



HAL
open science

Façonner le “ gardien de la conscience ”

Guillaume Tusseau

► **To cite this version:**

Guillaume Tusseau. Façonner le “ gardien de la conscience ”: Les présidents des Etats-Unis et les juges de la Cour suprême. *Pouvoirs - Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 2014, 3 (150), pp.53 - 68. 10.3917/pouv.150.0053 . hal-03460603

HAL Id: hal-03460603

<https://sciencespo.hal.science/hal-03460603>

Submitted on 1 Dec 2021

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.

FAÇONNER LE « GARDIEN DE LA CONSCIENCE »

LES PRÉSIDENTS DES ÉTATS-UNIS
ET LES JUGES DE LA COUR SUPRÊME

GUILLAUME TUSSEAU

Selon l'article II.2.2 de la Constitution des États-Unis d'Amérique, « [le président] proposera au Sénat et, sur l'avis et avec le consentement de ce dernier, nommera [...] les juges à la Cour suprême ». Dans sa simplicité même, ce mécanisme de désignation est significatif d'une culture très particulière de la conception des institutions politiques. Il organise en quelques mots une interaction fascinante des trois pouvoirs sur lesquels repose l'horlogerie constitutionnelle américaine. Amusants, tragiques, édifiants ou navrants, les épisodes qui jalonnent la mise en œuvre de cette disposition contribuent à expliciter certains des *topoi* de l'analyse des rapports entre les juges de la Cour suprême et les présidents. Inscrits dans un contexte où les considérations politiques sont omniprésentes, ils aident à comprendre la propension à ce qu'aux États-Unis toute « question politique [...] se résolve tôt ou tard en question judiciaire¹ ». La tentation n'est pas mince pour les présidents et les sénateurs, délestés par le réalisme juridique du mythe de la neutralité de l'activité des juges, de faire de la Cour une institution qui, du fait de la dimension politique de son organisation et de son activité, se doit d'apparaître, à l'égal des autres et quel qu'en soit le risque, comme représentative de la société qu'elle régit.

1. Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* (1835), t. 1, Paris, Garnier-Flammarion, 1996, p. 370.

UN PROCESSUS DE DÉSIGNATION PARADIGMATIQUE DU CONSTITUTIONNALISME AMÉRICAIN

Du point de vue de la séparation horizontale des pouvoirs, l'article II.2.2 témoigne d'une architecture caractéristique du constitutionnalisme des poids et contrepoids², en organisant un pouvoir de codécision entre l'exécutif et le législatif afin de définir qui occupera les fonctions suprêmes au sein de la troisième branche du gouvernement. Du point de vue de la séparation verticale des pouvoirs, ce texte confère en outre à l'assemblée où chaque État est représenté à égalité un pouvoir de veto sur la composition de l'institution fédérale qui résout les litiges entre les différents paliers de gouvernement. Par son mode de composition même, la Cour suprême se situe donc au cœur des interactions susceptibles de se nouer entre les principales institutions américaines. Ceci est d'autant plus compréhensible que celle-ci, en tant que juridiction de dernier ressort, a par la suite pour fonction d'assurer le respect de la règle du jeu par ces dernières.

Alors que les Constitutions adoptées depuis la Seconde Guerre mondiale sont prolixes en matière de garantie juridictionnelle de la Constitution, rien n'est dit du nombre de membres de la Cour suprême, ni des qualifications que ceux-ci doivent posséder afin de pouvoir être désignés. Concernant la durée d'occupation de leurs fonctions, l'article III.1 C précise tout au plus, dans une formulation héritée de l'*Act of Settlement* de 1701, que « les juges de la Cour suprême et des cours inférieures conserveront leurs charges aussi longtemps qu'ils en seront dignes ». Aucune durée de mandat ni aucune limite d'âge ne sont donc fixées. Pas davantage ne sait-on très exactement pour quels motifs les juges sont susceptibles d'être destitués de leur charge, l'article II.4 C se limitant à indiquer, à l'égard du président, du vice-président et de « tous les fonctionnaires civils des États-Unis » qu'ils le seront « sur mise en accusation [par la Chambre des représentants] et condamnation [par le Sénat] pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs ».

À défaut de normes, quelques statistiques renseignent. Depuis la mise en place de la première Cour suprême, en 1789, cent cinquante et une personnes y ont été nommées par trente-huit présidents, parmi lesquelles cent douze ont été confirmées et ont siégé à la Cour. Les trente-neuf autres propositions ont été repoussées par le Sénat, retirées par le

2. Julien Boudon, *Le Frein et la Balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010.

président avant que la chambre haute se prononce, différées *sine die* ou parfois soumises à nouveau aux sénateurs. En moyenne, chaque président a nommé 2,5 membres, ce chiffre dissimulant des disparités certaines entre les dix nominations de George Washington, qui se trouve dans la situation particulière d'avoir mis en place la première Cour, les huit nominations de Roosevelt malgré un premier mandat sans vacance à la Cour, les six de Jackson ou les cinq de Lincoln et Taft, d'une part, et l'absence de la moindre nomination par Johnson (à la suite d'une réduction de dix à sept du nombre de sièges à la Cour) ou Carter, d'autre part. Concernant leurs carrières, à titre d'exemple, cinquante et un des cent douze *Justices* étaient juges fédéraux ou étatiques lors de leur nomination, vingt-cinq exerçaient dans le privé, vingt-deux travaillaient pour l'exécutif, onze étaient sénateurs, représentants ou gouverneurs, deux étaient professeurs et un dernier employé d'État. La durée moyenne de présence à la Cour se situe aux alentours d'une quinzaine d'années, quoique celle-ci augmente considérablement, pour s'établir actuellement aux alentours de vingt-cinq ans. Le record est détenu par William O. Douglas, qui siégea 13 358 jours entre 1939 et 1975, suivi par Stephen J. Field (12 614 jours entre 1863 et 1897, nommé par Lincoln à la faveur d'un accroissement du nombre de membres de la Cour), John P. Stevens (12 611 jours entre 1975 et 2010) et John Marshall (12 570 jours entre 1801 et 1835). Oliver W. Holmes et John P. Stevens quittèrent la Cour à 90 ans passés. Selon une boutade célèbre de Jefferson, « les juges à la Cour suprême ne démissionnent jamais, et meurent rarement³ ». Ils ne sont pas davantage démis de leurs fonctions, puisque aucune des deux procédures de destitution lancées contre des membres de la Cour n'a abouti.

La conséquence la plus visible de cette configuration institutionnelle tient à l'influence qu'à travers ses nominations à la Cour un président est susceptible d'avoir, bien au-delà de ses propres fonctions, limitées à huit ans depuis le vingt-deuxième amendement. Sur le plan académique, ce dispositif a suscité l'élaboration du « modèle attitudinal » d'analyse du contentieux constitutionnel. Apparu à partir d'une analyse de la jurisprudence de la Cour mise en place par Roosevelt⁴, ce schéma repousse la perspective selon laquelle les juges ne seraient que la « bouche de la Constitution », appliquant mécaniquement et apolitiquement un texte

3. Cité par Stephen Breyer, *America's Supreme Court. Making Democracy Work*, Oxford-New York (N. Y.), Oxford University Press, 2010, p. 221. (L'ensemble des citations de cet article provenant de références anglo-saxonnes a été traduit par l'auteur.)

4. C. Herman Pritchett, *The Roosevelt Court. A Study in Judicial Politics and Values, 1937-1947*, New York (N. Y.), Macmillan, 1948.

clair à des cas précis. Au contraire, les juges tentent, par leurs décisions, de promouvoir leurs préférences politiques. Selon l'un de ses principaux théoriciens, « le modèle attitudinal considère que les décisions de la Cour sont fondées sur les faits de l'espèce, à la lumière des attitudes idéologiques et des valeurs des juges; en d'autres termes, sur les préférences politiques personnelles des juges⁵ ». En se basant sur une analyse des opinions et des votes des juges sur différents types de contentieux (peine de mort, liberté d'expression, avortement, etc.), il est possible d'établir leur caractère plus ou moins libéral, voire de prédire leurs votes futurs, et de relier avec une certaine assurance cette attitude à celle du président qui les a nommés.

Tout en partant de préventions comparables à l'encontre d'un modèle purement légal d'analyse, certains auteurs estiment que, loin de pouvoir réaliser leurs préférences politiques sans égard pour leur environnement, les juges doivent se préoccuper des facultés de réplique ou de résistance de leurs collègues, des législateurs, des juges inférieurs ou des administrations⁶. Cet univers institutionnel est alors justiciable d'une analyse stratégique⁷. En effet, pas plus que le président, le Sénat n'ignore les déterminants politiques des décisions des juges, de sorte que lui aussi se projette à long terme et tente d'apprécier l'incidence que peut avoir la nomination de tel ou tel.

De ces interactions découlent la composition de la Cour et, consécutivement, son interprétation de la Constitution. L'ère Roosevelt en porte un témoignage remarquable. Aucun président, si ce n'est le premier, n'a désigné autant de membres de la Cour. Aucun des noms qu'il a soumis au Sénat n'a été repoussé. Parmi ceux-ci figurent William O. Douglas, resté en fonctions trente-six ans, ou Hugo Black, leader des libéraux à la Cour où il resta trente-quatre ans. La jurisprudence qui s'est cristallisée pendant ces années a été particulièrement pérenne, l'analyse des rapports fédératifs et l'interprétation favorable au Congrès de la clause

5. Harold J. Spaeth, « The Attitudinal Model », in Lee Epstein (dir.), *Contemplating Courts*, Washington (D. C.), CQ Press, 1995, p. 296 ; cf. Jeffrey A. Segal, Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

6. Cf. par exemple Guillaume Tusseau, « Le pouvoir des juges constitutionnels », in Michel Troper, Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 169-206 ; le même, « Le gouvernement (contraint) des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison », *Droits*, n° 55, 2012, p. 41-83.

7. Cf. par exemple Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago (Ill.), The University of Chicago Press, 1964 ; Saul Brenner, Joseph M. Whitmeyer, *Strategy on the United States Supreme Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

de commerce n'étant par exemple pas modifiées avant une soixantaine d'années⁸. La période est également significative des tensions susceptibles de se nouer entre le Président et les juges, le premier finissant, après plusieurs invalidations de mesures rattachées au *New Deal*, par recommander d'« éloigner la Constitution des tribunaux⁹ » et d'instaurer un second *Bill of Rights*¹⁰. Ces tensions ont culminé dans la menace en 1937 d'un *court-packing plan*¹¹, expression consacrée pour désigner la procédure qui aurait permis à Roosevelt de nommer de nouveaux juges, au nombre maximum de six, pour chaque juge en poste ayant atteint l'âge de 70 ans. Or six des neuf juges en place avaient au moins cet âge. Très critiqué, le plan n'eut pas à être mis à exécution, puisque certains juges modifièrent leur analyse ou quittèrent leurs fonctions, aidés en cela par une modification de la législation leur permettant de percevoir la totalité de leur salaire une fois à la retraite¹².

En raison du pouvoir discrétionnaire dont la Constitution dote les deux coauteurs d'une désignation à la Cour suprême, le processus s'appuie nécessairement sur un arrière-plan bien compris de considérations politiques.

UNE INTERACTION INSTITUTIONNELLE TRAVERSÉE DE CONSIDÉRATIONS POLITIQUES

Trois principales dimensions de la politisation des rapports entre président, sénateurs et juges peuvent être identifiées.

Chronologiquement, la première apparaît lors du choix d'un juge qui sera soumis à l'approbation du Sénat. Ainsi que le résume Henry Abraham, une étude historique fait apparaître quatre principaux critères de sélection : « premièrement, le mérite objectif ; deuxièmement, l'amitié personnelle ; troisièmement, la "représentation" ou la "représentativité" de la Cour et, quatrièmement, la compatibilité politique et idéologique

8. *United States v. Lopez*, 514 US 549 (1995).

9. Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 2000.

10. Cass R. Sunstein, *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever*, New York (N. Y.), Basic Books, 2004.

11. William E. Leuchtenburg, « Franklin D. Roosevelt's Supreme Court "Packing" Plan », in Harold M. Hollingsworth, William F. Holmes (dir.), *Essays on the New Deal*, Austin (Tex.), University of Texas Press, 1969, p. 69-115 ; Leonard Baker, *Back to Back: The Duel Between FDR and the Supreme Court*, New York (N. Y.), Macmillan, 1967.

12. 28 USC § 371. Cf. par exemple Louis Fisher, Neal Devins, *Political Dynamics of Constitutional Law*, 5^e éd., St. Paul (Minn.), West Publishing, 2011, p. 65.

“réelle”¹³ ». La nomination des juges fédéraux par le président et leur confirmation sont donc largement empreintes de considérations politiques. Tel est par exemple le cas de l’un des plus célèbres, Earl Warren, ancien gouverneur républicain de la Californie puis candidat à la vice-présidence, désigné par Dwight D. Eisenhower pour le remercier de son soutien lors de sa campagne électorale, et confirmé par un Sénat majoritairement républicain¹⁴.

De manière significative, aucune compétence juridique n’est exigée des individus désignés. Naturellement, ni le président ni les sénateurs ne peuvent se permettre de présenter ou d’accepter un candidat totalement ignorant en la matière. Les candidats sont en pratique pressentis par l’*Attorney General*, qui recoupe les informations provenant du Congrès, des gouverneurs des États et des barreaux étatiques, et recueille en général l’avis de l’*American Bar Association*. Les juges qui ont dû trop évidemment leur nomination à la pure camaraderie n’ont pas eu bonne réputation¹⁵. Il est arrivé au Sénat de rejeter les candidats incompetents, tel Alexander Walcott, nommé par James Madison, et rejeté par vingt-quatre voix contre neuf. De même, outre son hostilité à la déségrégation et aux droits des femmes, le juge George H. Carswell, désigné par un Nixon désireux de témoigner son mépris pour la Cour et le Sénat, avait connu un taux d’annulation considérable de ses décisions en appel, ses jugements étant de piètre qualité, et sa nomination a été repoussée. L’un de ses partisans, le sénateur Roman Hruska, ne trouva rien d’autre à dire pour le soutenir : « Même s’il est médiocre, il y a plein de juges, de gens et d’avocats médiocres. N’ont-ils pas le droit d’être un peu représentés¹⁶ ? » Récemment, la nomination de Harriet Miers par George W. Bush a été retirée avant même son examen par le Sénat du fait de son absence d’expérience comme juge. Lors de l’audition de Sandra Day O’Connor en 1981, le sénateur Joseph Biden exprima les trois questions essentielles qui se posent au comité sénatorial : « Le candidat a-t-il la capacité intellectuelle, la compétence et le tempérament nécessaires pour être un juge de la Cour suprême ? Le candidat est-il de

13. Henry J. Abraham, *Justices, Presidents, and Senators: A History of the US Supreme Court Appointments from Washington to Clinton*, 4^e éd., Lanham (Md.), Rowman and Littlefield, 1999, p. 2.

14. Cf. David O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, 9^e éd., New York (N. Y.)-Londres, W.W. Norton & Co., 2011, p. 66-69.

15. Laurence H. Tribe, *God Save this Honorable Court: How the Choice of Supreme Court Justices Shapes our History*, New York (N. Y.), Random House, 1985, p. 77-92.

16. Cité par Laurence H. Tribe, *ibid.*, p. 82.

bonne moralité et sa situation est-elle exempte de conflits d'intérêts ? Le candidat défendra-t-il fidèlement la Constitution des États-Unis ? » C'est pourquoi les qualifications juridiques peuvent prendre diverses formes (juge, avocat, administrateur, etc.). Selon Felix Frankfurter, qui fut nommé alors qu'il était professeur, il n'est pas nécessaire d'avoir la moindre expérience de juge. C'est ce que prouvent, à ses yeux, Marshall, Story, Taney, Hughes ou Brandeis¹⁷. Pendant l'ère Roosevelt, de nombreuses nominations ont porté sur des membres du Congrès, des conseillers du Président ou des professeurs. L'une des illustrations les plus originales de la porosité entre sphères politique et juridique est offerte par William H. Taft. Vingt-septième président des États-Unis, il nomma cinq juges entre 1909 et 1913, puis fut lui-même désigné comme *Chief Justice* et occupa ces fonctions entre 1921 et 1930. Il siégea alors avec certains de ceux qu'il avait nommés, tout en se montrant très actif dans le processus de nomination d'au moins trois autres juges. Il s'ensuit que ses choix ont dominé la Cour entre 1910 et 1937.

Quelle que soit la préférence du président, son succès suppose l'accord du Sénat. En 1922, le sénateur George Sutherland a vu sa nomination confirmée le jour même. Le processus n'est plus aussi rapide. Une fois désigné par le chef de l'État, tout candidat fait l'objet d'une audition, retransmise à la télévision depuis 1981. Ce dispositif s'est mis en place de manière systématique à partir de 1955 et de la nomination de John Marshall Harlan II, lorsque le législateur a entendu presser les futurs juges de revenir sur la jurisprudence *Brown v. Board of Education*¹⁸. Le comité judiciaire du Sénat interroge alors publiquement la personne proposée sur sa philosophie juridique, la manière dont elle conçoit sa fonction, la position qu'elle prendrait si elle avait à juger tel ou tel type de litige. L'audition conduit à une première décision du comité et ouvre la voie à l'examen de la candidature en séance plénière. La manière dont la nomination de Robert Bork par Ronald Reagan en 1987 a échoué par cinquante-huit voix contre quarante-deux, la plus grande marge jamais atteinte, après trois jours d'audition particulièrement pénibles, a donné un caractère sensationnel au processus. Considéré trop conservateur, il a fait l'objet d'une soigneuse campagne de dénigrement. C'est ainsi que le sénateur démocrate Edward Kennedy a soutenu que, « dans l'Amérique de Robert Bork, les femmes seront contraintes à avorter clandestinement,

17. Felix Frankfurter, « Supreme Court in the Mirror of Justices », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 105, 1956-1957, p. 784.

18. 347 US 483 (1954).

les Noirs déjeuneront dans des coins séparés, une police brutale pourra s'introduire chez les citoyens au milieu de la nuit, la théorie de l'évolution ne pourra pas être enseignée aux élèves, les écrivains et les artistes subiront la censure selon le bon plaisir du gouvernement, et les portes des juridictions fédérales se refermeront sur les doigts de millions de citoyens pour lesquels le pouvoir judiciaire est le protecteur – parfois le seul – des droits individuels qui sont au cœur de notre démocratie¹⁹». Si les questions posées par les sénateurs, notamment afin de montrer à leurs électeurs qu'ils se préoccupent des valeurs qui leur sont chères²⁰, semblent plus approfondies qu'auparavant²¹, les réponses ne sont, de manière générale, guère spectaculaires. Depuis l'audition de Bork, dont la franchise est réputée lui avoir coûté son poste, les juges se montrent plus réservés. L'un de leurs arguments rituels tient au fait que toute réponse déterminée de leur part nuirait à l'indépendance du pouvoir judiciaire et prédéterminerait indûment la manière dont ils pourraient avoir à apprécier des affaires futures²².

La nomination d'un juge qui leur survivra probablement constitue ainsi pour un président et une majorité sénatoriale une manière d'assurer la présence de leurs idées au-delà de leur propre mandat, y compris, selon une logique assurantielle, si leurs adversaires accèdent au pouvoir. C'est pourquoi, sur un plan statistique, sur cent cinquante nominés à la Cour suprême, cent trente-trois ont été membres du parti du président qui les désigne. Simultanément, les sénateurs conçoivent la confirmation comme un moyen de faire prévaloir leurs vues, ainsi que celles de leurs électeurs, des groupes d'intérêt qui les financent et de leur parti. Dans 94 % des cas, les sénateurs membres du parti du président confirment son choix. Au contraire, seuls 76 % des membres du parti opposé le font. Lorsque le président et le Sénat sont du même parti, le taux de confirmation est de 90 %, alors qu'il n'est que de 59 % dans le cas inverse²³.

19. «Speech of Senator Kennedy», Cong. Rec. 113 (1987): 18519.

20. Michael Comiskey, *Seeking Justices: The Judging of Supreme Court Nominees*, Lawrence (Kan.), University Press of Kansas, 2004, p. 41-43.

21. Cf. Lori A. Ringhand, «“I'm Sorry, I Can't Answer That”: Positive Scholarship and the Supreme Court Confirmation Process», *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 10, 2008, p. 331-360; Justin Wedeking, Dion Farganis, «The Candor Factor: Does Nominee Evasiveness Affect Judiciary Committee Support for Supreme Court Nominees?», *Hofstra Law Review*, vol. 39, 2010-2011, p. 329-368.

22. Stephen L. Carter, *The Confirmation Mess: Cleaning Up the Federal Appointments Process*, New York (N. Y.), Basic Books, 1994, p. 57-65.

23. Lee Epstein, Jeffrey A. Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 26-27, 107.

La deuxième dimension de la politisation de la relation entre présidents et juges tient au comportement des membres de la Cour une fois nommés. L'attente politique est rarement déçue : les juges libéraux, désignés par des libéraux, jugent dans un sens libéral, tandis que les juges conservateurs, désignés par des conservateurs, jugent dans un sens conservateur²⁴. Toutefois, certaines exceptions peuvent être constatées, Joseph Story ayant, pendant les trois décennies qu'il a passées à la Cour, voté contre tout ce que James Madison et le Sénat, qui l'avaient nommé et confirmé, avaient pu défendre²⁵, Earl Warren et William J. Brennan s'étant avérés plus progressistes qu'on ne le soupçonnait, tandis que Byron R. White s'est montré plus conservateur que John F. Kennedy, qui l'avait nommé. Le vote du *Chief Justice* John Roberts, nommé par George W. Bush, en faveur de la constitutionnalité de la réforme du système de santé par Barack Obama²⁶ a été une surprise à certains égards. De même, il est arrivé que des magistrats nommés par un président mettent, plus tard, en cause la responsabilité politique de celui-ci. L'illustration la plus marquante fut la nomination par Richard Nixon du *Chief Justice* Warren E. Burger qui signa la décision l'obligeant à remettre à la justice les bandes sonores à l'origine du scandale du Watergate. On peut en conclure que le sens du devoir peut être suffisamment fort chez un homme pour l'emporter sur ses affinités personnelles... ou que les manœuvres de ses collègues pour le circonvenir sont efficaces²⁷. Représentatif d'un certain nombre d'anecdotes livrées par des présidents contre la politique desquels « leurs » nominés s'étaient prononcés, Eisenhower affirmait n'avoir commis que deux erreurs pendant sa présidence, ajoutant que « les deux siègent à la Cour suprême ».

Par ailleurs, aucune incompatibilité professionnelle *stricto sensu* n'est prévue, si ce n'est l'impossibilité pour les juges d'être membres d'une assemblée législative ou d'un gouvernement. Nombreux sont de ce fait ceux qui ont exercé des fonctions parallèles de divers types, arbitrant des litiges, officiant comme procureur au tribunal de Nuremberg à l'instar de

24. Cf. *ibid.*, p. 125-127; Daniel R. Pinello, « Linking Party to Judicial Ideology in American Courts: A Meta-Analysis », *The Justice System Journal*, vol. 20, 1999, p. 219-254; Jeffrey A. Segal, Albert D. Cover, « Ideological Values and the Votes of US Supreme Court Justices », *American Political Science Review*, vol. 83, 1989, p. 557-565.

25. Paul A. Freund, « Appointment of Justices: Some Historical Perspectives », *Harvard Law Review*, vol. 101, 1988, p. 1148.

26. *National Federation of Independent Business v. Sebelius*, 567 US (2012).

27. Pour un compte rendu, plus complexe, de l'intérieur, cf. Bob Woodward, Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court*, New York (N. Y.), Simon & Schuster, 2005, p. 343-421.

Robert H. Jackson, président des commissions telles que celle sur l'assassinat du président Kennedy à l'instar d'Earl Warren²⁸. De manière plus nette, John Jay était ainsi conseiller de George Washington, son ministre en Angleterre et *Chief Justice*. John Marshall a occupé simultanément les fonctions de *Secretary of State* et de *Chief Justice*. Le président Andrew Jackson a continué de consulter Roger B. Taney après sa nomination à la Cour suprême. Theodore Roosevelt a de même continué de solliciter l'expertise de William H. Moody, son ancien *Attorney General*, tandis que Louis D. Brandeis conseillait Herbert Hoover et Felix Frankfurter Franklin D. Roosevelt. Lyndon B. Johnson demanda même à Arthur J. Goldberg de quitter la Cour suprême après moins de trois ans afin de devenir ambassadeur aux Nations unies et d'aider à la résolution de la guerre du Vietnam. Il continua par ailleurs de recevoir les avis éclairés de Abe Fortas, alors à la Cour suprême, au point que, selon sa biographe, « pendant les années Johnson, Fortas était membre de la branche judiciaire tout autant que membre officieux de la branche exécutive²⁹ ».

Pour leur part, les juges n'hésitent pas à faire connaître leur sentiment sur telle ou telle candidature ou à se faire les porte-voix de leur institution. « Quasiment toutes les législations importantes affectant la compétence de la Cour ont été rédigées par les juges et ont été le fruit de leur lobbying³⁰. » Le plus opiniâtre n'est autre que Taft, qui avait ses entrées à la Maison Blanche qu'il avait occupée auparavant, au point de recommander le veto sur certaines lois et d'avoir un rôle crucial dans l'adoption du *Judiciary Act* en 1925 qui révolutionna le fonctionnement de la Cour en lui accordant le contrôle de son rôle par la voie du *certiorari*³¹, qui lui permet de choisir de façon discrétionnaire les affaires qu'elle juge.

La politisation revêt enfin une troisième forme. Si elle fait explicitement intervenir le président et les sénateurs, la nomination des juges est également dépendante de la politique propre d'un troisième acteur : le juge lui-même, titulaire d'un mandat à vie auquel lui seul peut mettre un terme. Ce dispositif peut conduire à ce que siègent des juges de plus en plus détachés de l'évolution de la société et parfois de plus en plus

28. Cf. David O'Brien, *Storm Center...*, *op. cit.*, p. 92-109; Jeffrey M. Shaman, « Judges and Non-Judicial Functions in the United States », in Hoong Phun Lee (dir.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 512-529.

29. Laura Kalman, *Abe Fortas: A Biography*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1990, p. 310.

30. David O'Brien, *Storm Center...*, *op. cit.*, p. 104.

31. Cf. Robert J. Steamer, *Chief Justice: Leadership and the Supreme Court*, Columbia (S. C.), University of South Carolina Press, 1986, p. 159-218.

inaptes à remplir leurs fonctions³². Surtout, en laissant au titulaire le choix de la date de son départ, la Constitution lui permet de déterminer à quel moment il ouvre au président le droit de procéder à une nouvelle nomination. Un juge libéral a ainsi tendance à attendre qu'un président démocrate soit élu, tandis qu'un juge conservateur préfère se retirer alors qu'un président républicain occupe la Maison Blanche³³. Nombre de commentateurs considèrent qu'un tel système, sans âge de retraite obligatoire et sans limitation de la durée du mandat, conduisant à ce que tout président régulièrement élu ne dispose pas d'un droit égal à influencer sur la composition de la Cour, représente une anomalie du point de vue démocratique et de l'idée de *checks and balances*, ou « freins et contrepoids »³⁴.

Sans même mentionner le caractère politique de l'activité des juges, la politisation multidimensionnelle des rapports organiques entre président, sénateurs et membres de la Cour contraint à repenser la légitimation de celle-ci.

VERS UNE INSTITUTION REPRÉSENTATIVE ?

La publicité qui entoure le processus de nomination, devenu un enjeu des campagnes présidentielles, et son impact crucial sur la vie politique des États-Unis, en raison du rôle d'interprète suprême de la Constitution que revendique la Cour, conduisent à une perception renouvelée de l'architecture institutionnelle mise en place en 1787. Dans la mesure où les juridictions investissent, à travers la thématique des droits fondamentaux, le champ des idéologies, valeurs et principes qui déterminent la conception de la vie bonne que se font les individus et les groupes au point d'apparaître comme des « gardiens de la conscience³⁵ », il devient suspect que seule une minorité ait la tâche de définir le cadre constitutionnel d'existence de

32. Cf. David J. Garrow, « Mental Decrepitude on the US Supreme Court », *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, p. 995-1087.

33. Cf. David C. Nixon, J. David Haskin, « Judicial Retirement Strategies », *American Politics Quarterly*, vol. 28, 2000, p. 458-489; Artemus Ward, *Deciding to Leave: The Politics of Retirement from the United States Supreme Court*, Albany (N. Y.), State University of New York Press, 2003.

34. Cf. Roger C. Cramton, Paul D. Carrington (dir.), *Reforming the Court: Term Limits for Supreme Court Justices*, Durham (N. C.), Carolina Academic Press, 2006.

35. Selon Justice William O. Douglas, « *the Supreme Court is really the keeper of the conscience, and the conscience is the Constitution* » (cité par John Arthur, *Words That Bind. Judicial Review and the Grounds of Modern Constitutional Theory*, Boulder (Colo.)-San Francisco (Calif.)-Oxford, Westview Press, 1995, p. 1).

tous les autres. Ainsi que le note Shimon Shetreet, « un devoir important pèse sur les autorités de nomination d'assurer une composition équilibrée du pouvoir judiciaire idéologiquement, socialement, culturellement, etc. [...] Le pouvoir judiciaire est une branche du gouvernement et non une simple institution de règlement des litiges. En tant que tel, il ne peut pas être composé en méconnaissance totale de la société ³⁶ ».

Selon une préoccupation qui n'est pas neuve au sein de la politique de composition de la Cour suprême, il s'agit que celle-ci assure une « représentation descriptive » de la population ³⁷. Ainsi, diverses coutumes ont pu être identifiées à travers l'histoire : celle d'un siège réservé à l'État de New York entre 1806 et 1894, à la Nouvelle-Angleterre entre 1789 et 1932, à la communauté juive entre 1916 et 1970 ³⁸, aux catholiques entre 1894 et 1949 ³⁹, et depuis 1956, à la minorité noire depuis 1967 et la nomination de Thurgood Marshall, remplacé en 1991 par un autre Afro-Américain, Clarence Thomas ⁴⁰. Actuellement, les contraintes, notamment du fait de leur poids politique croissant, tendent à inciter à la nomination de femmes ainsi que de personnes issues de la minorité latino. Ce mouvement a culminé avec l'engagement de Ronald Reagan de nommer Sandra Day O'Connor, en 1981, et à ce qu'aujourd'hui trois femmes – Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor et Elena Kagan – siègent dans une Cour devenue plus « représentative ⁴¹ ».

La nomination de Sonia Sotomayor, femme d'origine portoricaine, est à ce titre exemplaire. Alors qu'elle était juge à la Cour d'appel des États-Unis pour le deuxième circuit, elle avait affirmé que « notre genre et nos origines nationales peuvent faire une différence et feront une différence dans notre manière de juger ⁴² ». Du point de vue de la théorie de

36. Cité par Sean Cooney, « Gender and Judicial Selection: Should There Be More Women on the Courts? », *Melbourne University Law Review*, vol. 19, 1993, p. 21.

37. Cf. Hanna F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley-Los Angeles (Calif.), University of California Press, 1967 ; Anne Phillips, *The Politics of Presence*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

38. Thomas Karfunkel, Thomas W. Ryley, *The Jewish Seat: Anti-Semitism and the Appointment of Jews to the Supreme Court*, Hicksville (N. Y.), Exposition Press, 1978.

39. Sheldon Goldman, « The Politics of Appointing Catholics to the Federal Courts », *University of Saint Thomas Law Journal*, vol. 4, 2006, p. 193-220.

40. Cf. Laurence H. Tribe, *God Save this Honorable Court...*, *op. cit.*, p. 106 ; David O'Brien, *Storm Center...*, *op. cit.*, p. 45-56.

41. Barbara A. Perry, *A « Representative » Supreme Court? The Impact of Race, Religion, and Gender on Appointments*, préface de David O'Brien, New York (N. Y.), Greenwood, 1991.

42. Citée par Fernando Muñoz León, « Not Only “Who Decides”: The Rhetoric of Conflicts over Judicial Appointments », *German Law Journal*, vol. 14, 2013, p. 1198.

la décision, Adrian Vermeule démontre en effet à quel point l'homogénéité des raisonnements limite la capacité épistémique des juges. La diversité des perspectives est nécessaire à la performance décisionnelle de tout groupe, au point que cet auteur recommande la nomination de juges qui ne soient pas des juristes. Il s'agit ainsi d'accroître le spectre des expériences sociales et personnelles qui siègent au sein des juridictions constitutionnelles, afin d'éviter que le droit véhicule implicitement un point de vue dominant et exclusif⁴³.

Malgré son attrait, une telle perspective s'expose à plusieurs objections⁴⁴. L'idée que la présence de femmes, de Noirs, de juifs, etc., au sein des juridictions constitutionnelles valorise les intérêts et les perspectives de ces groupes repose sur une forme de réification des identités : une personne qui est une femme, un Noir ou un juif doit nécessairement, en raison de son genre, de sa couleur de peau ou de sa religion, penser et agir comme une femme, un Noir ou un juif et promouvoir les intérêts des femmes, des Noirs ou des juifs. Or, pour ne prendre qu'un exemple, toutes les femmes ne sont pas nécessairement féministes, et l'examen empirique des décisions des femmes ne semble pas traduire, de manière générale, un infléchissement très net des jurisprudences⁴⁵. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer* de la Cour suprême du Canada⁴⁶, à propos de l'admissibilité de preuves tirées de l'histoire sexuelle de la plaignante dans un procès pour viol, le jugement majoritaire et l'opinion dissidente, radicalement opposés, ont tous deux été rédigés par des femmes. À rebours d'un présupposé aussi déterministe, il est parfaitement possible de considérer que les différences de genre n'existent pas naturellement, mais uniquement en raison de codages culturels⁴⁷. Si « on ne naît pas femme : on le devient⁴⁸ », le fait d'être une femme ne prédétermine en rien ce qu'un individu pense, ressent, préfère, etc. Toute personne appartient à de multiples groupes ethniques, biologiques, culturels, religieux... qui

43. Adrian Vermeule, *Law and the Limits of Reason*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

44. Cf., *mutatis mutandis*, Isabel Grant, Lynn Smith, « Gender Representation in the Canadian Judiciary », in Ontario Law Reform Commission, *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice. Papers Prepared for the Ontario Law Reform Commission*, Toronto, 1991, p. 57-90 ; Errol P. Mendes, « "Promoting Heterogeneity of the Judicial Mind" : Minority and Gender Representation in the Canadian Judiciary », *ibid.*, p. 91-108.

45. Dominic O'Sullivan, « Gender and Judicial Appointments », *University of Queensland Law Journal*, vol. 19, 1996, p. 107-124.

46. 2 RCS 577 (1991).

47. Ann Scales, *Legal Feminism: Activism, Lawyering, and Legal Theory*, New York (N. Y.), New York University Press, 2006, p. 8, 87, 93.

48. Simone de Beauvoir, *Le Deuxième Sexe*, t. 2, Paris, Gallimard, 1949, p. 13.

façonner en définitive ses intérêts. De ce point de vue, il est possible de craindre que les femmes qui accèdent aux fonctions de juge constitutionnel ne se distinguent pas véritablement du point de vue majoritaire qui est celui des juges et, au-delà, de l'élite dans son ensemble.

Une analyse semblable s'applique à tous les critères précédemment envisagés. De manière particulièrement nette, les effets problématiques de ce type de démarche se sont fait sentir en Afrique du Sud. Lors de la première vacance à la Cour constitutionnelle, quatre noms ont été présentés par la Judicial Service Commission au président de la République. Deux retinrent particulièrement l'attention : celui d'Edwin Cameron, juge très qualifié, blanc, homosexuel et séropositif, d'une part, et celui de Sandile Ngcobo, qui était noir et fut finalement désigné. En 2001, un débat du même ordre eut lieu afin de décider s'il fallait plutôt nommer comme juge de la Haute Cour une lesbienne ou un aveugle⁴⁹.

La concurrence des quotas qui se fait ainsi jour témoigne d'une perception particulière de la fonction des juges constitutionnels et de la configuration institutionnelle qui doit y être associée. Elle tend à calquer la composition d'une juridiction sur celle des autorités politiques qui ont, plus naturellement que les juges, vocation à représenter la population. Ainsi que l'écrit Sir Anthony Mason, *Chief Justice* de la Haute Cour australienne, « à la différence de l'homme politique, le juge n'est désigné pour représenter personne. La responsabilité essentielle du juge est d'être *impartial* et de trancher les litiges entre les parties en appliquant les principes juridiques pertinents, tels qu'il les comprend ou tels qu'il les énonce, aux faits tels qu'ils existent⁵⁰ ». Nul n'ignore la faiblesse d'une telle représentation de la fonction juridictionnelle. C'est pourquoi il est possible de répliquer que l'idée même selon laquelle les juges doivent se détacher d'eux-mêmes pour atteindre une forme d'objectivité est une demande du groupe dominant. En outre, l'indépendance et l'impartialité ne peuvent pas être garanties si seul un groupe social interprète la Constitution⁵¹. Mais le rapprochement asymptotique de la composition d'une cour et de la distribution des différents groupes dans la population tend à saper l'intérêt même de juridiction constitutionnelle, puisque celle-ci peut finir

49. François Du Bois, « Judicial Selection in Post-Apartheid South Africa », in Kate Malleson, Peter H. Russell (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, p. 291-293.

50. Sir Anthony Mason, « The State of the Judicature », *Monash University Law Review*, vol. 20, 1994, p. 8.

51. Bertha Wilson, « Will Women Judges Really Make a Difference ? », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 28, 1990, p. 507-522.

par faire figure de doublon des autorités politiques traditionnelles. Dès lors, les juges constitutionnels sont conduits à apparaître soit comme une autorité politique comme les autres, insusceptible de contrôler celles-ci efficacement, soit comme une autorité politique capable de s'opposer aux autres, mais sans disposer de leur origine démocratique.

*

Au terme de plus de deux siècles de mise en œuvre d'un texte laconique, l'étude des relations qui se nouent aux États-Unis entre président et juges présente un double apport. Elle fournit d'abord un terrain propice à la preuve d'une évidence : la dimension politique non seulement de l'activité, mais encore de l'organisation des juridictions constitutionnelles. Elle offre ensuite l'exemple d'une manière nouvelle et de plus en plus répandue⁵² de concevoir la figure des juges, cette dernière ayant pour travers – ou vertu – de ruiner le mode traditionnel de légitimation de la justice constitutionnelle dans les sociétés démocratiques.

52. Cf. par exemple l'article 34, § 2, de la Loi spéciale sur la Cour constitutionnelle belge; l'article 434 de la Constitution équatorienne; les nominations de 2013 au Conseil constitutionnel français.