

La Cour suprême, arbitre contesté des discordes américaines

Lorsque le comte Alexis de Tocqueville débarque dans le port de New York, le 11 mai 1831, la Cour suprême a un peu plus de quarante ans. Elle ne siège pas encore dans l'imposant temple de marbre qui sera édifié, un siècle plus tard, à Washington, mais son autorité ne fait guère de doute : dans l'ouvrage que le jeune magistrat du tribunal de Versailles tire, quelques années plus tard, de ses carnets de voyages, un long chapitre est consacré au «rang élevé qu'occupe la Cour suprême parmi les grands pouvoirs de l'Etat». «Jamais un plus immense pouvoir judiciaire n'a été constitué chez aucun peuple», constate Alexis de Tocqueville dans *De la démocratie en Amérique* (1835-1840). Le futur député de l'Assemblée constituante de 1848 est fasciné, pendant son périple, par «le seul et unique tribunal» de la jeune République américaine. «Dans les mains des juges fédéraux reposent incessamment la paix, la prospérité, l'existence même de l'Union. Sans eux, la Constitution est une œuvre morte. C'est à eux qu'en appelle le pouvoir exécutif pour résister aux empiétements du corps législatif; la législature pour se défendre des entreprises du pouvoir exécutif; l'Union pour se faire obéir des Etats; les Etats pour repousser les prétentions exagérées de l'Union; l'intérêt public contre l'intérêt privé; l'esprit de conservation contre l'instabilité démocratique.»

Alors que les nations européennes n'ont que des particuliers pour justiciables, ajoute Alexis de Tocqueville, les Etats-Unis d'Amérique n'hésitent pas à appeler des «souverains» à la barre. «Lorsque l'huissier, s'avançant sur les degrés du tribunal, vient à prononcer ce peu de mots: "L'Etat de New York contre celui de l'Ohio", on sent qu'on n'est point là dans l'enceinte d'une cour de justice ordinaire. Et quand on songe que l'un de ces plaideurs représente un million d'hommes, et l'autre deux millions, on s'étonne de la responsabilité qui pèse sur les juges dont l'arrêt va réjouir ou attrister un si grand nombre de leurs concitoyens.»

Deux siècles plus tard, les juges de la Cour suprême continuent à veiller au respect des sept articles et des vingt-sept amendements qui constituent, à eux seuls, «l'appareil constitutionnel de la plus ancienne et de la plus grande démocratie moderne», résume Robert Badinter dans la préface du livre du juge Stephen Breyer, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire* (Odile Jacob, 2011). Sur le fronton du bâtiment de Washington qui abrite la Cour figure une maxime inspirée par l'un des «amendements de la Reconstruction» adopté au lendemain de la guerre de Sécession (de 1861 à 1865): «Equal justice under law».

«ANOMALIE DÉMOCRATIQUE»

Aujourd'hui comme au temps de Tocqueville, la Cour suprême n'a pas d'équivalent dans le monde : elle détient le monopole de l'interprétation de la Constitution, elle est compétente en toute matière et elle a toujours le dernier mot. Elle cumule, à elle seule, les pouvoirs des trois cours françaises – la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel – et des deux cours européennes – la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg et la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg. La Cour suprême peut «envoyer en

Aux Etats-Unis, le débat sur la peine de mort, l'avortement ou le mariage homosexuel a été tranché, non par des parlementaires élus par leurs concitoyens, mais par cette instance fondée en 1789. Quelle est la légitimité démocratique de ces neuf juges qui pourraient, en cas de litige, désigner le prochain président américain ?

enfer» le Congrès, le président et les gouverneurs des Etats, résumait le juriste américain Alpheus Thomas Mason (1899-1989). Sa renommée internationale est telle qu'il est devenu inutile de préciser sa nationalité, s'amuse les juristes Philippe Ardant et Olivier Duhamel. «Rares sont les institutions passées dans l'histoire sans référence géographique les identifiant par un sol, une société, une civilisation», constatent-ils en 1991 dans la revue *Pouvoirs*. La Cour suprême des Etats-Unis, qui figure parmi ces privilégiées, a montré que le juge pouvait devenir un troisième pouvoir, imposant aux deux autres le respect de la loi fondamentale. Elle est le constituant permanent qui a su adapter aux bouleversements de la société américaine un texte bicentenaire.»

Les Américains lui doivent en effet bon nombre de décisions politiques qui, en Europe, auraient été confiées à des parlementaires élus par leurs concitoyens : la fin de la ségrégation raciale dans les écoles publiques en 1954, la suspension de la peine de mort en 1972, son rétablissement en 1976, le droit à l'avortement en 1973 ou le mariage homosexuel en 2015. En décidant, en 2000, de mettre fin au recomptage des voix de l'élection présidentielle, cette «police des frontières de la constitutionnalité», selon le mot du juge Stephen Breyer, est même allée jusqu'à désigner le futur locataire de la Maison Blanche en la personne de George W. Bush...

Comment expliquer cette toute-puissance de la Cour suprême ? Comment comprendre qu'aux Etats-Unis, des controverses aussi politiques que le droit à l'avortement ou l'instauration du mariage homosexuel soient tranchées, non par des élus, mais par une cour chargée d'interpréter un texte rédigé il y a plus de deux siècles ? Comment justifier que ces juges nommés à vie puissent contrecarrer la volonté des représentants élus au suffrage universel par le peuple américain ? Cette difficulté «contre-majoritaire», selon le mot du juriste américain Alexander Bickel (1924-1974), constitue, de l'aveu même du juge Breyer, une «anomalie démocratique». Cette interrogation est vieille de plus de deux cents ans. «La légitimité démocratique de la Cour suprême suscite des controverses depuis la fin du XVIII^e siècle», souligne Idris Fassassi, professeur de droit public à l'université d'Amiens. Après la déclaration d'indépendance de 1776, les Pères fondateurs énoncent l'alternative en termes très modernes : ils se demandent si les juges constituent un rempart légitime contre les excès des majorités ou s'ils risquent, au contraire, d'entraver la volonté d'élus qui incarnent la volonté du peuple, voire de consti-

tuer une élite non élue qui pourrait accaparer abusivement le pouvoir.»

Dans un article publié en 1994 dans la *Revue française de science politique*, le philosophe Bernard Manin cite ainsi les écrits d'un penseur antifédéraliste qui publie des essais, à la fin du XVIII^e siècle, sous le pseudonyme de Brutus. Puisque la Cour peut annuler une loi, estime Robert Yates, son pouvoir est supérieur à celui du corps législatif. «Brutus juge ce résultat doublement fâcheux, analyse Bernard Manin. La Cour suprême va devenir un pouvoir incontrôlable et elle va être autorisée, par la Constitution elle-même, à outrepasser les limites du pouvoir judiciaire et à exercer des fonctions législatives.»

Pendant l'entre-deux-guerres, cette critique est reprise par un juriste lyonnais dans un livre dont le titre deviendra célèbre. «En 1921, Edouard Lambert publie un ouvrage sur la jurisprudence de la Cour suprême intitulé "Le Gouvernement des juges" – une expression encore employée, de nos jours, par les contempteurs du pouvoir judiciaire», explique Julien Jeanneney, professeur de droit public à l'université de Strasbourg. Il critique le caractère illégitime d'une cour alors conservatrice qui neutralise des lois sociales. Alors que ses membres ne sont pas élus, elle bloque des décisions prises, au nom du peuple, par des assemblées élues.»

L'INVENTION DE L'ÉTAT FÉDÉRAL

Pour comprendre la philosophie politique qui a inspiré la création de la Cour suprême, sans doute faut-il faire un détour par l'histoire. A la fin du XVIII^e siècle, lorsque les treize colonies de l'Empire britannique décident de s'unir pour créer les Etats-Unis d'Amérique, la jeune République est encore fragile : les Pères fondateurs craignent que la Fédération peine à imposer son autorité aux Etats. Afin de construire une «union plus parfaite», selon le mot de la Constitution, ils créent donc, au-dessus des Etats fédérés, un Etat fédéral investi des trois pouvoirs évoqués par Montesquieu : l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Au nom de cette ambition unificatrice, les constituants de Philadelphie confient, en 1789, le pouvoir judiciaire fédéral à la Cour suprême. «Les Pères fondateurs savent que des litiges vont inévitablement naître entre les Etats», explique Anne Deysine, professeure émérite à l'université Paris-Nanterre. Pour les arbitrer, ils se tournent naturellement vers la justice : imprégnés de la culture anglo-saxonne de common law, ils créent une Cour chargée de veiller au respect de la Constitution fédérale et d'unifier la jurisprudence des juridictions fédérales créées par la suite sur tout le territoire.»



LA COUR
PEUT « ENVOYER
EN ENFER »
LE CONGRÈS,
LE PRÉSIDENT ET
LES GOUVERNEURS
DES ÉTATS,
RÉSUMAIT LE JURISTE
AMÉRICAIN ALPHEUS
THOMAS MASON

En cette fin de XVIII^e siècle, les constituants de Philadelphie inaugurent un modèle qui sera repris, après la seconde guerre mondiale, par des Etats fédéraux comme l'Allemagne ou l'Inde. «Dans ces pays, les pouvoirs étendus des juges constitutionnels s'expliquent par le principe même de la fédération», constate le juriste Julien Jeanneney. Dès lors qu'elle articule deux échelles de gouvernement, il importe de confier à un organe le soin de trancher les conflits de compétence qui ne manquent pas de surgir entre l'Etat fédéral et les entités fédérées.»

En créant la Cour suprême, les Pères fondateurs ne se contentent cependant pas d'inventer «ce qui est passé à la postérité comme une grande découverte dans la science politique de nos jours : un Etat fédéral», selon le mot de la juriste Elisabeth Zoller. Ces républicains nourris de philosophie européenne et coiffés de perruques poudrées cherchent surtout à éviter que le «bien commun», dans la jeune Fédération, varie «au gré des circonstances ou des majorités du moment», selon le politiste Denis Lacorne. La grande crainte de l'époque, poursuit-il en 1998 dans la *Revue française de science politique*, est en effet la tyrannie de la majorité.

La création d'une juridiction fédérale répond à cette sourde inquiétude : en chargeant des juges de veiller au respect des libertés et des droits fondamentaux proclamés en 1787 dans la Constitution, les Pères fondateurs espèrent endiguer les humeurs passagères du peuple. «Pour ces hommes qui ont lu les écrits de la Renaissance italienne, les philosophes français des Lumières et les penseurs anglo-saxons du contrat social comme Hobbes et Locke, le principal défi de la République, c'est la stabilité», précise François Vergnolle de Chantal, professeur de civilisation américaine à l'Université de Paris. Ils veulent éviter à tout prix les brusques retournements de l'opinion publique.»

Pour atténuer les impétueux mouvements de balancier des alternances électorales, les constituants de Philadelphie élaborent donc une subtile horlogerie constitutionnelle qui accorde à chacun des trois pouvoirs le droit d'arrêter les autres. La Cour suprême est l'un des rouages de ce savant système de checks and balances (freins et contrepoids) : selon Alexander Hamilton, membre de la Convention de Philadelphie, il préserve les libertés



SERGIO AQUINO

et les droits constitutionnels des «effets de ces caprices que les artifices des intrigants ou l'influence de conjonctures particulières répandent parfois dans le peuple lui-même».

Cette idée sera approfondie et reformulée, deux siècles plus tard, par Ronald Dworkin (1931-2013) dans l'ouvrage *Freedom's Law* (1996, non traduit). Le philosophe du droit reconnaît que la tradition américaine du contrôle de constitutionnalité entrave la liberté de manœuvre des majorités élues, mais il estime qu'elle ne porte pas pour autant atteinte au principe démocratique : parce que les juges ne sont pas dans les jeux tactiques et les postures politiciennes, ils font vivre des forums «de principe» qui permettent d'examiner en profondeur, loin du tumulte des passions collectives, les questions touchant à la dignité humaine.

Cette approche substantialiste considère en effet que la démocratie ne peut se résumer à une simple procédure destinée à désigner les dirigeants politiques au terme d'une compétition électorale. Parce qu'elle

recherche le bien commun, la démocratie doit aussi, et peut-être surtout, défendre jour après jour les valeurs de l'Etat de droit. C'est dans cette protection des libertés et des droits constitutionnels que réside, aux yeux des substantialistes, la légitimité démocratique des instances comme la Cour suprême : elles veillent au respect de ce patrimoine commun – y compris contre les vents majoritaires. Dans un essai sur les «limites de la rationalité» publié en 1986, le philosophe norvégien Jon Elster compare ce principe à la décision d'Ulysse, qui, dans *L'Odyssée*, demande à ses marins de le ligoter au mât de son bateau afin qu'il résiste au chant mélodieux des sirènes. «Le peuple américain, comme Ulysse, se lie de manière préventive en utilisant les "cordes normatives" de la Constitution», explique Idris Fassassi, auteur de *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis* (Daloz, 2017). C'est une forme d'autolimitation par laquelle le peuple entrave sa volonté : il sait qu'il peut succomber

« LE SEUL MOYEN DE CONTRER LA COUR CONSISTE À LA CONTRÔLER PAR SA COMPOSITION, À LA MANIÈRE D'UN CANON QUE L'ON NE POURRAIT DÉTRUIRE, MAIS DONT ON POURRAIT ORIENTER LE TIR »

IDRIS FASSASSI
professeur de droit public

aux passions et à la tyrannie de la majorité de la même manière qu'Ulysse sait qu'il peut succomber au chant des sirènes.»

Si le contrôle de constitutionnalité séduit, à la fin du XVIII^e siècle, les constituants de Philadelphie, il ne s'impose pas pour autant sur tous les continents. En France, les révolutionnaires choisissent une tout autre voie. «Les juridictions, que l'on nommait "parlements" sous l'Ancien Régime, avaient suscité un vif rejet de la part des révolutionnaires», souligne Julien Jeanneney. A partir de 1789, ils s'attachent donc à restreindre les pouvoirs des juges. En dépit de l'adoption ancienne d'une liste de droits et libertés – la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen –, la France reste longtemps rétive à l'idée de confier à une juridiction le soin de contrôler la conformité des lois à la Constitution. «Aux yeux des révolutionnaires, la souveraineté du peuple n'est pas exercée par les juges mais par ses représentants. «La Révolution transfère les attributs de la souveraineté du monarque vers la nation – en pratique, vers ses représentants», poursuit le juriste. A sa suite, on estime de longue date, en France, que l'organe le plus légitime pour exprimer la volonté générale est le Parlement. Cela contribue à expliquer la longue défiance française à l'encontre du contrôle de constitutionnalité.» Nulle surprise, dans ce contexte, que la Cour suprême apparaisse comme l'institution «la plus imperméable à l'esprit juridique français», selon le mot de la juriste Elisabeth Zoller.

UNE TOUTE-POUISSANCE QUESTIONNÉE

Si l'histoire américaine se déploie loin, bien loin, de cette tradition «légicentriste» française, elle n'a pas toujours été paisible – ni surtout consensuelle. Depuis la naissance de la Cour suprême, il y a plus de deux siècles, sa toute-puissance n'a en effet cessé d'être questionnée, voire contestée – y compris par les plus grandes figures politiques américaines. En 1860, le futur président Abraham Lincoln critique ainsi fermement l'arrêt Dred Scott, qui refuse la citoyenneté à un esclave : fondée sur des «hypothèses historiques qui ne sont pas totalement vraies», cette décision, estime-t-il, est «erronée». Soixante-dix ans plus tard, le président Franklin Delano Roosevelt affronte à son tour la Cour suprême. «Pendant le New Deal, les juges invalident plusieurs lois présentées par l'élu démocrate et votées par le Congrès», raconte Anne Deysine, autrice de *La Cour suprême des Etats-Unis. Droit, politique et démocratie* (Daloz, 2015). C'est un conflit de philosophie économique – la Cour défend le laisser-faire et Roosevelt un Etat-providence interventionniste – mais aussi de légitimité : élu et réélu à une forte majorité, il conteste le fait que les juges non élus puissent bloquer ses projets au nom du respect de la Constitution.

En 1962, le constitutionnaliste américain Alexander Bickel théorise cette difficulté «contre-majoritaire» dans un livre qu'il intitule ironiquement, dans un clin d'œil à Alexander Hamilton, *The Least Dangerous Branch* («La branche la moins dangereuse», non traduit). Quarante ans plus tard, ce registre critique est renouvelé par l'école du «constitutionnalisme populaire». «Ce cou-

rant doctrinal qui regroupe d'éminents juristes comme Larry Kramer, Mark Tushnet ou Jeremy Waldron défend la réduction, voire l'élimination, du contrôle de constitutionnalité», précise Idris Fassassi. Ces auteurs progressistes prônent un rôle accru du peuple, tant dans l'interprétation que dans l'application de la Constitution.

Au début des années 2000, le basculement de la Cour suprême dans le camp conservateur élargit encore le cercle et l'intensité des discours critiques. «L'arrêt qui désigne, en 2000, George W. Bush comme le vainqueur de l'élection présidentielle est un tournant, analyse la juriste Anne Deysine. Le juge John Paul Stevens, opposé à cette décision, déclare à l'époque que le grand perdant de cet arrêt n'est pas le candidat démocrate, Al Gore, mais la Cour elle-même. Avec cette décision controversée, les juges sautent à pieds joints dans ce que le juge Felix Frankfurter appelait en 1946 le "political thicket" – le taillis de la politique.» La Cour suprême serait-elle en train de perdre son aura ? Les juges seraient-ils devenus des alliés indéfectibles du camp conservateur, voire des acteurs militants de la scène politique américaine ? «Depuis les années 2000, le recours à la Cour suprême n'est plus fondé sur une interrogation juridique légitime au sujet de la constitutionnalité d'un texte de loi : il est devenu l'ultime étape de bien des combats politiques», regrette Anne Deysine. Lorsqu'un parti perd la bataille du Congrès, il se tourne vers la juridiction fédérale – et lorsqu'elle statue, elle n'hésite pas à descendre dans l'arène politique. Sa légitimité en sort considérablement affaiblie.»

Ce climat de défiance n'est pas sans précédent. Au cours de sa longue histoire, la Cour suprême a traversé bien des tempêtes, et elle a montré à plusieurs reprises qu'elle savait naviguer en eaux troubles. Les juges ne sont ni aveugles ni sourds au climat de leur époque. Le juge Stephen Breyer raconte dans son ouvrage qu'ils consultent volontiers les sondages et qu'ils lisent consciencieusement les articles consacrés à leurs décisions. «Ils sont à l'écoute du corps social», ajoute François Vergniolle de Chantal, auteur de *L'Impossible Présidence impériale* (CNRS, 2016). Les juges ne se lancent dans un revirement de jurisprudence qu'avec circonspection.

CAPACITÉ À TRANSIGER

Lorsque le rapport de force lui est défavorable, la Cour sait aussi transiger. En 1937, lorsque le président Roosevelt menace, pour déjouer l'obstruction de la Cour, d'augmenter le nombre de sièges, les juges finissent par s'incliner : dans l'arrêt *West Coast Hotel Co. contre Parrish*, ils acceptent que l'Etat fédéral règle mentalement les relations sociales. «Les juges sont attentifs à préserver la légitimité de l'institution», analyse Anne Deysine. C'est d'ailleurs la clé du comportement actuel du Chief Justice, John Roberts. Ce conservateur vote parfois avec les progressistes pour tenter de restaurer la confiance des Américains en leur juridiction suprême.

Malgré ces controverses, la Cour suprême reste, aux yeux des Américains, une institution incontournable de l'Etat de droit : si ses décisions sont contestées, nul, ou presque, ne remet en cause le principe de la «suprématie judiciaire». «Les démocrates menacent de modifier sa composition pour nommer davantage de juges progressistes, comme Roosevelt l'avait fait en son temps, mais cette proposition ne règle pas le problème de fond qu'est l'étendue des pouvoirs de la Cour», constate Idris Fassassi. C'est même un aveu révélateur : la Cour moderne est devenue tellement puissante que le seul moyen de la contrer consiste à la contrôler par sa composition, à la manière d'un canon que l'on ne pourrait détruire, mais dont on pourrait orienter le tir.»

Selon Idris Fassassi, les pistes de réforme de la Cour suprême ne manquent pourtant pas. «On pourrait imaginer des mécanismes qui, sans supprimer le contrôle de constitutionnalité, permettraient de réduire sa portée. Exiger, par exemple, des majorités qualifiées pour l'invalidation des lois fédérales, exclure certains contentieux du contrôle de constitutionnalité ou limiter la durée du mandat des juges, ce qui permettrait d'atténuer l'enjeu politique des nouvelles nominations.» Ces propositions ne semblent cependant pas séduire les Américains, comme si la légitimité de la Cour suprême était aujourd'hui affaiblie, mais pas encore moribonde. ■

A. CH.

ANNE CHEMIN

La Constitution, « arche sainte de la République américaine »

LES PÈRES FONDATEURS sont loin de se douter, lorsqu'ils rédigent la Constitution américaine, à la fin du XVIII^e siècle, que la Cour suprême deviendra un jour l'une des institutions les plus puissantes des Etats-Unis. «A l'époque, le contrôle de constitutionnalité est très limité», souligne François Vergniolle de Chantal, professeur de civilisation américaine à l'Université de Paris. En 1788, l'un des auteurs du *Federalist* (une série d'essais publiés en 1787 et 1788), le juriste Alexander Hamilton, affirme que la Cour est le pouvoir le «moins dangereux» des trois : elle ne dispose, souligne-t-il, ni de l'épée ni de la bourse.»

Au XIX^e siècle, les juges de la Cour suprême se réunissent dans une simple salle du Capitole. «Ils ne demeurent à Washington que quelques semaines par an : la Cour rend alors moins d'arrêtés qu'aujourd'hui», précise Julien Jeanneney, professeur de droit public à l'université de Strasbourg. Le reste de l'année, ils sont sur les routes d'un «circuit» regroupant plusieurs Etats où ils remplissent les fonctions de juges fédéraux itinérants. Epuisante, la tâche décourage certains candidats potentiels à la Cour, et elle contribue à expliquer la démission de plusieurs de ses membres.» Au fil de sa jurisprudence, la Cour suprême étend cependant peu à peu son territoire.

En 1803, sous la présidence du premier «chief justice» John Marshall, l'arrêt *Marbury contre Madison*, qui conclut un litige concernant la nomination d'un juge de paix, crée le pouvoir de «judicial review». «Cette décision est une sorte de coup de force légal», analyse François Vergniolle de Chantal, auteur de *L'Impossible Présidence impériale* (CNRS, 2016). La Cour s'auto-attribue ce qui jusqu'alors était contenu en pointillé dans la «clause de la suprématie» de la Constitution de 1787 : la capacité de juger de la constitutionnalité des lois.»

Politisation accentuée

Les arrêts *McCulloch* contre Maryland, en 1819, et *Gibbons* contre Ogden, en 1824, ainsi que le 14^e amendement, en 1868, consolident ensuite son pouvoir : après la guerre de Sécession, la Déclaration des droits devient la loi suprême, non plus seulement du Congrès, mais aussi des Etats.

«La Cour en tire toutes les conséquences au XX^e siècle lorsque, progressivement, elle décide, droit après droit, liberté après liberté, que ce n'est pas une, mais pratiquement toutes les clauses du *Bill of Rights* (promulgué par le roi d'Angleterre en 1689) qui s'imposent aux Etats», résume la juriste

Elisabeth Zoller, en 1998, dans *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*. Pour l'autrice des *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis* (Daloz, 2010), l'œuvre la plus importante de la Cour est d'avoir «construit le statut juridique de la Constitution». «Sans la Cour, la Constitution serait restée œuvre morte. C'est elle qui a donné à ce document valeur de texte sacré et qui en a fait l'arche sainte de la République américaine en garantissant le caractère de loi suprême de l'Union et, surtout, en faisant de la Constitution fédérale la seule loi suprême du peuple américain. La Constitution des Etats-Unis est opposable à tous, tous sont obligés par elle.»

Si la Constitution est aujourd'hui un texte sacré, l'institution qui en est la gardienne est en revanche très contestée. La nomination, juste avant l'élection présidentielle, de la juge conservatrice Amy Coney Barrett a accentué la politisation de la Cour en l'ançant plus encore à droite qu'elle ne l'était. En cas de recours contre les résultats du scrutin, comme ce fut le cas lors de l'élection de 2000, la décision des juges aura sans doute du mal à ne pas apparaître comme teintée de considérations plus politiques que judiciaires. ■