

Décider dans l'ombre

Le shadow docket, un détournement de procédure ?

Julien JEANNENEY

On nous change notre Cour suprême ! Ainsi pourrait-on résumer, en parodiant Maurice Hauriou, les réactions doctrinales face à certaines mutations récentes de la Cour suprême fédérale des États-Unis d'Amérique. La remarque s'impose en regard de l'évolution du centre de gravité politique de la Cour depuis les trois nominations effectuées par Donald Trump. Elle se fonde également sur une évolution profonde moins souvent mise en lumière : le recours croissant, pour trancher des questions déterminantes, à des ordonnances longtemps jugées secondaires. Un cas concret permet d'en prendre la mesure.

Quelques mois avant la décision *Dobbs v. Jackson* du 24 mai 2022 par laquelle est abandonnée la protection constitutionnelle fédérale de l'interruption volontaire de grossesse¹, une loi du Texas réduit substantiellement le délai légal d'accès à l'interruption volontaire de grossesse, en méconnaissance de ce qui est alors la jurisprudence de la Cour suprême. En outre, en confiant à des personnes privées le soin d'en garantir le respect par des recours formés devant les juridictions civiles², elle se dote, de manière inédite, d'une carapace législative destinée à la protéger contre un contrôle de constitutionnalité voué, dès lors, à lui être défavorable.

¹ Cour suprême des États-Unis, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022) [24 juin].

² V. J. SUK GERSEN, « The Conservative Who Wants to Bring Down the Supreme Court », *The New Yorker*, 5 janvier 2023.

L'enjeu est décisif. Des requérants qui pratiquent des interruptions volontaires de grossesse ou qui en facilitent l'accès déposent, au terme d'une suite de recours devant des juridictions fédérales de rang inférieur³, une requête en référé devant le juge de la Cour suprême Samuel Alito, territorialement compétent lorsque les requêtes viennent de cet État. Leur objectif est d'obtenir la suspension temporaire de l'exécution de la loi texane dans l'attente du contrôle de sa constitutionnalité au fond. À cette aune, la brièveté de la réponse de la Cour, le 1^{er} septembre 2021, ne manque pas d'étonner. Pour rejeter ce recours, elle se contente d'une phrase : « *La requête tendant à ce que soit suspendue l'exécution de la loi ou, à titre subsidiaire, à ce que soit annulé le sursis à statuer de la cour de district [...] est rejetée* »⁴. Lapidaire, la formule n'est pas signée. Des brèves opinions dissidentes signées par les trois juges progressistes alors membres de la Cour – Stephen Breyer, Sonia Sotomayor et Elena Kagan – et par le président de la Cour, John Roberts, on comprend que les cinq autres juges la soutiennent. La loi texane entre en vigueur.

L'événement est symptomatique d'un mouvement profond : une inclination croissante de la Cour à trancher des questions majeures par simples ordonnances, à les faire basculer dans son « *shadow docket* » – littéralement, son « rôle de l'ombre », « rôle fantôme »⁵, ou « rôle dissimulé »⁶. L'expression est proposée, en 2015, par un professeur à l'Université de Chicago, William Baude, pour désigner « *un ensemble d'ordonnances et de mesures d'urgence qui défient la régularité procédurale habituelle de la Cour* »⁷. Elles sont rendues par milliers, chaque année, par la Cour suprême, à juge unique ou de façon collégiale. Elles sont publiées régulièrement sur son site, soit compilées à jour fixe (*order list*), soit diffusées ponctuellement (*miscellaneous order*⁸). Par contraste avec les décisions que la Cour rend aujourd'hui au fond (*on the merits*) – autour de soixante-dix par an récemment, plus par le passé⁹ –, elles ont longtemps été considérées comme mineures, donc négli-

- 3 V. I. FASSASSI, « Droit d'agir en justice et citoyenneté aux États-Unis », *Jus Politicum*, vol. 27, 2022, p. 41-58 ; J. JEANNENEY, « La revanche de Calhoun. L'interruption volontaire de grossesse au défi du fédéralisme américain », *Revue française de droit administratif*, vol. 37, n° 6, 2021, p. 1119-1128.
- 4 Cour suprême des États-Unis, *Whole Woman's Health v. Austin Reeve Jackson*, 594 U.S. 21A24 (2021) [1^{er} septembre]. V. égal. Cour suprême des États-Unis, *Whole Woman's Health v. Austin Reeve Jackson*, 595 U.S. 30 (2021) [10 décembre].
- 5 V. A. DEYSINE, « La Cour Roberts et le retour du gouvernement des juges ? », *Droit et société*, 2020, n° 106, p. 715-730, p. 727-729.
- 6 J. JEANNENEY, art. cit. (n. 3), p. 1121.
- 7 W. BAUDE, « Foreword: The Supreme Court's Shadow Docket », *New York University Journal of Law & Liberty*, vol. 9, 2015, p. 1-63, p. 1.
- 8 V., B. FRIEDMAN, « Letter to Supreme Court (Erwin Chemerinsky is Mad. Why You Should Care) », *Vanderbilt Law Review*, vol. 69, 2016, p. 995-1018, p. 1011.
- 9 V., D. R. STRAS, « The Supreme Court's Declining Plenary Docket: A Membership-Based Explanation », *Constitutional Commentary*, vol. 27, 2010, p. 151-161 ; K. A. WATTS, « Constraining

gées. La formule entoure ces ordonnances d'un voile de mystère. Elle fait mouche. Les spécialistes y voient un appel à jeter une lumière nouvelle sur ces ordonnances longtemps laissées dans l'obscurité, par l'effet d'une négligence doctrinale : des questions essentielles y sont bien souvent tranchées¹⁰. Certains appellent à l'abandonner¹¹. Le grand public est prompt à y voir un phénomène sournois, caché, presque honteux. À la Cour suprême, tous ne l'apprécient pas. À gauche, Elena Kagan la reprend à son compte¹². À droite, Samuel Alito fustige, dans un discours prononcé à l'Université de Notre-Dame à la fin de septembre 2021, une formule « *accrocheuse et sinistre* » utilisée pour « *dépeindre la Cour comme ayant été capturée par une dangereuse cabale qui recourt à des méthodes sournoises et impropres pour arriver à ses fins* ». Il y discerne une contribution à « *efforts sans précédent visant à intimider la Cour ou à lui nuire en tant qu'institution indépendante* » – avant de proposer de qualifier ces ordonnances, plus sobrement, par le « *rôle de référé* » (*emergency docket*)¹³.

Ces ordonnances ne sont pas univoques. Plusieurs grandes catégories méritent d'être distinguées. Les plus familières pour le juriste français sont les ordonnances de référé, rendues en urgence dans l'attente d'un examen du litige au fond. Le 20 octobre 2022, la juge Amy Coney Barrett rejette la requête en référé déposée devant elle la veille par un groupe de contribuables du Wisconsin lui demandant de suspendre le programme d'annulation partielle des prêts étudiants proposé par Joe Biden, qui doit entrer en vigueur quelques jours plus tard¹⁴.

En deuxième lieu, des ordonnances purement procédurales fondent, à la demande d'une partie ou à l'initiative de la juridiction, des actes nécessaires à l'organisation de l'instance, à l'instar de la fixation d'une audience, de l'extension d'un délai d'instruction, de la sollicitation d'un mémoire ou de la désignation d'un expert. Elles n'appellent pas de motivation détaillée. Le 13 octobre 2022, la Cour rejette une requête de l'ancien Président Donald Trump tendant à ce que soit désigné un expert – un *special master* – pour

Certiorari Using Administrative Law Principles », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 160, n° 1, 2011, p. 1-68.

10 V. par ex. S. VLADECK, *The Shadow Docket. How the Supreme Court Uses Stealth Rulings to Amass Power and Undermine the Republic*, New York (NY), Basic Books, 2023 (à paraître).

11 V., R. J. PIERCE, Jr., « The Supreme Court Should Eliminate Its Lawless Shadow Docket », *Administrative Law Review*, vol. 74, 2022, p. 1-21.

12 V. son opinion dissidente sous l'ordonnance *Whole Woman's Health v. Austin Reeve Jackson*, 594 U.S. 21A24 (2021) [1^{er} septembre].

13 A. LIPTAK, « Alito Responds to Critics of the Supreme Court's 'Shadow Docket' », *The New York Times*, 30 septembre 2021.

14 Cour suprême des États-Unis, *Brown County Taxpayers Association v. Biden*, 598 U.S. 22A331 (2022) [20 octobre].

qu'il examine une centaine de documents classifiés saisis par le *Federal Bureau of Investigation* dans sa demeure de Mar-a-Lago¹⁵.

En troisième lieu, des ordonnances concrétisent le tri opéré par la Cour suprême à un stade préliminaire. Régulièrement, cette dernière accueille ou rejette des demandes d'examen de recours au fond (*writ of certiorari*), dans des ordonnances auxquelles sont parfois adjointes des opinions séparées¹⁶. S'y ajoute l'acceptation ou le rejet des recours en contestation de la légalité de privations de liberté (*writ of habeas corpus*), des demandes d'injonctions (*writ of mandamus*) ou d'interdictions faite à une autre juridiction (*writ of prohibition*), ainsi que des demandes de réexamen de décisions prises par la Cour (*petition for rehearing*). Tristement courantes sont les ordonnances par lesquelles la Cour refuse *in extremis* de suspendre l'exécution de condamnés à mort. Les 19 et 20 octobre 2022, la Cour rejette ainsi, par des ordonnances de trois lignes, les requêtes par lesquelles Benjamin Cole, condamné à mort qui souffre, selon ses avocats, de troubles psychiatriques, demande que soit repoussée sa mise à mort¹⁷.

En quatrième lieu, des ordonnances permettent à la Cour de trancher des questions au fond qui n'appellent pas de motivation. C'est le cas en matière disciplinaire – suspension ou radiation d'un avocat (*attorney discipline*). Depuis 1980, en outre, le règlement de procédure de la Cour l'habilite, lorsqu'elle est saisie de requêtes tendant à ce qu'elle examine des affaires au fond (*petitions for a writ of certiorari*), à accueillir la demande et à rejeter dans le même temps la prétention par jugement sommaire (*summary reversal*)¹⁸.

En cinquième lieu, la Cour se prononce par ordonnance sur des « *certiorari* avant jugement », autre type de recours extraordinaire accordé au gouvernement par le truchement du « rôle dissimulé » : la Cour examine le jugement définitif d'une juridiction fédérale de première instance avant que la cour d'appel fédérale ait statué sur l'affaire¹⁹.

Comment comprendre que ces nombreuses ordonnances, souvent répétitives, en soient venues à susciter récemment un tel intérêt doctrinal, ainsi que des controverses au-delà des spécialistes du droit constitutionnel et du droit processuel ? Pendant longtemps, cette manière frustrante de rendre la justice a été justifiée par son caractère provisoire, ainsi que par le caractère

¹⁵ Cour suprême des États-Unis, *Trump v. United States*, 598 U.S. 22A283 (2022) [13 octobre].

¹⁶ V., B. P. McDONALD, « SCOTUS's Shadiest Shadow Docket », *Wake Forest Law Review*, vol. 56, 2021, p. 1021-1101.

¹⁷ Cour suprême des États-Unis, *Cole v. Farris*, 598 U.S. 22A317 (2022) [19 octobre] ; *In Re Benjamin Cole*, 598 U.S. 22A332 [20 octobre].

¹⁸ Règlement de la Cour suprême, art. 16, al. 1^{er}. Pour une critique, v. S. Alito, opinion dissidente sous U.S. Supreme Court, *Tolan v. Cotton*, 134 S. Ct. 1861 (2014). V. égal. R. C. CHEN, « Summary Dispositions as Precedent », *William & Mary Law Review*, vol. 61, n° 3, 2020, p. 691-753.

¹⁹ M. T. MORLEY, « Congressional Intent and the Shadow Docket », *Harvard Law Review Blog*, 24 janvier 2020.

minime des enjeux. Dès lors que le provisoire tend à se pérenniser et que la Cour tranche, dans ce cadre, des enjeux de politique publique majeurs, une question se pose. Le « rôle dissimulé » n'est-il pas devenu un moyen commode, pour les juges, de se libérer de bien des contraintes qui pèsent sur leurs décisions au fond ? La Cour ne s'adonne-t-elle pas, en somme, à un détournement de procédure, en faisant un usage de ces ordonnances distinct de celui pour lequel elles ont été conçues, au risque de donner l'impression d'une dissimulation ? Pour répondre à cette question, il convient de mettre en perspective ce phénomène avant d'en proposer une analyse critique.

I. L'ORIGINALITÉ D'UN PHÉNOMÈNE

En dépit de l'impression de nouveauté, les ordonnances aujourd'hui rattachées à l'image du « rôle dissimulé » ne sont pas un phénomène inédit. Le renouvellement de l'usage qui en est fait depuis 2017 leur confère cependant un statut nouveau.

A. *Le mirage de l'inédit*

Ces ordonnances ne sont pas, loin s'en faut, des nouveautés. L'histoire de la Cour suprême est émaillée d'ordonnances jugées notables que l'on rattacherait aujourd'hui à ce « rôle dissimulé », souvent dans le creux de décisions rendues au fond qui attirent l'attention. Certaines le sont en raison de l'enjeu attaché à la question de fond qu'elles contribuent à régler – partant, à leurs conséquences immédiates. C'est le cas de la condamnation à mort des époux Rosenberg pour espionnage au profit de la Russie. Le 17 juin 1953, alors que la session de la Cour est close depuis deux jours, le juge William Douglas prononce, pour un temps bref, la suspension de leur exécution. Le lendemain, la Cour l'autorise. Dans son opinion dissidente adjointe à la seconde ordonnance, Douglas décrit la solitude du juge amené à rendre la première : profondément troublé par la question posée, il a passé douze heures à l'étudier, avant de conclure qu'elle était substantielle, nouvelle et qu'il devait se prononcer ainsi²⁰. C'est le cas, également, du blocage du comptage manuel des votes non pris en compte par des machines à voter en Floride, au terme de l'élection présidentielle de 2000. La Cour suprême de cet État ordonne que soient recomptés 61 000 votes jugés essentiels pour déterminer le vainqueur de l'élection. L'équipe de campagne de George W. Bush forme une

²⁰ Cour suprême des États-Unis, *Rosenberg et al. v. United States*, 346 U.S. 273 (1953) [18 juin].

requête devant la Cour suprême tendant à ce qu'elle suspende l'ordonnance de la juridiction étatique. Par une ordonnance rendue le 9 décembre 2000, la Cour suprême – ses cinq juges conservateurs – accueille cette demande²¹, ce qui provoque, en pratique, l'élection de George W. Bush.

D'autres ordonnances frappent en raison de leur effet sur certaines trajectoires individuelles remarquables. La carrière de Lyndon Johnson doit beaucoup à l'une d'entre elles. Membre de la Chambre des représentants, il est candidat, en 1948, aux primaires démocrates, au Texas, dans la perspective des élections sénatoriales. Il a rencontré l'avocat Abe Fortas au milieu des années 1930. Un événement scelle leur amitié : Johnson remporte la primaire. Un juge fédéral de première instance annule son élection pour fraude électorale. Fortas forme une requête, au nom de Johnson, devant Hugo Black, le membre de la Cour suprême territorialement compétent pour le Texas. Par l'effet de son ordonnance neutralisant l'ordonnance du juge de première instance, Johnson est désigné vainqueur de la primaire – avant d'être élu sénateur. Devenu Président, il nomme Fortas à la Cour suprême en 1965, avant de proposer, sans succès, sa candidature à sa présidence en 1968.

Des ordonnances, enfin, restent dans la mémoire américaine pour avoir mis au jour des dissensions internes à la Cour. Révélatrice est, à cet égard, la crise institutionnelle qui résulte de la campagne militaire au Cambodge décidée par Richard Nixon en avril 1970. Le Congrès bloque le financement de l'invasion souhaitée. Le Président se limite dès lors à une série de bombardements. Trois ans plus tard, le Congrès adopte une loi tendant à tarir toute source de financement de ces activités. Nixon oppose son veto, que le Congrès ne neutralise pas. Élu à la Chambre des représentants, Elizabeth Holtzmann forme un recours contre le ministre de la Défense devant un juge fédéral de première instance. Le 25 juillet, ce dernier accueille ses prétentions par une ordonnance de référé (*summary judgement*) : il enjoint à l'armée de cesser tout bombardement au Cambodge sous quarante-huit heures. Deux jours plus tard, la cour d'appel fédérale située à New York suspend l'ordonnance du juge dans l'attente de la prochaine session de la Cour suprême. La parlementaire forme, sans succès, un recours en référé devant Thurgood Marshall, territorialement compétent, pour lui demander de bloquer l'ordonnance de la cour d'appel – partant, de rétablir l'injonction à l'armée. Les avocats de l'*American Civil Liberties Union* se tournent vers un autre membre de la Cour, William Douglas, qu'ils savent opposé à cette guerre. Ils vont le chercher dans la cabane de l'État de Washington où il passe ses vacances. L'homme les reçoit en robe de chambre, leur demande de déposer leurs documents devant la porte, avant de clouer sur

²¹ Cour suprême des États-Unis, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 1046 (2000). V. égal., au fond, *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

une souche d'arbre, devant chez lui, une convocation à une audience qui se tiendra le lendemain dans les locaux du tribunal fédéral le plus proche. Le 3 août, Douglas ordonne à son tour la suspension du bombardement du Cambodge²². Le 4 août, Marshall suspend l'injonction formulée par le juge fédéral de première instance. Il contacte les autres membres de la Cour qui acceptent sa décision. Rien ne s'oppose plus à la reprise des bombardements – qui se termineront le 15 août. Haut en couleurs, l'événement ne pourrait plus se produire de la sorte aujourd'hui. D'une part, le règlement intérieur de la juridiction prescrit désormais le dépôt des requêtes au greffe de la Cour. D'autre part, la Cour a connu une évolution substantielle. Pendant les années 1970, lorsqu'une question controversée surgissait ainsi pendant l'été, le juge organisait une audience avant de rendre une ordonnance, le plus souvent à juge unique, pour expliquer son raisonnement. Pendant les années 1980, la Cour a cessé de mettre formellement un terme à sa session pendant l'été, de sorte que les juges ont pu rendre des ordonnances de façon collégiale depuis leurs lieux de villégiature. Paradoxalement, à mesure que s'est imposée la collégialité, les membres de la Cour ont arrêté de fixer des audiences préalables à de telles ordonnances.

Si certaines de ces ordonnances sont aussi anciennes et notables, comment comprendre que l'on ne s'y intéresse que depuis peu ?

B. L'évidence d'un renouveau

La réponse tient à une rupture observée à partir du début de la présidence de Donald Trump. Elle prend plusieurs formes.

En premier lieu, la fréquence de ces actes s'accroît²³. Longtemps un événement extraordinaire, les ordonnances bloquant une décision prise par une juridiction inférieure deviennent courantes à la fin des années 2010²⁴. En laissant de côté les ordonnances par lesquelles la Cour accepte de connaître d'une affaire – les *grants of certiorari*²⁵ –, le nombre d'ordonnances par lesquelles la Cour change l'état du droit tel qu'il est fixé par les juridictions inférieures connaît une augmentation massive. Cela s'explique aisément. L'avocat général des États-Unis (*Solicitor General*), qui représente les intérêts du gouvernement devant la Cour, sollicite beaucoup plus

²² Cour suprême des États-Unis, *Holtzman v. Schlesinger*, 414 U.S. 1316 (1973) [3 août].

²³ V., S. I. VLADECK, « The Solicitor General and the Shadow Docket », *Harvard Law Review*, vol. 133, n° 1, 2019, p. 123-163, p. 132-152.

²⁴ V. l'opinion dissidente de S. Sotomayor sous Cour suprême des États-Unis, *Wolf v. Cook County*, 589 U.S. __ (2020).

²⁵ V., A. L. TYLER, « Setting the Supreme Court's Agenda. Is There a Place for Certification? », *George Washington Law Review*, vol. 78, n° 6, 2010, p. 1310-1328.

souvent de telles ordonnances sous la présidence de Donald Trump que par le passé. Sous les quatre mandats cumulés de George W. Bush et de Barack Obama, le ministère de la Justice n'a introduit de requête en référé qu'à huit reprises, contre une quarantaine de fois sous le mandat de Donald Trump. Les circonstances, en outre, s'y prêtent. La composition de la Cour est de nature à la rendre sensible aux arguments d'une administration républicaine. Deux tiers des ordonnances sont favorables à l'administration pendant cette période. Cette tendance se renforce pendant la crise sanitaire du Covid-19. Par plusieurs ordonnances au cœur de l'actualité, la Cour suprême s'attache à réduire marginalement les contraintes imposées à l'administration au nom de la lutte contre la pandémie. Elle suspend ainsi l'injonction faite par un juge à un sheriff de prendre des mesures – notamment la fourniture de gel hydro-alcoolique – pour protéger des prisonniers à Orange County²⁶. Elle suspend, pour l'essentiel, l'interdiction d'organiser des services religieux en milieu fermé dans des églises, au nom d'une atteinte à la clause de libre exercice du Premier amendement, qui avait été maintenue par des juridictions fédérales²⁷. Elle bloque l'exigence de vaccination pesant sur les grandes entreprises²⁸.

En deuxième lieu, l'accroissement des ordonnances du « rôle dissimulé » de la Cour est perçu comme une réponse partielle à un mouvement profond : une tendance accrue des juges fédéraux de première instance, au gré d'une lente évolution depuis 1939 qui s'est brutalement accélérée depuis une décennie²⁹, à prononcer des injonctions à portée nationale dirigées contre l'administration³⁰. Pour plusieurs d'entre elles, ces injonctions ont acquis une renommée mondiale. Certaines ont une tonalité conservatrice – ainsi lorsque vingt-six États obtiennent qu'une juridiction de première instance située au Texas la suspendent l'exécution d'un important programme de régularisation des immigrés sans papiers par l'administration de Barack Obama³¹. D'autres se présentent comme plus progressistes – ainsi lorsque des juges fédéraux de première instance ou d'appel suspendent temporairement

²⁶ Cour suprême des États-Unis, *Don Barnes v. Melissa Ahlman*, 591 U.S. __ (2020).

²⁷ Cour suprême des États-Unis, *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom [South Bay II]*, 593 U.S. __ (2021).

²⁸ Cour suprême des États-Unis, *Biden v. Missouri*, 595 U.S. __ (2022).

²⁹ V., M. SOHONI, « The Lost History of the 'Universal' Injunction », *Harvard Law Review*, vol. 133, n° 3, p. 920-1009.

³⁰ S. L. BRAY, « Multiple Chancellors. Reforming the National Injunction », *Harvard Law Review*, vol. 131, n° 2, 2017, p. 417-482 ; Ch. C. COPELAND, « Seeing Beyond Courts: The Political Context of the Nationwide Injunction », *University of Colorado Law Review*, vol. 91, n° 3, 2020, p. 789-833 ; P. J. LARKIN, Jr. et G. CANAPARO, « One Ring to Rule Them All: Individual Judgments, Nationwide Injunctions, and Universal Handcuffs », *Notre Dame Law Review Reflection*, vol. 96, n° 1, 2020, p. 55-73.

³¹ U. S. District Court, S.D. Texas, *Texas v. United States*, 86 F. Supp. 3d 591 [16 février 2015].

des décrets affectant la capacité de ressortissants de certains pays de se rendre aux États-Unis³², ou étendent l'interprétation d'une catégorie juridique aux fins de faciliter l'éloignement d'étrangers présents sur le sol américain³³. La pratique soulève des difficultés en regard des exigences d'équilibre des pouvoirs : tout juge fédéral de première instance peut bloquer un acte réglementaire de portée nationale – là où, en France par exemple, le seul Conseil d'État est compétent pour connaître de recours en annulation formés contre des décrets. Elle crée un risque de *forum shopping*, les parties ayant intérêt à aller voir un juge qu'elles identifient comme proche de leurs convictions. Elle soumet le système juridictionnel à un grave péril : les conflits d'injonctions. En effet, différents juges fédéraux de première instance peuvent adresser à l'administration des injonctions qui, pendant un temps, se contredisent. On comprend, dès lors, que certains appellent à mieux les encadrer³⁴.

En troisième lieu, ces ordonnances trouvent, lors de la présidence de Donald Trump, une place centrale dans certains conflits entre institutions. Révélatrice est, à cet égard, la saga politique et juridictionnelle qui entoure la construction du mur frontalier avec le Mexique à l'initiative de Donald Trump. Le Congrès en finance une partie. Redevenus majoritaires à la Chambre des représentants en 2018, les Démocrates refusent de financer la suite du programme. La tension alors provoquée entre le Président et le Congrès est pour beaucoup dans le grand « *shutdown* » – la suspension, pour l'essentiel, des activités du gouvernement fédéral – pendant l'hiver 2018-2019³⁵. Le premier joue de la menace d'une déclaration d'urgence nationale. Le second n'accepte de financer qu'une petite portion du mur, moins de cent kilomètres, pour 1,4 milliards de dollars. Deux jours après avoir signé le budget, Donald Trump signe un acte, sur le fondement du *National Emergencies Act*, affectant à la construction du mur près de 7 milliards de dollars qui étaient destinés à d'autres budgets, en particulier au ministère de la Défense. Le 24 mai 2019, un juge fédéral de première instance saisi par le Sierra Club, une organisation environnementale, par l'Union américaine pour les libertés civiles (*ACLU*), et par une vingtaine d'États fédérés, enjoint à l'administration de bloquer l'attribution des fonds. Le 3 juillet, la cour d'appel fédérale située à San Francisco maintient en vigueur cette ordonnance. Le 26 juillet, la Cour suprême, invoquant un doute sur la qualité à agir des requérants, suspend l'injonction pendant la durée de la procédure

³² U. S. District Court, W.D. Washington, *Washington v. Trump*, C17-0141JLR [3 février 2017] ; Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Hawaii*, n° 17-965, 585 U.S. __ (2018), à propos du « *Travel Ban 2.0* ».

³³ Cour suprême des États-Unis, *Wolf v. Cook County*, 589 U.S. __ (2020) [21 février 2020].

³⁴ M. T. MORLEY, « Disaggregating Nationwide Injunctions », *Alabama Law Review*, vol. 71, n° 1, 2019, p. 1-65.

³⁵ 22 décembre-25 janvier.

au fond³⁶ – ce qui permet la construction de 300 kilomètres de mur au cours des mois suivants. Saisie par l'administration, la cour d'appel fédérale juge inconstitutionnelle, le 26 juin 2020, la réappropriation présidentielle des fonds. Les requérants saisissent alors la Cour suprême pour lui demander de neutraliser la suspension de l'injonction délivrée par elle un an plus tôt. La Cour s'y refuse, le 31 juillet, par une ordonnance d'une ligne suivie de deux paragraphes d'opinion dissidente de Stephen Breyer³⁷. La construction du mur reprend³⁸.

Ainsi circonscrites dans leur ancienneté et dans leur renouveau, les ordonnances du « rôle dissimulé » appellent une analyse critique.

II. DES CRITIQUES À RELATIVISER

Quoique la pratique du « rôle dissimulé » présente des défauts, elle appelle l'indulgence à plusieurs égards et gagnerait à faire l'objet de réformes.

A. Agir sous le boisseau

Le recours croissant à ces ordonnances pour trancher des questions importantes appelle une première critique évidente : la justice est moins bien rendue dans ce cadre.

Cela s'explique, d'abord, par le nombre important d'ordonnances rendues chaque année, donc par le temps limité qui peut être consacré à chacune d'entre elles : la Cour n'opère pas de sélection comparable à celle qui est réservée aux recours au fond.

Une autre raison peut être trouvée, ensuite, dans le moindre approfondissement de la délibération des juges. La pratique ne garantit pas un double échange de longs mémoires, le recueil de mémoires d'*amicus curiae*, l'organisation d'une audience favorisant les échanges oraux d'arguments – autant de pratiques qui améliorent habituellement la qualité des décisions rendues au fond. L'attention de plusieurs juridictions inférieures ne s'est pas portée sur l'affaire sur le temps long, en raison de l'urgence. Les juges ne bénéficient

³⁶ Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Sierra Club*, 588 U.S. ___ (2019) [26 juillet].

³⁷ Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Sierra Club*, 591 U.S. ___ (2020) [31 juillet].

³⁸ V. dans le même sens, pour une ordonnance rétablissant un règlement empêchant aux États de bloquer des projets d'infrastructures qui risqueraient de contaminer les rivières, les lacs et les ruisseaux, Cour suprême des États-Unis, *Louisiana v. American Rivers*, 6 avril 2022, 596 U. S. ___ (2022) [4 juin].

pas de l'échange de projets de décisions et d'opinions séparées, toujours fructueux pour la réflexion.

Une autre raison tient à la moindre attention collectivement portée à ces ordonnances. Un regard public constant sur l'activité des juges contribue, en général, à garantir le sérieux de leur travail : faute de motivation, ou en raison de motivations frustrées, ces ordonnances ne bénéficient pas de l'analyse serrée, des commentaires critiques habituellement portés sur les décisions rendues au fond. Les questions souvent mineures tranchées par ces ordonnances expliquent que les commentateurs des décisions de la Cour rendues au fond, où se joue l'essentiel, n'y prêtent souvent qu'un regard discret, ce dont ses membres peuvent tirer parti. En outre, faute pour les juges de rendre publiques leurs positions dans ces ordonnances – à l'exception de quelques manifestations de désaccords –, les lecteurs ne disposent pas d'un degré d'information comparable à celui qu'offrent les décisions rendues au fond. Le dévoilement de ces ordonnances, enfin, ne prend pas la forme d'une lecture, lors d'une journée qui leur serait réservée, comme c'est le cas pour les décisions au fond. Elles sont publiées sur le site de la juridiction, soit individuellement, soit en bloc. À la rencontre de ces tendances, l'impression de dissimulation se trouve accrue.

La dernière raison pour laquelle la justice y est moins bien rendue tient à la facilité avec laquelle les juges peuvent, dans ce cadre, se fonder sur leurs préférences politiques ou idéologiques. La Cour est polarisée ; les ordonnances de *shadow docket* sont à son image. L'absence de publicité sur le vote rend plus probables les votes dissimulés³⁹. Cela s'explique, en outre, par la plus grande marge de manœuvre dont disposent les juges : les critères cumulatifs mis en avant pour justifier d'accueillir une requête tendant à ce que soit rendue une telle ordonnance sont particulièrement vagues : a) Existe-t-il une probabilité raisonnable que quatre juges de la Cour jugeront la question assez sérieuse pour que cette dernière accepte d'en connaître ? b) Est-il assez probable que la majorité de la Cour votera pour renverser le jugement de la juridiction inférieure ? c) Est-il vraisemblable qu'un dommage irréparable procèdera d'un refus de suspendre ?⁴⁰ Les termes employés ne contraignent guère les juges : « *significant possibility* », « *reasonable probability* », « *fair prospect* », « *strong showing* », « *likelihood* ». Le « dommage irréparable » en l'absence d'intervention de la Cour suprême est parfois douteux. Lorsque la Cour suprême se prononce sur des mesures qui ne sont plus en vigueur – dans le cas de la limitation des services religieux à New York, pendant la

³⁹ V., W. BAUDE, art. cit. (n. 7), p. 18.

⁴⁰ Cour suprême des États-Unis, *Hollingsworth v. Perry*, 558 U.S. 183, 190 (2010) ; *Little v. Reclaim* 140 S. Ct. 2616, 2616 (2020).

pandémie de Covid-19⁴¹ –, la mesure n'est plus susceptible de provoquer un dommage. En outre, l'urgence ne paraît pas jouer dans certains cas – à l'instar d'une ordonnance préliminaire enjoignant à une prison de respecter les recommandations du ministère de la Santé. La liberté de la Cour, on le voit, est grande.

B. Une indulgence de mise

En dépit de ces défauts, l'indulgence à l'égard de ces ordonnances s'impose, dès lors que la Cour suprême ne les utilise pas comme expédients.

Tout d'abord, les juges n'ont pas vocation à tout motiver. Il est bon qu'ils puissent ne pas le faire, en particulier lorsqu'ils agissent dans l'urgence. Ainsi peut être généralisé le raisonnement tenu par Felix Frankfurter pour justifier l'absence de motivation des ordonnances de rejet de pétitions tendant à ce que la Cour examine une affaire au fond. Cette dernière s'impose « *pour des raisons pratiques* » : elle ne saurait « *motiver, même brièvement, le refus d'examiner ces affaires* », dès lors que « *le temps qu'il faudrait y consacrer serait prohibitif* »⁴².

Ensuite, à supposer que toute valeur jurisprudentielle soit déniée aux ordonnances du « rôle dissimulé », les juges peuvent éprouver un intérêt à trancher, par elles, des questions ponctuelles, vouées à rester sans influence sur la suite des événements. Un tel présupposé, cependant, n'est pas évident⁴³. D'un côté, les décisions au fond sont définitives, acquièrent la valeur d'un précédent. Elles ont donc vocation à « faire jurisprudence ». De l'autre, les ordonnances du « rôle dissimulé » portent sur des questions préliminaires, elles n'ont pas vocation à être définitives. Une question nouvelle se pose cependant : en regard de l'importance du nombre d'ordonnances de ce type, quelle valeur les juridictions inférieures doivent-elles leur reconnaître ? En pratique, il est rare qu'elles soient invoquées par les juges du fond comme des précédents, sauf lorsqu'elles ont été motivées par la Cour ou qu'elles portent un changement du droit⁴⁴.

Enfin, des pistes de réforme permettraient sans doute de corriger certains défauts de ces ordonnances. À l'image des référés couramment pratiqués dans les juridictions administratives françaises, ne pourrait-on organiser

⁴¹ Cour suprême des États-Unis, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 U.S. ___ (2020) [25 novembre]

⁴² Cour suprême des États-Unis, *Maryland v. Baltimore Radio Show*, 338 U.S. 912 (1950).

⁴³ V., T. McFADDEN et V. KAPOOR, « The Precedential Effects of the Supreme Court's Emergency Stays », *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 44, n° 3, 2021, p. 827-915.

⁴⁴ V., A. BADAS, B. JUSTUS et S. LI, « Assessing the Influence of Supreme Court's Shadow Docket in the Judicial Hierarchy », *Justice System Journal*, vol. 43, n° 4, 2022, p. 609-622.

des audiences en urgence, motiver succinctement ces dernières ? Le vote des juges, en outre, pourrait être révélé sans dommage – sauf, peut-être, en matière de peine capitale, où on imagine le souhait des juges de ne pas être nommément identifiables. La Cour suprême pourrait également augmenter le nombre des décisions qu'elle rend au fond, ou rendre plus exigeants les critères à l'aune desquels elle accepte de rendre de telles ordonnances⁴⁵. On a pu suggérer que ces ordonnances soient réservées à un panel de trois juges dans une juridiction fédérale de première instance⁴⁶.

En l'absence de procédure ultérieure, de nombreuses ordonnances du « rôle dissimulé » en viennent à clore une question – c'est particulièrement frappant en matière de peine de mort⁴⁷ ou lorsque des mesures prises en matière électorale ont une conséquence immédiate sur le résultat du scrutin⁴⁸. La pratique fait écho à une tendance récente observée au Conseil d'État français : trancher, par des ordonnances de référé, des questions importantes – songeons aux affaires *Dieudonné*, *Lambert*, aux gamètes espagnols et aux burkinis, où l'on a pu voir des « *référés au fond* »⁴⁹, de « *faux référés* »⁵⁰ qui cachent de « *vraies actions en justice* »⁵¹.

En définitive, si le succès et le développement des ordonnances du « rôle dissimulé » s'expliquent par leur simplicité pour les justiciables comme par les juges, leur articulation avec les procédures au fond est aujourd'hui l'un des grands défis auxquels la Cour suprême américaine est confrontée.

Paris, le 12 mars 2023

⁴⁵ E. L. PICKUP et H. L. TEMPLIN, « Emergency-Docket Experiments », *Notre Dame Law Review Reflections*, vol. 98, n° 1, 2022, p. 1-39.

⁴⁶ Pour une critique, v. M. E. SOLIMINE, « Three-Judge District Courts, Direct Appeals, and Reforming the Supreme Court's Shadow Docket », *Indiana Law Journal Supplement*, vol. 98, 2023, p. 37-57.

⁴⁷ V. par ex. Cour suprême des États-Unis, *Ryan v. Wood*, 2014, 573 U.S. ___ (2014) [22 juillet].

⁴⁸ V. par ex. Cour suprême des États-Unis, *Republican National Committee v. Democratic National Committee*, 589 U.S. ___ (2020) [6 avril]. V., A. LIPTAK, « Missing From Supreme Court's Election Cases: Reasons for Its Rulings », *The New York Times*, 26 octobre 2020.

⁴⁹ F. BLANCO, « Les référés au fond de la loi du 30 juin 2000 », *Actualité juridique droit administratif*, vol. 76, n° 24, 2020, p. 1336-1341.

⁵⁰ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Lextenso, 2019, 7^e éd., p. 482.

⁵¹ F. MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français. Pour un renouvellement de la classification des principales voies de droit ouvertes devant les juridictions à compétence générale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2001, p. 250-251.