

Maurer School of Law: Indiana University

Digital Repository @ Maurer Law

Articles by Maurer Faculty

Faculty Scholarship

10-12-2020

Le role politique de la Cour supreme, toujours recommence

Elisabeth Zoller

Maurer School of Law - Indiana University, ezoller@indiana.edu

Follow this and additional works at: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub>



Part of the [Courts Commons](#), and the [Judges Commons](#)

Recommended Citation

Zoller, Elisabeth, "Le role politique de la Cour supreme, toujours recommence" (2020). *Articles by Maurer Faculty*. 2932.

<https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2932>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty Scholarship at Digital Repository @ Maurer Law. It has been accepted for inclusion in Articles by Maurer Faculty by an authorized administrator of Digital Repository @ Maurer Law. For more information, please contact rvaughan@indiana.edu.



LAW LIBRARY
INDIANA UNIVERSITY
Maurer School of Law
Bloomington

1129

Le rôle politique de la Cour suprême, toujours recommencé

POINTS-CLÉS → Le président Donald Trump s'est empressé de remplacer la juge libérale, Ruth Bader Ginsburg par la juge conservatrice, Amy Coney Barrett → Cette précipitation porte témoignage, une fois encore, du rôle politique de la Cour suprême et souligne le caractère endémique du « gouvernement des juges » aux États-Unis



Elisabeth Zoller,
professeur émérite de
l'université Panthéon-Assas

La Cour suprême tient un rôle politique, d'une part, à titre constitutionnel dans la mesure où le juge de droit commun, quelle que soit sa position dans la hiérarchie judiciaire, a reçu de la Constitution le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois d'États, et d'autre part, à titre coutumier, dans la mesure où l'arrêt *Marbury v. Madison* a ajouté à cette attribution constitutionnelle de compétence le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois du Congrès. Quand on sait qu'une question de constitutionnalité se définit comme toute question qui « prend naissance » (*arising under*) dans la Constitution et que celle-ci garantit aux citoyens des États, dans une formule tout aussi vague, « le droit à la vie, à la liberté et à la propriété » contre leur propre État, il est clair que la compétence de la Cour est virtuellement gigantesque. Elle a le pouvoir de gouverner à la place des élus. C'est ce rôle qu'elle jouait en 1921, quand Édouard Lambert nous en révéla les ressorts donnant à penser que le malheur était accidentel. Comme le prouve, hélas, la crise actuelle déclenchée par la décision du pré-

sident Trump, ce malheur est comme la mer, il est toujours recommencé.

Le rôle politique de la Cour au temps d'Édouard Lambert. - En 1921, la Cour suprême s'opposait au Congrès et aux législatures des États au nom de la liberté contractuelle en leur interdisant de mener des politiques protectrices de droits sociaux comme la garantie d'un salaire minimum, le droit de grève, le droit syndical, autrement dit, en bloquant des politiques qui avaient été démocratiquement choisies dans les urnes. Sa résistance s'effondra sous Roosevelt quand la Cour abandonna la régulation de l'économie et se tourna vers la protection des libertés fondamentales et des droits garantis par la Constitution.

En 1953, l'élection d'Eisenhower à la présidence des États-Unis sonna le retour des Républicains au pouvoir. Par un concours inattendu de circonstances, à la suite du décès du Président en exercice dû à une crise cardiaque, Eisenhower se vit offrir la possibilité de nommer le nouveau président de la Cour. Il y plaça un homme politique, Earl Warren, ancien gouverneur de Californie qui n'avait jamais été juge, mais qui avait été le chef de sa campagne électorale.

À son arrivée, Earl Warren trouva inscrits au rôle un ensemble d'affaires concernant la ségrégation raciale dans les établissements scolaires des États du Sud. Certaines avaient été déjà plaidées ; un projet d'arrêt

reconfirmant la doctrine « séparés, mais égaux » avait même été rédigé. Mais fidèle aux idéaux de son parti, celui du Président Lincoln qui rédigea en 1863 en pleine guerre de Sécession la Proclamation d'Émancipation qui abolit l'esclavage sur l'ensemble du territoire des États-Unis, le Président Warren persuada ses collègues qu'il fallait qu'un nouveau tour de plaidoiries se tienne sur ces affaires. À l'issue de celles-ci, c'est lui qui rédigea l'arrêt *Brown v. Board of Education* qui jugea la doctrine « séparés, mais égaux » contraire à la Constitution sur le seul fondement de l'enseignement des sciences sociales. Un deuxième gouvernement des juges, bien différent de celui qui prévalait au début du XX^e siècle, commença.

Le gouvernement des juges à partir de 1954. - Contrairement au premier qui s'efforçait de maintenir le droit ancien, ce nouveau gouvernement des juges s'employa à énoncer un droit nouveau en matière d'égalité des races, d'égalité d'accès aux lieux publics, à l'emploi, au vote, à la justice, au mariage, toutes sortes de domaines qui relèvent de la compétence des États aux États-Unis. Puis, la Cour passa des lois qui instituèrent des inégalités raciales à celles qui interdisaient la contraception, même aux couples mariés. Elle fit tant et si bien qu'elle persuada l'opinion que, pour faire avancer le droit, il n'était plus nécessaire d'aller voter, il suffisait d'aller en justice.

C'est ainsi que fut obtenu le droit à l'avortement dans l'arrêt *Roe v. Wade* en 1973. Les juges légiféraient dans leurs prétoires.

Il ne fallut pas longtemps avant que des esprits éclairés réalisent que cette politique était fatale à la démocratie et qu'on ne pouvait pas, au nom du progressisme, amener à marche forcée une société américaine travaillée de religiosité à une libéralisation des mœurs dont elle ne voulait pas ou, à tout le moins, qu'elle exigeait de pouvoir choisir elle-même par la voie démocratique, dans les urnes. Le triomphe de Ronald Reagan en 1980 s'explique en partie parce que le candidat promit de mettre fin à ce nouveau gouvernement des juges en nommant des juges qui ne devanceraient pas la volonté supposée des électeurs, mais qui s'en tiendraient aux textes.

Concrètement, cela ne signifiait pas nécessairement le retour à la société puritaine d'autrefois ; mais cela voulait dire que si des majorités dans les États souhaitent libéraliser l'avortement, libres à elles de le faire, rien dans la Constitution ne l'interdit. Mais ce n'est pas à la Cour suprême de le faire en nationalisant de force des droits qui relèvent de la constitution de chaque État. C'est à leurs peuples respectifs de dire s'ils veulent une société plus unie, plus solidaire, moins individualiste et plus égalitaire.

La politisation des nominations. - Il ne faut pas s'étonner qu'adosées à pareil contexte, depuis trente-cinq ans toutes les nominations à la Cour suprême aient déclenché des tempêtes. La première éclata en 1986 avec la nomination par le Président Reagan du juge Bork, textualiste convaincu, que le Sénat refusa par 58 voix contre 42. Elle fut suivie par bien d'autres, toutes sur fond de guerre des cultures et plus déchaînées les unes que les autres, la plus illustre étant celle du juge Brett Kavanaugh, l'an dernier.

Jamais la Cour ne s'est trouvée au centre d'un tel cyclone. Pour préserver l'intégrité de l'institution, un consensus s'était établi qui consistait à reconnaître un équilibre entre un bloc libéral et un bloc conservateur qui se maintenait cahin-caha au bénéfice d'un juge-pivot (*swing-vote*) qui apportait sa voix prépondérante tantôt à l'un, tantôt à l'autre. L'équilibre

aurait perduré si, en 2013, quand les démocrates contrôlaient toujours le Sénat, la juge Ginsburg avait accepté de démissionner, comme lui avait suggéré le Président Obama pour qu'il puisse nommer un juge plus jeune qui garantirait un siège progressiste pour plusieurs années (V. dans ce numéro *JCP G 2020, 1128, Libres propos W. Mastor.* - V. aussi le portrait de Ruth Bader Ginsburg : *JCP G 2020, 1127*). Mais la juge fit valoir que sa tâche n'était pas terminée et sa mort donne au Président Trump la possibilité d'installer une majorité conservatrice à la Cour pour une ou deux générations.

La bataille qui s'annonce est homérique, mais il ne faut pas en exagérer l'importance. Il ne s'agit pas d'interdire l'avortement ; ce que les juges les plus conservateurs souhaitent sur le sujet, c'est que la compétence d'en décider soit rendue aux États. Il s'agit donc seulement de dire qui est compétent en la matière, le gouvernement fédéral ou les États et, si ce sont ces derniers, comme la Cour l'a déjà dit, y compris dans *Roe v. Wade*, quel type de contrôle la Cour doit exercer sur les lois d'États qui le réglementent, un contrôle superficiel et lénifiant qui s'attache à évaluer le poids des obstacles qui se dressent devant la femme désirant une IVG et à ne censurer que ceux qui paraissent déraisonnables, ou un contrôle approfondi, intrusif et sans complaisance, en adoptant le contrôle de proportionnalité.

Il ne s'agit nullement de renverser *Roe v. Wade*. Tous les juges conservateurs ont reconnu devant le comité judiciaire du Sénat que *Roe* faisait partie du droit établi (*settled law*), y compris la candidate désignée du Président Trump dans ses écrits. Par ailleurs, les juges ont bien trop le sens de l'institution, de sa place dans l'histoire et de son prestige dans la société, qu'« ils savent ce qu'il ne faut pas faire », comme a pu dire un jour le conseiller Léon JozEAU-Marigné lors d'une délibération du Conseil constitutionnel. C'est en ce sens que les juges de la Cour suprême sont des politiques. Ils savent que renverser *Roe* sans autre raison que les scrupules de certains puristes du textualisme qui trouvent l'arrêt mal raisonné, ferait perdre à la Cour toute crédibilité.

À quoi tout ceci mènera-t-il ? - La réponse varie selon le côté où l'on se place. Pour les démocrates, l'heure de vérité a sonné. La Cour ne peut pas être un instrument de transformation sociale pour la simple raison que les juges ne sont pas des représentants et qu'il est suicidaire de se défausser sur eux de problèmes que les élus n'ont pas le courage de trancher par peur de perdre leur siège. Les juges n'ont pas à endosser une responsabilité politique qui doit rester celle de l'élu devant les électeurs. L'échec de la politique de déségrégation scolaire qui, dans les années soixante-dix, visait à éradiquer le racisme systémique de la société américaine à coup de recours en justice assortis de demandes d'injonctions est à cet égard exemplaire.

Pour les républicains qui, avec *Brown v. Board of Education*, sont à l'origine du mythe tenace dans la société américaine du juge, Ivanhoé des temps modernes, qui apportera justice à la minorité noire, l'heure de vérité aussi a sonné, mais d'une autre manière. Après l'avoir frottée pour l'en faire sortir, ils doivent maintenant faire rentrer le génie dans la lampe et expliquer pourquoi, alors qu'ils sont les héritiers du même parti qu'Earl Warren, ils n'ont plus aujourd'hui la même énergie pour garantir à la minorité noire l'égal accès au droit de vote.

Pour nous, Français, qui regardons avec tristesse les Américains s'affronter comme jamais sur leurs juges et l'immense pouvoir qu'ils leur ont donné, la crise actuelle ne nous apprend rien que nous ne sachions déjà. Nulle part les intérêts individuels, qu'ils soient économiques comme dans les années trente, ou religieux comme aujourd'hui, ne peuvent plus librement s'organiser pour lutter contre l'intérêt général qu'aux États-Unis. Comme il n'est pas possible de recourir à l'emploi de la force pour les soumettre dans la mesure où, outre les résistances qu'ils rencontreraient, les moyens de l'État fédéral n'y suffiraient pas, il n'y a qu'un pouvoir judiciaire fort qui puisse les tenir en respect. L'origine du mal n'est donc point dans la constitution de ce haut tribunal, mais, comme l'a si bien compris Tocqueville, « dans la Constitution même de l'État qui nécessite l'existence d'un pareil pouvoir ». ■