17 mai 2016

La Cour suprême en balance

Les enjeux politiques et constitutionnels du remplacement d'Antonin Scalia

Vincent MICHELOT

Étrange coïncidence transatlantique du calendrier politique : au moment où, en France, on a renouvelé un tiers des magistrats du Conseil constitutionnel dans un anonymat qui aurait été complet si Laurent Fabius n'avait été du nombre, aux États-Unis, le décès le 13 février du juge Antonin Scalia a constitué un véritable tremblement de terre politique. En effet, les secousses de l'événement affectent la dynamique entre les trois pouvoirs de l'État, influent directement sur la campagne présidentielle ainsi que sur les élections sénatoriales du 8 novembre prochain et pourraient modifier en profondeur les équilibres idéologiques entre conservateurs et progressistes. Elles touchent potentiellement des millions d'Américains dans l'exercice concret de leurs libertés fondamentales, qu'il s'agisse du droit de vote, du droit à l'intimité, de la libre expression, du port d'arme, de la séparation de l'Église et de l'État ou encore de l'accès aux tribunaux pour ceux dont la voix dans les urnes ou dans la sphère publique porte moins et dont, en conséquence, l'accès aux pouvoirs exécutif ou législatif est plus difficile. La Cour suprême et les tribunaux inférieurs sont bien le siège d'un pouvoir contre-majoritaire.

D'un côté de l'Atlantique donc, trois juges – sur les neuf qui siègent au Conseil constitutionnel – partent et trois les remplacent dans un discret ballet triennal réservé aux seuls initiés ; de l'autre un sage américain s'éteint à 79 ans dans un ranch du Texas et le *sturm und drang* de l'opéra politique étasunien atteint un tel paroxysme que la fanfare cacophonique et vulgaire de Donald Trump en deviendrait presque une discrète musique d'ascenseur. Les deux « Républiques sœurs » sont-elles donc si différentes ?

Vincent Michelot est professeur d'histoire politique des Etats-Unis à Sciences Po Lyon.

Les opinions exprimées dans ce texte n'engagent que la responsabilité de l'auteur.

ISBN : 978-2-36567-573-4

© Tous droits réservés, Paris, Ifri, 2016.

Comment citer cette publication :

Vincent Michelot, « La Cour suprême en balance. Les enjeux politiques et constitutionnels du remplacement de Antonin Scalia », *Chroniques américaines*, 17 mai 2016.

Ifri
27 rue de la Procession
75740 Paris Cedex 15
Tél. : +33 (0)1 40 61 60 00
Email : accueil@ifri.org

Site internet :
www.ifri.org

Le juge Scalia, grand prêtre du conservatisme américain

Si le décès d'Antonin Scalia a de telles répercussions, c'est d'abord qu'au fil des ans, depuis sa nomination en 1986 par le président Reagan, il était devenu une véritable icône du mouvement conservateur. Il avait en effet été porté sur les fonds baptismaux du politique étasunien par celui que l'on considère encore souvent aujourd'hui comme le garant de l'orthodoxie conservatrice. Surtout, il incarnait par sa faconde sarcastique, ses attendus moqueurs et érudits, ses discours provocateurs sur les bases constitutionnelles soi-disant suspectes du credo progressiste, ce succès que les conservateurs américains attendaient depuis la fin des années 1960 : la déconstruction dans le texte organique de l'ordre constitutionnel de l'État providence, un ordre constitutionnel que deux générations de juristes progressistes, de Franklin Roosevelt à Lyndon Johnson, avaient patiemment et méthodiquement élaboré.

Ronald Reagan avait bien promis une « révolution conservatrice », George W. Bush l'éradication des derniers vestiges de la Grande Société de Johnson qui préluderait à l'avènement d'un ordre politique conservateur durable mais, dans la réalité, de Orange County à l'Alabama, chacun avait compris que le seul grand et durable succès politique du mouvement conservateur résidait dans la jurisprudence du haut tribunal américain. Sous la houlette cajoleuse, moqueuse et habile de celui que l'on surnommait affectueusement Nino, la Cour avait largement redéfini le sens des Premier et Deuxième amendements à la Constitution (relatifs respectivement à la liberté d'expression et au droit de port d'arme), donné aux personnes morales que sont les entreprises la liberté de culte (parfois comprise comme la liberté de pratiquer la discrimination), permis avec l'arrêt *Citizens United* l'entrée fracassante sur la scène électorale du milliardaire Sheldon Adelson et des frères Koch, redéfini le sens de ce beau slogan qu'était en 1963 « une personne, une voix » (« *one person, one vote* »), mis en doute les fondations de l'action positive, ou encore renvoyé les femmes à une égalité réelle douteuse et fragile.

Rares sont les juges de la Cour suprême qui ont à ce point transformé la jurisprudence, plus rares encore sont ceux dont la parole portait bien au-delà des murs du temple de marbre pour s'inviter dans les facultés de droit, les *think tanks*, les partis politiques et tous les

autres lieux où l'on discute du sens du texte organique des États-Unis, c'est à dire un peu partout… Antonin Scalia était à lui seul une « chambre d'écho » du conservatisme américain et son grand prêtre.

Controverse entre la Maison-Blanche et le Sénat

Sa disparition soudaine exacerbe la tension entre exécutif et législatif. L'Article 2, section 2 de la Constitution est clair lorsqu'il donne au président le pouvoir de nommer, « avec l'avis et consentement du Sénat », tous les juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême. Et pourtant, le leader de la majorité républicaine et de nombreux sénateurs du parti de l'éléphant, peu soucieux de la période de deuil, se sont immédiatement exprimés : il était hors de question que le président Obama proposât une nomination ; la Commission judiciaire de la chambre haute ne l'examinerait même pas et refuserait de programmer des auditions. Selon ces élus, il appartiendrait au prochain président, qui prendra ses fonctions en janvier 2017, de proposer un nom au Sénat. Étrange idée selon laquelle les pouvoirs constitutionnels du président varieraient en fonction de la période de son mandat, ce qui lui interdirait tout acte de gouvernement conséquent pendant la fameuse période dite du « canard boiteux » (*« lame duck »*). Certes les magistrats fédéraux sont, aux États-Unis, nommés à vie et l'on peine à imaginer, en France, que l'on s'affronte en 2016 autour du remplacement d'un juge nommé par Valéry Giscard d'Estaing ou François Mitterrand. Mais, alors même que les élus républicains au Congrès parlent « d'usurpation constitutionnelle » et dénoncent avec virulence cette « dictature de l'exécutif » que tenterait d'imposer un président minoritaire dans les deux chambres, le paradoxe tient du syllogisme constitutionnel.

Si, *in fine*, les sénateurs républicains parvenaient à bloquer la proposition de nomination de Merrick Garland, que le président Obama a faite en mars, les conséquences politiques seraient d'une ampleur inédite. Cela signifierait d'abord que le Sénat peut imposer au Président son interprétation de la Constitution, un renversement majeur dans une période où la cohabitation partisane est presque la règle aux États-Unis. Qu'en sera-t-il alors des nombreux décrets exécutifs promulgués par le président Obama, notamment en matière d'immigration ? Ensuite, cela voudrait dire que la Chambre haute tient en bien peu d'estime la Cour suprême, en affirmant de fait

qu'elle peut fonctionner avec huit magistrats au lieu de neuf sur une période qui couvrira presque deux années judiciaires. Il s'écoule en effet statistiquement plus de deux mois entre la transmission au Sénat de la proposition et la nomination d'un juge. Il est donc illusoire de penser que le prochain président des États-Unis puisse voir un juge confirmé avant la fin du printemps 2017, *a fortiori* un nouveau chef de l'exécutif qui devra à partir de janvier 2017 mettre en place une nouvelle administration et affronter cette période cruciale que sont les cent premiers jours. On ajoutera qu'il s'agirait là de deux premières dans la période moderne : jamais un président élu n'a trouvé dans sa corbeille constitutionnelle une nomination à la haute Cour ; jamais la Cour n'aura fonctionné sur une période aussi longue avec simplement huit magistrats. Le Congrès résurgent contre l'impérialisme présidentiel ou le gouvernement des juges ?

Un risque politique pour les Républicains

Les élus républicains, tout au moins les plus extrémistes d'entre eux, courent là un double risque. D'abord, le 8 novembre 2016, un tiers du Sénat sera renouvelé. Nombreux sont les sortants républicains qui se présentent dans des États où le président Obama l'a emporté en 2012, ce qui signifie qu'ils pourraient payer dans les urnes un obstructionnisme partisan trop voyant qui empêcherait d'installer à la Cour suprême un magistrat qui porterait les valeurs de ces électeurs progressistes. Par ailleurs, autant la majorité républicaine à la Chambre basse est confortable, autant elle pourrait basculer au Sénat, ce qui changerait considérablement la donne institutionnelle en janvier 2017, quel que soit le candidat élu. Les Républicains rêvaient, jusqu'à l'investiture aujourd'hui quasi certaine de Donald Trump, d'un couple exécutif-législatif enfin réunifié et donc transformateur ; les Démocrates, eux, aspirent toujours à desserrer l'emprise conservatrice sur le Congrès et à donner à une présidente Clinton une véritable marge de manœuvre dans ses cent premiers jours.

Enfin, superbe ironie, le blocage républicain pourrait bien avoir pour effet de donner à Hillary Clinton et non à Barack Obama le soin de remplacer Antonin Scalia. À moins que, pris de panique par une défaite humiliante de Donald Trump le 8 novembre et la perte simultanée de la majorité à la Chambre haute, les Républicains ne confirment Merrick Garland pendant la session « canard boiteux » de

décembre, au motif qu'il s'agirait d'un moindre mal (Merrick Garland a 63 ans et un profil centriste très consensuel). Ils s'exposent en effet à une nomination autrement plus transformatrice et progressiste de la part d'une présidente Clinton qui saura, si elle a la majorité à la Chambre haute, proposer la nomination d'un juge plus jeune et plus progressiste que Merrick Garland.

Un basculement idéologique ?

En réalité, si les Républicains sont prêts à ce numéro de contorsionnisme constitutionnel et de poker électoral, c'est tout simplement que l'enjeu politique est monumental. On le rappellera, la Cour suprême rend ses décisions à la majorité simple des neuf juges. Qui plus est, les magistrats qui sont dans la minorité ont le loisir de s'exprimer dans des attendus dissidents, qui possèdent une portée réelle et préludent parfois un renversement de majorité. Dans les dernières années, nombreuses sont les grandes décisions qui ont été rendues à une majorité de 5-4. Lorsque la balance penchait du côté conservateur, Antonin Scalia était systématiquement des cinq et, souvent, il était celui qui fournissait l'argumentaire. Alors que le rôle de la Cour suprême comporte pour l'année à venir des contentieux qui traitent de l'accès à la contraception, du découpage des circonscriptions à la Chambre des représentants, des droits syndicaux, des pouvoirs de l'exécutif en matière d'immigration, de l'exception religieuse dans l'application de la loi de réforme de la santé ou encore de « l'action positive » dans les universités, on se trouve aujourd'hui dans la situation suivante : dans un premier temps, il n'y aura que huit juges à la Cour et alors, tous les arrêts rendus à 4-4 confirmeront la décision du dernier tribunal à avoir jugé. Cela s'est déjà produit le 29 mars 2016 dans l'affaire *Friedrichs c. California Teachers Union* avec pour résultat une victoire rare des syndicats, ce qui constitue déjà un recul majeur pour les conservateurs. Au-delà, ces égalités, qui n'ont pas le statut de précédent, sont dommageables au prestige de l'institution qui n'est pas en mesure d'exercer pleinement son rôle.

Ensuite, dans l'hypothèse où Barack Obama – ou Hillary Clinton après lui – sortirait gagnant(e) de son bras de fer avec le Sénat en parvenant à faire confirmer sa proposition de nomination, c'est alors une majorité progressiste fiable de cinq juges qui revisiterait les grands arrêts de la jurisprudence conservatrice. En résulterait sans nul doute une transformation de la société américaine, de ses

équilibres politiques et institutionnels, des modes de financement des campagnes électorales et des droits des minorités qui aurait un effet bien supérieur, à terme, à l'élection d'un président démocrate majoritaire au Congrès. Quarante années de conservatisme entre 1969 et 2009, incarnées par la contribution d'Antonin Scalia à l'inflexion droitiste du sens du texte organique retourneraient à l'état de friche idéologique qui, si l'on en croit la démographie électorale et les fantômes effrayants du césarisme à la Trump, risque fort de ne plus trouver d'électeurs pour la cultiver. Un seul juge vous manque, et tout est dépeuplé.