la visibilité qu'elle leur donne, les raisons pour lesquelles elle le fait, le tout pour interpréter et appliquer la Constitution, ainsi que plus largement pour déterminer les règles de droit applicables devant toutes les autres juridictions du pays en vertu de la règle du précédent, et éventuellement par les autres institutions publiques en vertu d'une capacité d'influence bien réelle¹¹⁰, son pouvoir est immense.

¹⁰⁹ A. LARSEN, « Factual Precedents », *U. Pa. L. Rev.*, 2013, vol. 162, p. 59.

¹¹⁰ Voy. not. notre thèse précitée, Troisième Partie, L'action pédagogique des cours suprêmes.