

Suprême Court (2)

Olivier Cahn

DANS **GRIEF 2017/1 N° 4**, PAGES 155 À 161

ÉDITIONS **ÉDITIONS DE L'EHESS**

ISSN 2275-1599

ISBN 9782247170364

DOI 10.3917/grief.171.0155

Date de mise en ligne : 16/12/2021

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-grief-2017-1-page-155?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Éditions de l'EHESS.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Supreme Court (2)

À propos d'Anne Deysine,
La Cour suprême des États-Unis.
Droit, politique et démocratie,
Paris, Dalloz, 2015

par Olivier Cahn

Il est une vision romantique de la Cour suprême des États-Unis : celle de la juridiction qui, dans l'arrêt *Miranda v. Arizona* (384 U.S. 436 [1966]), a imposé aux officiers de police d'énoncer au suspect ses droits au moment de l'arrestation, à une époque où le manuel de procédure pénale servant à la formation des policiers français professait que « la garde à vue doit permettre d'amener le suspect à ce moment de vertige qui précède l'aveu » ; ou qui, dans un pays où le président prête serment sur la Bible, a reconnu à un pornographe le droit constitutionnel de caricaturer un télévangéliste en alcoolique incestueux (*Hustler Magazine Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46 [1988]).

Ce n'est manifestement pas la conception retenue par Anne Deysine. La lecture de l'ouvrage qu'il nous est offert de présenter conduit, en effet, à mettre en cause la pertinence de son sous-titre : certes pas *droit*, pour peu que l'on adhère à la conception positiviste ; ni *politique*, encore que le terme ne soit pas entendu dans son sens le plus noble ; mais *démocratie*, nous y reviendrons. Cela est d'autant moins rassurant que l'auteure a consacré de nombreux travaux à la Cour suprême et à ses décisions, qu'elle a rencontré nombre de ses juges et que rien, chez elle, ne trahit une quelconque appétence pour la subversion. Ainsi, la mesure irréfutablement scientifique de son propos contraste souvent avec la brutalité de ce qui est décrit : une institution dont l'archaïsme ne semble bousculé que par son adhésion au néolibéralisme et dont les décisions n'apparaissent pas toujours motivées par les exigences de la légalité, et encore moins de la morale ; suscitant parfois le sentiment de la rencontre de ce qu'il y a de pire entre l'ancien et le nouveau monde – dans tous les sens de ces termes.

La préface de Jacqueline de Guillenchmidt, ancien membre du Conseil constitutionnel, met par contraste en évidence l'écueil dont Anne

Deysine a su se garder, consistant à utiliser l'étude de la Cour suprême comme un prétexte à une comparaison, nécessairement artificielle, avec les institutions françaises. Dès l'introduction, l'auteure met ses pas dans ceux de l'*Associate Justice* Ruth Ginsburg, qui estimait que le droit comparé ne sert pas à corriger le droit national, mais à l'éclairer. Elle insiste, ensuite, sur l'importance du « pluralisme », entendu dans une triple acception économique-politique, socioculturelle et juridique, et « sous-tendu par une notion de l'intérêt général bien éloignée de la vision française » (p. 26) qui irrigue l'activité de la Cour. L'introduction se termine par l'exposé de l'objectif que s'assigne l'auteure. Revendiquant une approche inspirée des *Judicial Politics Studies* états-uniennes (p. 33) et l'utilisation du « quadruple prisme politique, historique, sociologique et juridique afin de tenter de mesurer [la] puissance réelle [de la Cour] et sa relation à la démocratie », elle se propose de démontrer que la Cour suprême « est intrinsèquement politique, mais qu'en déduire qu'elle est nécessairement antimajoritaire ou antidémocratique [...] serait tomber dans une facilité trompeuse [car] il est réducteur de corrélér de façon automatique la question de la légitimité de la Cour et le fait qu'elle n'émane pas directement du suffrage électoral » (p. 37). Cette assertion suggère aussi la limite de l'ambition que s'est assignée Anne Deysine. En effet, s'il n'est plus sérieusement contesté que la légitimité du juge peut procéder d'autres sources que de l'élection, la question de la mesure dans laquelle la Cour suprême est fondée à s'appropriier, par sa jurisprudence, une fraction de la souveraineté – et, plus précisément, la question de savoir si la jurisprudence de la Cour suprême reste cantonnée dans l'exercice de son pouvoir de rempart de l'État de droit, sans excéder la révélation du droit admise de la part des juridictions supérieures de *common law* – aurait peut-être mérité un traitement moins elliptique.

L'ouvrage est construit en six chapitres thématiques.

Le premier, intitulé « La Cour dans le paysage constitutionnel », est consacré au rappel du contenu et des implications de l'article 3 de la Constitution, de la double compétence de la Cour suprême – cour constitutionnelle et plus haute juridiction de *common law* –, et à la « conquête du contrôle de constitutionnalité » par l'arrêt *Marbury v. Madison* (1803). L'auteure met utilement en évidence la pétition de principe sur laquelle s'est fondée la Cour pour s'octroyer cette compétence (p. 53-58).

Le chapitre 2, « Les enjeux de la nomination des *Justices* », débute par une mise au point peu commune dans un ouvrage juridique : « Les juges sont des “politiques”, nommés par le président, approuvés par une majorité au Sénat pour des raisons qui tiennent autant à leur couleur politique, leurs préférences idéologiques et leur méthode d'interprétation des lois et de la Constitution qu'à leur excellence juridique », tandis que le processus est affecté par l'« omniprésente implication des groupes

d'intérêts» (p. 59). Au nombre des motifs qui déterminent le choix des juges, l'auteure relève alors l'importance de la philosophie d'interprétation de la Constitution à laquelle adhèrent les impétrants, dès lors que « la règle du précédent, qui en principe devrait servir à limiter le pouvoir discrétionnaire du juge, est de peu d'utilité lorsqu'il suffit que cinq juges soient d'accord pour choisir tel précédent ou le lire autrement » et que, la révision constitutionnelle étant particulièrement complexe, il appartient à la Cour de contribuer « au processus d'adaptation de la Constitution » (p. 69-70). Elle souligne ensuite les interférences politiques dans le processus de nomination, qu'il s'agisse de l'implication des groupes d'intérêts, des stratégies qui orientent le choix opéré par le président – suggérant que les Républicains ont un objectif (« modifier la coloration du pouvoir judiciaire fédéral, trop progressiste à leurs yeux »), mieux identifié que celui des Démocrates –, ou du jeu de rôle qui préside à la confirmation par le Sénat (p. 89).

Le chapitre se termine par l'exposé des « *voting patterns* ». Le lecteur inattentif pourra être un instant désarçonné, puisque l'auteure bascule alors, sans réellement marquer de transition, de la nomination des juges au déroulement des audiences devant la Cour suprême. Cela se justifie néanmoins, en ce qu'est ainsi mise en évidence la cohérence qui unit les vicissitudes de la nomination des juges avec le fonctionnement de la Cour. Si l'audience publique semble être un bal des *ego* au cours duquel les juges « font passer leurs préférences politiques », la « conférence » durant laquelle le *Chief Justice* désigne le juge qui aura la charge de rédiger l'opinion de la majorité apparaît comme déterminante, dès lors que la solution d'une affaire « dépend d'alliances sur des points de droit qui se forment au cas par cas » (p. 93-94). Une perspective historique plus étayée aurait peut-être permis de déterminer dans quelle mesure le consensus qu'impliquent les décisions de la Cour s'obtient principalement au bénéfice de positions conservatrices ou libérales et d'identifier les déterminants de cet équilibre. Le chapitre se conclut par un constat qui peut aujourd'hui légitimement inquiéter : « Le grand tournant sera 2016 qui verra un président démocrate ou un président républicain succéder à Barack Obama et être sans doute en mesure de nommer deux ou trois juges. » À nouveau, la comparaison historique aurait peut-être permis de vérifier si, dans des situations antérieures similaires, un « malin génie » protégeant la démocratie états-unienne a conduit à la nomination de *Justices*, en recherchant un certain équilibre des forces au sein de la Cour, afin de protéger la légitimité de la contribution de cette dernière à la définition des modalités d'exécution du contrat social.

Le troisième chapitre, « Une Cour maîtresse de son agenda », s'ouvre sur l'affirmation que la puissance de la Cour suprême procède d'un « paradoxe fondamental : ses pouvoirs sont limités mais ce sont les limites mêmes posées à son intervention et dont elle est l'interprète qui

lui confèrent une vraie marge d'appréciation et contribuent à accroître son caractère "discrétaire" » (p. 97). Pour le démontrer, l'auteure se concentre sur l'obligation imposée au justiciable de satisfaire aux critères de *standing*, et sur la nécessité de ce que l'affaire sache remplir les conditions de *justiciability*. Elle démontre ainsi que, par le *Writ of Certiorari*, devenu la procédure de droit commun, la Cour s'est arrogé un « pouvoir discrétionnaire absolu » qui « lui permet de choisir les affaires sur lesquelles elle entend se prononcer et donc d'établir elle-même son "agenda" politique » (p. 100-101). Se pose alors, par-delà la question de l'accès à la justice, celle de la coïncidence – ou son absence – de l'intérêt général avec les intérêts particuliers que les *Justices* entendent satisfaire ; l'acuité de cette interrogation est d'autant plus prégnante que la Cour n'accepte qu'une affaire sur mille. Le doute ainsi insinué se trouve renforcé encore par l'examen des règles de recevabilité. Après avoir relevé l'arbitraire qui préside à la définition des règles relatives à la caducité ou à la prématurité de l'action (p. 115-116), Anne Deysine développe la « doctrine de la question politique », qui « évoque à certains égards la théorie dite de l'acte de gouvernement » (p. 118). Manifestement, le recul de cette théorie, consacré par la jurisprudence du Conseil d'État français, n'est pas acquis aux États-Unis, où la Cour suprême s'interdit d'« usurper des prérogatives » non seulement de l'exécutif, mais aussi du législatif (p. 124). L'auteure en conclut que, par ces biais largement discrétionnaires, la Cour « peut dans une large mesure choisir "ses" affaires » tandis que, « sans minimiser aucunement le poids du droit, les considérations politiques et d'opportunité sont omniprésentes » (p. 126).

Le chapitre 4, intitulé « La Cour au cœur du système politique et économique », commence par le rappel des « deux mécanismes qui soutiennent le texte constitutionnel : le fédéralisme, qui est un partage vertical des pouvoirs, et une séparation organique horizontale des pouvoirs associée au mécanisme de "*checks and balances*" qui permet à chacun des trois pouvoirs de contrôler et de contrebalancer les deux autres » (p. 126). Dès lors, « la Cour peut faire preuve d'activisme si elle interprète *a maxima* ou peut choisir la retenue, la déférence vis-à-vis des deux autres pouvoirs, des agences administratives et des juridictions inférieures » (p. 128). On pourra regretter que le tropisme démocrate manifeste de l'auteure porte parfois ses analyses à un certain manichéisme (par exemple, p. 134, à propos de la Cour Warren). Sous cette réserve, la démonstration qu'elle propose – selon laquelle la déférence de la Cour prend parfois une dimension étonnamment large – suggère, implicitement mais nécessairement, que la définition du domaine de compétence et des prérogatives de l'exécutif et du législatif est intimement corrélée à la décision judiciaire. Ainsi, la Cour suprême dispose de la compétence de définir ultimement l'étendue de la compétence des autres pouvoirs, en temps ordinaire comme en temps de crise. Sans invoquer les mânes

de Carl Schmitt, cela conforte les interrogations relatives au siège de la souveraineté aux États-Unis. Anne Deysine n'y répond que partiellement en évoquant des précédents dans lesquels le président ne s'est pas conformé à la décision de la Cour. Un traitement peut-être plus approfondi aurait été justifié d'autant qu'il est ensuite rappelé que, si « l'intervention de la Cour est parfois quasi automatique, essentiellement quand il s'agit d'affirmer la primauté du droit ou quand la place du pouvoir judiciaire ou les droits et libertés sont en jeu » (p. 148), particulièrement afin d'éviter que la majorité n'opprime les minorités, « l'histoire montre que la Cour ne fait pas toujours preuve de vigilance ou de sévérité vis-à-vis des lois du Congrès ou des actes du président. Beaucoup dépend de sa composition, mais aussi des conditions extérieures » (p. 150). De surcroît, les analyses qu'elle présente des affaires *Korematsu* ou *Guantanamo* auraient peut-être pu la conduire à une conclusion plus mesurée que l'assertion selon laquelle la Cour suprême « contrôle effectivement les actes de l'exécutif » lorsqu'il s'agit « de défendre les prérogatives de la Cour et de protéger les garanties fondamentales que sont l'*habeas corpus*, la légalité processuelle (*due process*) et les droits figurant dans la Déclaration des droits » (p. 157). La deuxième partie du chapitre est consacrée à l'influence de la Cour sur la « vie politique ». L'analyse se concentre pour l'essentiel sur les décisions récentes en matière électorale et, surtout, économique, qui « mettent en lumière la grande mansuétude vis-à-vis des puissants dont fait preuve la Cour Roberts » (p. 177-180). Ces quelques pages, qui pourraient opportunément édifier les négociateurs européens d'un éventuel traité transatlantique de libre-échange, font d'autant plus regretter que, « faute de place et aussi parce que ce n'est pas [son] propos », l'auteure ait choisi de ne pas évoquer « le rôle de la Cour sur les grandes questions sociétales » (p. 181).

Le chapitre suivant, consacré à « L'art de composer avec les contraintes », distingue les contraintes externes et internes. Au titre des premières, l'analyse se concentre d'abord sur l'influence des lobbies *lato sensu*. L'auteure relève que la Cour considère d'un œil bienveillant les mémoires *amicus curiae* qu'ils déposent dans l'immense majorité des affaires, en ce qu'ils sont censés procurer aux juges une expertise. Si l'on perçoit l'intérêt économique d'une solution qui met à la disposition des juges des éléments techniques leur permettant de se forger une opinion, sans avoir à recourir à des expertises financées par des fonds publics, il aurait peut-être été intéressant de réfléchir à l'impact d'une telle conception sur les intérêts des groupes sociétaux les moins favorisés, qui ne disposent pas des moyens matériels ou techniques de déposer des mémoires. La question est d'autant plus intéressante que l'auteure relève ensuite « l'avantage conféré par le fait de recourir au service d'un avocat du "barreau d'élite" », dont les demandes de *certiorari* sont traitées avec plus d'attention par l'administration de la Cour (p. 194). Finalement,

l'auteure estime que, si depuis 1936 la Cour suprême fait preuve de déférence et de *judicial restraint* dans ses rapports avec les autres pouvoirs, son dialogue avec ces derniers peut aussi prendre la forme de « réactions/représailles » (p. 207).

Les contraintes internes sont conçues selon les relations entretenues par la Cour suprême avec les juridictions inférieures qui « peuvent s'envisager selon deux modèles : hiérarchique et autoritaire ou de coopération », même si, « dans les deux cas, les juridictions d'appel jouent un rôle essentiel en raison du faible nombre d'affaires acceptées par la Cour suprême » (p. 214); ce qui n'est, somme toute, qu'une nouvelle illustration d'un principe bien établi en sociologie des institutions. Mais cette situation est d'autant plus délicate que « la qualité des décisions de la Cour s'amenuise du fait des tensions entre les juges [...] ouvrant des espaces d'indiscipline aux juridictions inférieures » et que, sous couvert d'une coopération entre les juridictions qui masque l'absence d'« acteur unique » dans l'interprétation de la loi ou de la Constitution, les coûts induits par l'abaissement de la qualité de l'administration de la justice et l'accroissement des difficultés auxquelles sont exposés les justiciables ne sont pas négligeables (p. 216-219). Il en résulte, en effet, une jurisprudence casuelle que ne justifie qu'imparfaitement le fait que « la Cour suprême fonctionne dans un faisceau d'interactions et qu'elle doit s'efforcer de ne pas heurter de front l'opinion publique » et qu'« en tant qu'institution [elle] doit se poser la question de son rôle et de sa légitimité » (p. 235).

Le dernier chapitre est consacré à « La Cour et la démocratie ». L'auteure précise immédiatement que cette question est compliquée, d'autant qu'il « n'existe aucune règle qui détermine précisément si la Cour était fondée à intervenir ou si elle a outrepassé ses pouvoirs, d'autant qu'il n'existe pas de véritable consensus sur ce qui devrait être un rôle idéal de la Cour suprême » (p. 238). Le rappel de « la conception de Madison de la démocratie », selon laquelle « les juges suprêmes, dotés du recul et de l'indépendance que leur confère leur statut, ont un rôle de défense des droits et libertés, de la justice et des minorités » (p. 240), fournissait certainement le moyen de s'interroger plus radicalement que ne le fait Anne Deysine sur la remise en cause de sa propre légitimité par la Cour Roberts après des décisions telles que *Citizens* ou *Ledbetter*. Ainsi, l'exposé auquel elle se livre des théories avancées pour « préserver la légitimité de la Cour » (théories du processus, de la percolation ou fermentation ou de la liberté active), s'il témoigne de l'inventivité des *Justices* et de la doctrine états-unienne, ne suffit pas à comprendre le *hiatus* apparent entre la fonction constitutionnelle de la Cour et sa jurisprudence contemporaine.

Certes, ce reproche doit être nuancé à la lecture de la conclusion très critique envers la Cour Roberts. Peut-être l'analyse aurait-elle pu être

utilement complétée par une réflexion sur l'évolution que cela pourrait signaler de la conception que se fait la Cour de son rôle, d'un contre-pouvoir vers « une ruse de la domination [ayant] pour objet premier de transformer un rapport de force en droit » (selon la formule de Grégoire Bigot à propos du Conseil d'État français)¹ ?

En guise de conclusion, deux regrets en forme de caprices d'enfant gâté par la lecture de ce passionnant ouvrage et qui aurait aimé que l'auteure dévoile plus encore ses connaissances. D'abord, si nous sommes prêts à convenir de ce que les contraintes éditoriales de la collection ne permettaient pas l'exhaustivité, quelques analyses historiques complémentaires auraient permis, s'agissant d'une juridiction de *common law*, de mieux appréhender les caractères de la jurisprudence de la Cour Roberts signalés par l'auteure et l'importance (ou non) des innovations qu'elle induit. Ensuite, les constats opérés par Anne Deysine auraient peut-être pu la conduire à s'interroger sur ce qu'ils suggèrent du fractionnement, voire de la dilution, du souverain aux États-Unis. Ce point n'est envisagé que sporadiquement, par touches disséminées dans les développements, pour rappeler la volonté des pères fondateurs, les implications des tensions entre la Cour, le président et le Congrès ou l'influence des groupes représentant des intérêts particuliers, mais nous aurions aimé connaître son avis sur une question essentielle qu'inspire la lecture de l'ouvrage et à laquelle les réponses claires que l'on pouvait espérer ne nous semblent que partiellement apportées : quelle est aujourd'hui l'influence de « *We, the People...* » dans le partage de la souveraineté et les rapports entre les trois pouvoirs aux États-Unis ?

Note

- 1 G. Bigot, *Ce droit qu'on dit administratif. Études d'histoire du droit public*, Paris, La Mémoire du Droit, 2015, p. XV-XVI.