

Les nominations à la Cour suprême, enjeu des élections de 2016



Anne DEYSINE

Juin 2016

L’Ifri est, en France, le principal centre indépendant de recherche, d’information et de débat sur les grandes questions internationales. Créé en 1979 par Thierry de Montbrial, l’Ifri est une association reconnue d’utilité publique (loi de 1901). Il n’est soumis à aucune tutelle administrative, définit librement ses activités et publie régulièrement ses travaux.

L’Ifri associe, au travers de ses études et de ses débats, dans une démarche interdisciplinaire, décideurs politiques et experts à l’échelle internationale.

Avec son antenne de Bruxelles (Ifri-Bruxelles), l’Ifri s’impose comme un des rares *think tanks* français à se positionner au cœur même du débat européen.

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

ISBN : 978-2-36567-589-5

© Tous droits réservés, Ifri, 2016

Couverture : © Anne Deysine

Comment citer cette publication :

Anne Deysine, « Les nominations à la Cour suprême, enjeu des élections de 2016 », *Potomac Paper*, n° 27, juin 2016.

Ifri

27 rue de la Procession 75740 Paris Cedex 15 – FRANCE

Tél. : +33 (0)1 40 61 60 00 – Fax : +33 (0)1 40 61 60 60

E-mail : accueil@ifri.org

Ifri-Bruxelles

Rue Marie-Thérèse, 21 1000 – Bruxelles – BELGIQUE

Tél. : +32 (0)2 238 51 10 – Fax : +32 (0)2 238 51 15

E-mail : bruxelles@ifri.org

Site internet : ifri.org

Potomac Papers

Le programme Amérique du Nord de l'Ifri publie une collection de notes en ligne sur les États-Unis nommées « *Potomac Papers* ». Revues par des experts avant publication, ces notes présentent des analyses de la politique intérieure, étrangère et économique, ainsi que des évolutions sociales et des grands débats en cours aux États-Unis. Ces *Policy Papers* sont publiés soit en français soit en anglais avec un résumé d'une page dans les deux langues. La collection est éditée par Laurence Nardon, responsable du Programme Amérique du Nord de l'Ifri.

Auteur

Anne Deysine est diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris et Professeur des universités. Juriste et américaniste, elle a publié de nombreux ouvrages consacrés aux États-Unis dont *Les États-Unis aujourd'hui : permanence et changements* (La Documentation française, 2006) ; *Les États-Unis : Une nouvelle Donne* (La Documentation française, 2010) ; *La justice aux États-Unis* (PUF, 1996). Elle a également contribué à de nombreux ouvrages collectifs et articles consacrés au lobbying et aux stratégies d'influence. Son dernier ouvrage, publié en avril 2015 chez Dalloz (collection « Les Sens du droit »), est *La Cour suprême des États-Unis : Droit, Politique et Démocratie*.

Résumé

Le 13 février dernier s'éteignait le juge de la Cour suprême Antonin Scalia, phare de la pensée conservatrice et juriste le plus influent de ces 30 dernières années aux États-Unis. La question de son remplacement est immédiatement devenue l'un des enjeux de la campagne pour les élections présidentielles de novembre prochain. Si les nominations à la Cour étaient dans le passé un processus relativement consensuel, elles sont aujourd'hui elles aussi affectées par la polarisation de la vie politique américaine.

Au premier plan se déroule ainsi une dispute hautement politisée entre le président Obama, qui a proposé un candidat plutôt consensuel en la personne du juge Merrick Garland, et le camp républicain qui prétend qu'un président en fin de mandat ne saurait désigner un nouveau juge à la Cour suprême – et qui refuse donc d'auditionner le candidat désigné.

Au-delà de la disparition du juge Scalia, quatre des juges actuels sont relativement âgés. Le prochain président pourrait donc avoir l'opportunité de nommer un certain nombre de nouveaux *justices*. Si c'est la démocrate Hillary Clinton qui est élue, l'orientation idéologique de la Cour, considérée comme plutôt conservatrice depuis l'arrivée de Scalia en 1986, pourrait ainsi basculer du côté progressiste. Compte tenu de l'importance des décisions de la Cour dans un très grand nombre de domaines liés à la vie quotidienne des Américains et à l'équilibre des pouvoirs dans le pays, cela constituerait un retournement aux conséquences considérables pour les prochaines décennies.

Abstract

With the death of Justice Antonin Scalia on February 13, 2016, the Supreme Court of the United States lost a beacon of conservative thought and one of the most influential American jurists of the last thirty years. The question of his replacement immediately became an issue as the United States looks forward to the presidential election in November. While past nominations to the Supreme Court have been relatively uncontentious, nominations today are affected by the polarization of American politics.

At the forefront of the debate is a highly politicized struggle between President Obama, who proposed judge Merrick Garland, a rather centrist candidate, and the Republican camp, which contends that a president at the end of his term of office should not appoint a new Justice to the court and thus refuses to even hold hearings for nominee, let alone an up and down vote.

In addition to the vacancy caused by Scalia's death, four other current judges are likely nearing the end of their tenures due to their advanced age. America's next president may therefore have the opportunity to nominate a number of new justices. If the democratic candidate Hillary Clinton is elected, the ideological composition of the court, generally considered rather conservative since the appointment of Scalia in 1986, could become somewhat more liberal. In view of the impact of the Supreme Court's decisions on many aspects of Americans' everyday lives and on the balance of power in the country, this would have considerable consequences for decades to come.

Sommaire

INTRODUCTION	6
PUISSANCE DE LA COUR ET IMPACT DE SES DÉCISIONS	9
Un large mode de saisine.....	9
L'impact politique des décisions de la Cour.....	11
L'ENJEU DES NOMINATIONS	14
Le choix du président.....	14
Le rôle du Sénat	17
LA SITUATION EN 2016	20
Des préalables et précédents ?	20
Des prises de position partisans	22
Un rapport de force	23
L'avis des candidats à la présidence.....	25
Une Cour amoindrie ?.....	26
CONCLUSION	28

Introduction

La campagne présidentielle bat son plein aux États-Unis. En France on se passionne pour la candidature hors-norme de Donald Trump du côté républicain et la longue résistance du socialiste autoproclamé Bernie Sanders à Hillary Clinton du côté démocrate. Si les élections primaires ont été mouvementées et imprévisibles, elles ne doivent pas pour autant dissimuler les autres dimensions de la campagne électorale dans un pays fédéral où fonctionne une stricte séparation des pouvoirs. En effet, les élections aux 435 sièges de la Chambre des représentants et du tiers du Sénat – les 100 sénateurs étant renouvelables par tiers –, les scrutins dans les États et au niveau local, ainsi que les propositions d’initiative et de référendum dans certains États auront également lieu le 8 novembre prochain.

Cette année s’y s’ajoute la question de la Cour suprême, arbitre ultime qui peut donner son feu vert ou au contraire entraver l’action du Congrès, du président ou des États. Compte tenu de l’âge avancé de certains juges de la Cour, on savait que le futur président pourrait avoir à nommer plusieurs remplaçants. Mais le décès du juge Antonin Scalia le 13 février 2016 a précipité les choses en posant immédiatement la question du choix d’un nouveau juge. C’est donc l’avenir des trois branches du pouvoir qui se joue dans l’actuelle campagne.

Cette nomination est un enjeu à plusieurs titres. Début 2016, la Cour était composée d’une aile droite qui comptait quatre conservateurs, dont le juge Scalia, le président de la Cour, John Roberts, ainsi que Clarence Thomas et Samuel Alito, et d’une aile progressiste incluant les deux juges nommés par le président Clinton – Ruth Ginsburg et Stephen Breyer –, et ceux nommés par le président Obama – Sonia Sotomayor et Elena Kagan. Le neuvième juge, Anthony Kennedy, est ce qu’on appelle un « juge pivot ». Nommé par le président Reagan en 1988, il a évolué au fil du temps et, sur certaines affaires touchant aux libertés individuelles, il vote avec les progressistes.

Or, l’actuel président démocrate a la possibilité de désigner un candidat de sa couleur politique qui succédera à un juge conservateur et pas n’importe lequel, puisqu’il s’agit du monument humain et juridique qu’est le juge Scalia qui siège à la Cour de 1986 à 2016. Leader incontesté du renouveau républicain conservateur, théoricien et avocat infatigable de

l'école d'interprétation dite « originaliste », il fut l'auteur de décisions qui eurent un impact considérable, que ce soit en matière de droits fondamentaux ou d'accès à la justice qu'il s'est toujours efforcé de limiter. Selon l'approche originaliste, seule compte l'intention des Pères fondateurs et ce qu'ils ont voulu mettre en place lorsqu'ils ont rédigé la Constitution. En matière de droit législatif, son approche textualiste, c'est-à-dire attachée au texte de la loi, refusait toute référence à l'histoire législative, c'est-à-dire aux objectifs que le Congrès poursuivait en adoptant la loi mise en cause. Selon le juge Richard Posner, conservateur pas toujours d'accord avec le juge Scalia, cet homme à la personnalité chaleureuse aura été le juriste le plus influent de ces 30 dernières années.

C'est donc une opportunité considérable pour le président Obama de changer l'équilibre idéologique de la Cour. Une bataille rangée a donc commencé dès le 13 février. L'enjeu est d'autant plus élevé que les juges siègent à vie et jouissent de l'inamovibilité à condition de bien se conduire (clause de *good behaviour* de l'article 3 de la Constitution). De nombreux juges ont effectivement siégé 30 ou 40 ans, plusieurs jusqu'à 80 ans passés, car en dehors des démissions (rares) et des décès, seule une mise en accusation (*impeachment*) pour les mêmes motifs et selon la même procédure que pour le président peut mettre fin à leur mandat. Certes, il y eut quelques tentatives mais aucun juge suprême n'a jamais été contraint de quitter la Cour pour des raisons politiques.

Procéder à la nomination d'un *Justice* qui peut siéger 30 années ou plus est donc un enjeu considérable. Au lendemain du décès du juge Scalia, la Cour compte encore trois juges âgés de plus de 79 ans. Cela signifie que le prochain président est assuré de pouvoir nommer un ou plusieurs juges. Nous sommes donc bien à une élection et à un tournant historiques dont sont très conscients les candidats à la présidence, républicains comme démocrates, qui en ont fait un thème de campagne, au point que le candidat républicain Trump a révélé le 18 mai une liste de 11 candidats potentiels, tous blancs et très conservateurs¹, de façon à rassurer la direction du Parti républicain.

Avant de détailler le processus de nomination et la crise ouverte par la disparition du juge Scalia, soulignons que la Cour suprême des États-Unis est clairement une institution politique, le troisième pouvoir qui fait partie des mécanismes constitutionnels mis en place par les Pères fondateurs².

1. A. Rappeport et C. Savage, « Donald Trum Releases a List of Possible Supreme Court Picks », *New York Times*, 18 mai 2016, disponible sur : www.nytimes.com.

2. Il est vrai qu'aux États-Unis, on ne prétend pas que droit et politique sont totalement séparés, alors qu'en France, pour des raisons historiques, le rôle du pouvoir judiciaire et du droit a d'abord été nié, puis longtemps sous-estimé.

Et si politiques, sénateurs, groupes d'intérêts et opinion publique sont convaincus de l'importance de la nomination d'un nouveau juge, c'est en raison de la puissance de la Cour. Nous expliquerons brièvement certains mécanismes qui justifient cette puissance et donnerons quelques exemples de décisions importantes rendues par la Cour suprême, souvent par cinq voix contre quatre et dans lesquelles la voix d'un des juges joua un rôle essentiel. Puis nous présenterons le processus de nomination et pourrons constater qu'après une période durant laquelle les nominations ont été approuvées sans problème par le Sénat, ce n'est plus le cas de nos jours. Nous décrypterons enfin la situation actuelle déclenchée par le décès du juge Scalia et tenterons de supputer les chances de succès du juge Merrick Garland, désigné le 16 mars par le président Obama.

Puissance de la Cour et impact de ses décisions

Le rôle de la Cour suprême est essentiel au plan horizontal, dans le système de freins et contrepoids (*checks and balances*) qui partage les pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, et permet à chacun d'entre eux de freiner et exercer un contrôle sur les deux autres. Il l'est aussi au plan vertical, dans le cadre du système fédéral, car c'est elle qui *in fine* détermine ce qui relève de l'État fédéral et des États fédérés. Par exemple, le vote d'une loi sur la santé relève-t-il du Congrès des États-Unis ou s'agit-il d'une prérogative des États ? La Cour se trouve d'ailleurs au sommet d'une double pyramide d'organisations judiciaires, celle des juridictions fédérales de première instance et d'appel, mais aussi celles des 50 États fédérés. Dès lors qu'une question fédérale, c'est-à-dire touchant la Constitution, le droit fédéral ou les traités, se pose, les parties ont la possibilité de porter l'affaire devant la Cour suprême. Et compte tenu du langage peu spécifique du texte constitutionnel, le rôle des juges est inévitablement politique. D'autant que les règles de saisine et de recevabilité leur confèrent une grande latitude pour accepter ou rejeter une affaire.

À titre de comparaison, la Cour suprême occupe l'espace tenu par les trois cours françaises, le Conseil d'État pour l'ordre administratif, la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire et le Conseil constitutionnel ; à quoi il faut ajouter les deux cours européennes que sont la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE) et la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).

Nous procéderons en deux temps, regardant tout d'abord la latitude de la saisine de la Cour, puis l'impact de ses décisions sur la société, l'économie, le fonctionnement des institutions et le système électoral.

Un large mode de saisine

L'organisation du pouvoir judiciaire est fixé par l'article III de la Constitution. Dans le cadre du projet de « gouvernement limité » mis en place par les Pères fondateurs, ce sont les juridictions des États fédérés qui jouissent de la compétence générale ; les juridictions fédérales et la Cour suprême ne sont compétentes que dans les cas soigneusement précisés par

cet article 3. Or, comme c'est à la Cour suprême d'interpréter le texte fondamental, elle détient en réalité une vraie marge d'appréciation de ses propres pouvoirs³.

La clause « des affaires et des différends » (*cases and controversies*) interdit aux juridictions fédérales et à la Cour suprême de s'autosaisir ; elles ne peuvent qu'accueillir les recours de justiciables dans le cadre d'une « controverse » qui entre dans leur champ de compétence, soit en appel, soit dans les rares cas où la Cour est saisie en première instance⁴.

Les juridictions fédérales sont donc compétentes lorsque des personnes physiques ou morales sont ressortissantes d'États fédérés différents (« diversité de citoyenneté⁵ »), et pour les affaires mettant en jeu la Constitution, un traité ou une loi votée par le Congrès des États-Unis (« question fédérale »).

La Cour peut en principe être saisie en appel de deux manières. La voie de l'appel obligatoire dans certaines matières ayant pratiquement disparu, il reste la procédure d'« ordonnance de *certiorari* » (*writ of certiorari*⁶) dans la quasi-totalité des cas. Dans cette hypothèse, la Cour a toute latitude de donner suite ou de refuser (*certiorari denied*) la requête d'une partie.

Ce type de saisine discrétionnaire nécessite quatre voix pour une acceptation. Elle permet à la Cour de choisir les affaires sur lesquelles elle entend se prononcer et donc d'établir elle-même son programme. Sur les quelque 8 000 demandes faites à la Cour chaque année, celle-ci en choisit moins de 80. Pendant longtemps, le nombre s'est situé autour de 125, puis il est descendu à 75 et le président actuel de la Cour semble vouloir augmenter quelque peu ce chiffre. Le critère quantitatif importe autant que le critère qualitatif et c'est la combinaison des deux qui permet à la Cour de définir son « agenda politique » et de peser sur les enjeux politiques ou sociétaux du moment. Il faut donc souligner *a contrario* que la quasi-

3. A. Deysine, *La Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, « Les sens du droit », 2015, ch. 3.

4. « Dans toutes les affaires concernant les ambassadeurs, les autres responsables publics et les consuls et ceux auxquels un État sera partie, la Cour suprême aura compétence de première instance ».

5. La « diversité de citoyenneté » concerne les situations où sont parties deux personnes physiques ou morales ressortissantes d'États différents dont l'une souhaite porter ou renvoyer l'affaire devant les juridictions fédérales sous réserve que les conditions juridiques et financières soient remplies.

6. Ce type de saisine est le résultat de l'action du Congrès sensible aux plaintes de la Cour et qui généralisa le *writ of certiorari* par une loi du 27 juin 1988. Par cette loi, le Congrès a fait du *writ of certiorari* la procédure de droit commun pour saisir la Cour suprême d'une affaire en appel, réservant la procédure d'appel au sens strict à certaines questions bien spécifiques de droit électoral.

totalité des décisions rendues en appel par les cours de circuit sont définitives. C'est bien l'un des paradoxes de la puissance de la Cour suprême : la rareté des décisions participe de sa puissance et la limite tout à la fois.

L'impact politique des décisions de la Cour

Parmi les décisions notables par leur impact sur le fonctionnement institutionnel, la vie politique et le processus électoral aux États-Unis, citons celles qui touchent à la présidence : *U.S. v. Nixon*⁷ de 1974 qui contraignit le président Nixon à démissionner pour éviter une mise en accusation et *Bush v. Gore*⁸ de 2000 qui accorda la présidence à George W. Bush. Bien qu'elles puissent paraître politiquement similaires, elles sont en fait très différentes juridiquement. La première est unanime et repose sur une argumentation juridique forte et incontestable. Elle met en balance (*balancing interests*) le privilège de l'exécutif et les intérêts d'un procès pénal⁹. La seconde est une décision à cinq voix contre quatre, argumentée assez faiblement sur le fondement de la clause d'égalité de protection de la loi du 14^e amendement. Elle a donné lieu à des accusations de « Cour activiste » et partisane. Malgré tout, la décision *Bush v. Gore* fut acceptée par l'opinion publique car la Cour jouissait d'une forte légitimité. Comme le juge Breyer aime à le rappeler, il n'y eut ni émeutes ni violences au lendemain de la décision de décembre 2000.

Dans le domaine des libertés fondamentales, la Cour a pris des décisions qui façonnent leur contenu dans un sens jugé rétrospectivement trop restrictif (*Korematsu*¹⁰) ou au contraire protecteur face à une présidence toute puissante (*Hamdan, Boumediene*¹¹).

Elle se prononce aussi en matière de système électoral, (*Baker v. Carr*¹²), de périmètre du droit de vote (*Shelby*¹³) et de financement des élections. Les décisions des années 1960 et 1970 ont contribué à rendre le

7. *U.S. v. Nixon*, 506 U.S. 224 (1993).

8. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98, (2000).

9. La Cour juge que le privilège de l'exécutif n'est pas absolu et que dans cette affaire, il doit transmettre les cassettes nécessaires au déroulement du procès pénal.

10. *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214, (1944). Validation de la détention des Américains d'origine japonaise.

11. Affaires « Guantanamo » : *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 547, (2006) et *Boumediene v. Bush*, 53 U.S. 723 (2008). Les décisions réaffirment que les protections de l'*Habeas Corpus* s'appliquent aux prisonniers.

12. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, (1962). La décision ouvre la porte au principe « *one man, one vote* ». Voir A. Deysine, *La Cour suprême des États-Unis*, op. cit., ch. 4.

13. *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. (2013). Invalidation de la section 4 de la loi sur le droit de vote (VRA).

processus plus démocratique et égalitaire. Les décisions actuelles vont généralement dans le sens d'une fermeture et d'une priorité donnée à la liberté par rapport à l'égalité¹⁴. C'est le cas en particulier en matière de financement des élections, avec les décisions *Citizens United*¹⁵ de 2010 et *Mc Cutcheon*¹⁶ de 2014.

Parce que chaque affaire est complexe et met en jeu des questions de recevabilité, de procédure ainsi que des points de droit au fond, les décisions sont souvent présentées de façon réductrice en termes de résultat. En conséquence, la Cour fait souvent l'objet de vives critiques et d'accusations de nature politique. Il lui est reproché de faire preuve « d'activisme judiciaire », que celui-ci soit de droite (comme au début du XX^e siècle jusqu'à 1937) ou de gauche (dans les années 1960) ; il est régulièrement reproché à certains juges de s'être prononcés d'une certaine façon, faisant ainsi basculer la majorité du « mauvais côté ». Car, si les juges statuent sur des points de droit et en vertu de règles de droit, ils ont été choisis selon un processus politique qui implique le président et le Sénat pour des raisons qui sont politiques et idéologiques, avec l'espoir qu'ils pourront continuer à mettre en œuvre la philosophie et le programme du président bien après que celui-ci aura quitté la Maison-Blanche.

Dans les années récentes, la Cour a pu valider la mise en œuvre d'un programme du président Obama ou au contraire le bloquer. Le premier cas de figure est la loi sur la santé (*Affordable Care Act, ACA*) votée par le Congrès en 2010 après dix mois de tractations et de lobbying intense du président, et immédiatement contestée par les Républicains devant les juridictions fédérales. La Cour a validé plusieurs des volets contestés¹⁷.

Dans le second cas de figure, le Congrès refusant à toute force de réformer la législation en matière d'immigration souhaitée par le président, celui-ci eut recours à des décrets présidentiels (*executive orders*¹⁸). Aussitôt et à plusieurs reprises, les mesures furent contestées par des élus républicains devant les juridictions fédérales. Il s'agissait en particulier des programmes DACA et DAPA¹⁹, contestés par le Texas et 26 autres états. Les

14. Voir A. Deysine, *La Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, ch. 4.

15. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310, (2010).

16. *Mc Cutcheon v. FEC*, 572 U.S. (2014).

17. Voir A. Deysine, *op. cit.* ; *NFIB v. Sebelius*, 567 U.S. (2012) et *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. (2014).

18. Il s'agissait de régulariser la situation et d'accorder des permis de travail à 5 millions de jeunes adultes qui étaient arrivés aux États-Unis de façon illégale lorsqu'ils étaient enfants ou bien d'adultes ayant des enfants nés aux États-Unis et qui sont citoyens américains.

19. DACA : Deferred Action for Childhood Arrivals ; DAPA : Deferred Action for Parents of Americans and Lawful Permanent Residents.

requérants invoquaient le préjudice que leur causaient ces mesures (le coût des permis de conduire, par exemple) et dénonçaient une prise de pouvoir non constitutionnelle par le président en violation du principe de séparation des pouvoirs. L'acceptation de l'affaire par la Cour suprême le 19 janvier 2016 vint clôturer le cheminement juridique habituel : en février 2015, une première décision par une cour de district au Texas avait rendu une ordonnance interdisant au département *Homeland Security* de mettre en œuvre les programmes DAPA et DACA dans l'État. La cour d'appel du 5^e circuit refusant de revenir sur l'ordonnance, le département de la Justice demanda à la Cour suprême d'entendre l'affaire. L'audience a eu lieu le 18 avril 2016 en l'absence du juge Scalia. La décision à venir risque fort d'être à 4 contre 4, ce qui entraînera la validation de la décision rendue par la juridiction inférieure hostile à l'administration fédérale. Il apparaît bien que modifier la composition de la Cour aura nécessairement des conséquences politiques importantes.

L'enjeu des nominations

La Constitution prévoit que le président désigne un candidat (*nominee*) qui sera soumis au « conseil et à l'assentiment » (*advice and consent*) du Sénat – en réalité à une certaine consultation des sénateurs puis à leur approbation et enfin à leur vote. La nomination a toujours été un acte politique, car le juge nommé l'est toujours pour des raisons tenant à sa vision du monde, son idéologie et à son mode d'interprétation de la Constitution. Le vote d'approbation a cependant été longtemps consensuel, ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Un second élément modifie la donne. De nombreux juges ont en effet largement évolué au cours des années passées à la Cour et aucun président ne peut être assuré des résultats de leur choix sur le long terme. Citons Earl Warren, gouverneur républicain nommé par président Eisenhower en 1953 et qui s'avéra être le *Chief Justice* le plus progressiste de l'histoire de la Cour, ou plus récemment la juge Sandra O'Connor, nommée par Reagan en 1981, et qui vota avec les progressistes en matière d'avortement et de droits des prisonniers de Guantanamo.

Le choix du président

Lorsque l'équipe de la Maison-Blanche, associée ou non à celle du ministère de la Justice, souhaite nommer un nouveau juge, elle cherche des candidats susceptibles de porter les idées et les choix politiques du président bien au-delà des quatre (ou huit) années du mandat de ce dernier. Ce travail commence généralement dès l'arrivée au pouvoir du président nouvellement élu. C'est ce que firent le président Reagan et son ministre de la justice Edwin Meese, déterminés à renverser l'évolution progressiste de la Cour suprême²⁰ de l'époque en y nommant de « vrais conservateurs ». C'est à partir de 1982 et sous la houlette du juge Scalia que fut constituée la *Federalist Society*, une organisation rassemblant des juristes conservateurs et libertariens qui privilégient une lecture originaliste et textuelle de la Constitution. C'est en son sein que sont

20. Il s'agit essentiellement de la Cour Warren (1953-1969) puis en partie de la Cour Burger (1969-1986). C'est durant cette période qu'ont été adoptées des décisions aussi importantes que *Brown v. Board of Education* (déségrégation), *Miranda v. Arizona* (droit à garder le silence) ou *Roe v. Wade* (avortement).

désormais choisis les juges nommés par les présidents républicains – comme le président actuel de la Cour John Roberts et le juge Alito.

Les critères

Un président a plusieurs critères en tête lorsqu'il cherche des candidats à la Cour suprême. Il peut s'agir de respecter un certain équilibre géographique, ethnique²¹ ou religieux²², de donner la préférence à un profil très idéologique ou au contraire modéré. Dans tous les cas, le président doit tenter de concilier son désir de laisser sa marque sur l'orientation de la Cour suprême et la nécessité que le Sénat approuve la candidature choisie. Lorsque l'on considère les nominations effectuées depuis le président Reagan, il faut constater que les Républicains choisissent des candidats très marqués à droite alors que les présidents démocrates, par nécessité ou par choix de ne pas trop utiliser leur capital politique, privilégient des candidats modérés, parfois critiqués par l'aile gauche comme trop centristes. Pour le président Obama, la nécessité de concilier les inconciliables était encore plus grande au printemps 2016, compte tenu de l'opposition absolue affichée d'emblée par le leadership républicain au Sénat.

L'ancien professeur de droit constitutionnel Barack Obama a expliqué dans ses livres, et en particulier dans *L'audace d'espérer*, sa conception du rôle du juge et de l'interprétation constitutionnelle. Pour lui, la Constitution n'est pas un document statique devant être interprété comme les Pères fondateurs l'avaient voulu en 1787, ce qui est la position originaliste du juge Scalia. Au contraire, Obama considère qu'elle doit être interprétée en fonction des évolutions du monde et de la société. C'est ce qu'on appelle l'école de la « signification contemporaine » de la Constitution (*contemporary meaning*) ou de la « constitution vivante²³ ». Il va plus loin, précisant que pour lui, « la démocratie est une conversation nécessaire et que le génie de la Constitution est de contraindre à avoir cette conversation ». Par ailleurs, lorsqu'il annonça son choix de la juge Sonia Sotomayor, qui devint la première hispanique à siéger, il cita les paroles du juge Oliver Wendell Holmes (membre de la Cour de 1902 à 1932) : « La vie du droit n'est pas logique, c'est une expérience. » En l'occurrence, Sotomayor apportait à la Cour son expérience de membre

21. Depuis la nomination du premier noir, Th. Marshall, il est inenvisageable que la Cour ne compte pas au moins un Africain-Américain. Elle compte aussi des Italo-Américains et une Hispanique.

22. Actuellement trois juifs et cinq catholiques. Aucun protestant.

23. A. Vlachogiannis, *La Living Constitution, Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, Paris, Classiques Garnier, 2014.

d'une famille pauvre originaire de Porto Rico, ayant fait des études brillantes dans les universités de l'Ivy League en partie grâce aux politiques de discrimination positive (*affirmative action*). Cette attitude est à rapprocher des réserves que le sénateur Obama avait émises lors des auditions de celui qui allait devenir le président de la Cour, John Roberts. Le sénateur Obama n'avait certes pas nié les nombreuses qualités du candidat de G. W. Bush, mais il avait des doutes sur ce que «le juge avait dans le cœur» et sur sa probable absence d'empathie, c'est-à-dire de «capacité à comprendre ce que c'est qu'être pauvre, noir, homosexuel ou handicapé».

Sur le plan pratique, le processus de sélection des candidats commence par les enquêtes du FBI, suivies de l'examen du Barreau américain (*American Bar Association*²⁴) qui se prononce uniquement sur l'adéquation intellectuelle et juridique du candidat. Ensuite, si le candidat ne retire pas sa candidature comme ce fut le cas par exemple pour Harriett Myers en 2006 (sous la pression de la droite religieuse ne la jugeant pas suffisamment conservatrice), le dossier est envoyé au Sénat et à sa Commission judiciaire, chargée de procéder aux auditions après une étape informelle durant laquelle le candidat rencontre un certain nombre de sénateurs. Durant toute cette période, médias et groupes d'intérêts ne restent pas inactifs. Dans le cas de Sonia Sotomayor, la droite conservatrice avait instrumentalisé une petite phrase prononcée par la candidate lors d'une conférence à l'université de Berkeley en Californie, dans laquelle elle tentait d'expliquer que le fait d'être une femme d'origine hispanique pouvait apporter une dimension supplémentaire au regard porté sur les affaires. C'est la fameuse polémique sur la «*wise latina*» que la candidate ne parvint à désamorcer qu'en renvoyant à ses décisions et opinions (rédigées en tant que juge de première instance puis d'appel) qui ne faisaient apparaître aucun des préjugés dénoncés par la droite.

Le profil des candidats

Jusqu'au New Deal, les membres de la Cour étaient peu connus et un certain nombre d'entre eux ont pu démissionner en raison du manque de prestige et des contraintes de la fonction. Puis le président Franklin Roosevelt choisit des «politiques» et cette tendance se poursuivit dans les années 1950 et 1960, avec les juges William Douglas (en poste de 1939 à 1975) et Earl Warren (en poste de 1953 à 1969), par exemple. Ces candidats avaient généralement eu une expérience politique de plusieurs

24. À l'exception de quelques années sous la présidence de George W. Bush qui avait décidé de se passer de l'ABA. L'examen du juge Garland est terminé à ce jour.

années en tant que sénateur ou gouverneur avant de rejoindre la Cour. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. La dernière juge avec ce profil est la juge Sandra O'Connor qui a siégé de 1981 à 2006. Tous ceux qui siègent actuellement sont d'anciens juges et professeurs de droit. On assiste ainsi à un phénomène qui était totalement étranger à la culture américaine, l'émergence d'une magistrature de carrière²⁵. La polarisation de la Cour, quand à elle, est soulignée par des médias toujours prêts à disséquer les décisions rendues à cinq voix contre quatre, les cinq conservateurs contre les quatre progressistes ou le contraire. Ce sont entre 15 et 20 décisions par an sur 80, mais ce sont bien sûr les plus controversées.

Le rôle du Sénat

Quand le nom d'un juge est annoncé par le président, il n'est pas rare que les groupes d'intérêts²⁶ manifestent devant le Capitole ou la Cour suprême afin de s'opposer aux attitudes et préférences alléguées du candidat en matière d'avortement ou de port d'armes.

Pendant longtemps, le Sénat a approuvé les nominations de façon quasi automatique. Certes, deux des candidats proposés par le président Nixon (Clement Haynsworth en 1969 et G. Harold Carswell en 1970) furent rejetés par le Sénat, mais ce fut davantage pour des questions de compétence que de différence politique. C'est dans les années 1980 et 1990 que les nominations devinrent des moments de conflit idéologique plus ou moins intense²⁷. Le grand tournant, jamais accepté par la droite, fut le rejet de la candidature du brillant mais controversé juge Robert Bork en 1987. Il est vrai que celui-ci, outre ses positions extrémistes sur plusieurs questions, fit preuve d'une grande morgue et ne fit aucun effort pour convaincre les sénateurs. Pourtant, ce n'était pas encore une guerre ouverte et la juge Ginsberg, dont on connaissait les positions très libérales pour l'égalité des femmes, d'abord comme avocate puis comme juge à la Cour d'appel de D. C., vit sa candidature approuvée par 96 voix contre 3 en 1993. De nos jours, il faut constater la multiplication des blocages, des menaces d'obstruction parlementaire (*filibuster*) et des retards pour les nominations aux juridictions fédérales. Ce fut le cas durant les présidences de G. H. Bush, Bill Clinton, G. W. Bush et jusqu'à aujourd'hui.

25. À exception d'Elena Kagan, tous les juges actuels ont été juges de cour d'appel auparavant. Et le processus commence en amont puisque 80 % des juges nommés aux cours d'appel fédérales étaient juges auparavant. Voir A. Deysine, *La Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p.61-62.

26. Les groupes d'intérêts sont intégrés dans le processus de nomination puisqu'ils peuvent faire connaître leur position sur le candidat par écrit et le cas échéant témoigner devant la commission judiciaire du Sénat.

27. Sept candidatures rejetées ou retirées depuis le départ d'Earl Warren en 1986.

L'arme du filibuster

Le Sénat a pour caractéristique de ne pas fonctionner selon un système majoritaire. En raison du principe de liberté de parole, tout sénateur a la possibilité de bloquer les débats parlementaires *via* la procédure du *filibuster* rendue célèbre par le film de 1939 de Frank Capra « Monsieur Smith au Sénat ». À l'époque, le sénateur devait réellement parler pendant 20, 30 ou 40 heures d'affilée, de façon à bloquer les débats. Le processus a ensuite été dévoyé, et il suffit désormais aux sénateurs de menacer d'entamer un *filibuster* pour bloquer le passage au vote. Mais il faut toujours un vote à majorité spéciale pour mettre fin à ce blocage. Cette majorité fut longtemps de 67 et est actuellement de 60 voix. À défaut de ce vote de *cloture* de 60 voix, 40 sénateurs peuvent empêcher toute action législative.

En raison de la multiplication des blocages sous les présidents Clinton, G. W. Bush et Obama, 10 % des postes de juges fédéraux en moyenne ne sont jamais pourvus et certains candidats ont vu leur candidature bloquée pendant plusieurs années. Le juge Richard Paez, choisi par Bill Clinton en 1994, dut ainsi attendre 4 ans. De leur côté, les démocrates ont bloqué dix candidats de G. W. Bush qu'ils considéraient trop à droite, dont Janice Rogers Brown et Priscilla Owen. C'est pourquoi, en novembre 2013, les sénateurs ont finalement éliminé la possibilité de recourir au *filibuster* pour les nominations aux postes de l'exécutif et pour les nominations aux juridictions fédérales de première instance et d'appel. Mais cette nouvelle règle ne s'applique pas aux nominations à la Cour suprême.

Les auditions de nominations

Les auditions de nominations sont des exercices rhétoriques extrêmement calibrés et souvent comparés à des « menuets » dans lesquels les sénateurs de la commission judiciaire s'efforcent de se mettre en scène pour leurs électeurs, pendant que le candidat s'efforce d'éviter de répondre aux questions délicates. Ainsi, lorsque le sénateur Biden demanda à Samuel Alito si le président avait de par la Constitution l'autorité d'« envahir l'Iran demain sans obtenir la permission du peuple et du Congrès des États-Unis », le candidat répondit : « Ce que je peux vous dire c'est que je n'ai pas étudié ces textes et qu'il n'est pas dans mon habitude d'exprimer une opinion sur une question constitutionnelle, surtout si elle est aussi importante que celle que vous me posez. » Une autre esquivé habituelle consiste à répondre qu'une question comme l'avortement ou les politiques préférentielles va nécessairement venir devant la Cour et que donc le (futur) juge doit s'abstenir de prendre position sur la question.

Globalement, les candidats refusent de répondre aux questions ou répondent de façon extrêmement vague, voire profitent de la question posée pour exposer leur conception du pouvoir judiciaire. À une question sur l'avortement, le candidat Scalia avait par exemple expliqué son intention de séparer ses préférences personnelles (l'opposition à une telle loi) et son attitude en tant que juge, affirmant : « Il y a des lois en vigueur sur des sujets autres que l'avortement avec lesquelles je pourrais ne pas être d'accord. Mais en aucune façon je ne laisserai ces préférences influencer sur mon rôle de juge ». Il est difficile de rester neutre cependant. Comme l'explique le juge Posner dans un article de mars 2016, les juges arrivent à la Cour avec des antécédents (*priors*), tout leur vécu et leurs convictions qui bien sûr façonnent leur vision du droit²⁸. De même, le candidat Roberts avait répondu qu'il n'avait pas d'agenda et s'était déclaré en faveur d'un « pouvoir judiciaire faisant preuve de modération » (*judicial restraint*) et de juges cantonnés à un rôle d'arbitre sportif (*umpire*). Sa position en matière d'environnement et de pouvoir des autorités publiques, et son opinion dissidente dans l'affaire du mariage pour tous ne sont pas des exemples de réserve judiciaire, même si, dans le second cas, il reproche à la majorité son activisme judiciaire. Ceci confirme que les auditions ne remplissent pas le rôle que certains voudraient leur voir remplir.

28. R. Posner, « The Supreme Court is a Political Court. Republicans' Actions are Proof », *Washington Post*, 9 mars 2016.

La situation en 2016

Dès l'annonce de la disparition du juge Scalia le 13 février 2016, le président Obama prit la parole pour saluer un esprit extrêmement brillant qui, par sa stature intellectuelle et ses vues sur l'interprétation de la Constitution, avait profondément influencé le panorama jurisprudentiel et la pensée juridique des États-Unis. Le président annonça aussi qu'il allait procéder à la nomination de son successeur, ainsi que le prévoit la Constitution. Mais il ne disait pas ce qui était dans tous les esprits : lui, un Président démocrate, allait nommer le successeur du grand conservateur Scalia et faire basculer l'équilibre idéologique de la Cour dans le camp progressiste. Ceci explique pourquoi le leader de la majorité au Sénat Mitch McConnell annonça le jour même du décès que « c'est au successeur du président qu'il incombe de procéder à la nomination et non à un président en fin de mandat (*lame duck*) ».

Nous verrons plusieurs aspects de cette affirmation. Est-il dans l'esprit de la Constitution que le Peuple ait son mot à dire ? N'y a-t-il aucun exemple de nominations au cours de la dernière année de mandat ? Faut-il prendre en compte les prises de position du Sénateur Biden en 1988 alors qu'il était président de la Commission judiciaire d'un Sénat à majorité démocrate ou celle du sénateur Obama en faveur d'un *filibuster* de la candidature Alito en 2006 ? L'issue n'a que peu à voir avec les qualités indéniables du juge Merrick Garland, candidat désigné par Obama en mars 2016 ; elle se jouera sur un rapport de forces politiques.

Des préalables et précédents ?

Mitch McConnell s'abrite derrière la volonté du Peuple, répétant que ce sera « au nouveau président dans un an de choisir le successeur du juge Scalia ». Pourtant, si l'on relit *Le Fédéraliste*²⁹, texte de référence pour comprendre la Constitution et les objectifs des Pères fondateurs, ceux-ci ont spécifiquement voulu tenir le Peuple éloigné du processus de nomination. Ensuite, qu'en est-il de cette qualification de *lame duck President* ? L'utilisation du terme de président « canard boiteux » était à

29. Les *Federalist Papers* ont été écrits en 1787 et 1788, juste après l'adoption de la Constitution, pour inciter les États nouvellement fédérés à ratifier le texte. Voir *Le Fédéraliste*, *Economica*, n° 75 et 76.

l'origine limitée à la période entre l'élection de novembre et l'entrée en fonction du nouveau président en janvier suivant. De plus en plus, pourtant, on considère que, le président est un *lame duck* durant les deux dernières années de son dernier mandat.

Pourtant, lorsque le juge Scalia est décédé, il restait 342 jours de mandat au président Obama, qui ne quittera ses fonctions qu'en janvier 2017. Le président Reagan lui-même a procédé à une nomination à l'automne 1987, qui s'est concrétisée en février 1988, soit la dernière année de son mandat. Il s'agissait du juge Kennedy. Reste l'argument de l'année électorale. Depuis 1900, le Sénat s'est prononcé sur huit candidatures à la Cour et en a confirmé six en période électorale. Mais souvent, comme pour le juge Kennedy, le siège était devenu vacant l'année précédente. Pourtant, il n'a généralement fallu que 25 jours en moyenne pour que le Sénat se prononce.

Si le Sénat refuse d'examiner la candidature de Garland, nous serons dans une situation voisine de 1969, lorsque le président Johnson tenta d'élever le juge Abe Fortas à la position de *Chief Justice*. C'est depuis la guerre de Sécession la seule vacance qui s'est prolongée pendant plus d'une année (391 jours). Mais la comparaison est délicate car la Cour était nettement moins polarisée qu'elle ne l'est actuellement. En 1969-1970, l'aile progressiste était composée de William Douglas, Thurgood Marshall et William Brennan ; du côté conservateur, il y avait le président Warren Burger mais également des modérés centristes comme les juges Potter Stewart et Byron White. Les chiffres indiquent une douzaine d'affaires dans lesquelles il fallut une nouvelle audience (*re-hearing*) et un nombre similaire d'affaires débouchant sur une décision bloquée à quatre voix contre quatre. En revanche, la situation eut un impact sur le nombre d'acceptations de *certiorari*. Il en va de même aujourd'hui, car les juges acceptent très peu de nouvelles affaires ce printemps³⁰. Si les juges pensent que le résultat sera quatre voix contre quatre, en effet, accepter une nouvelle affaire ne servira à rien. En résumé, l'absence d'un juge ne pose pas de problème de fonctionnement à court terme mais en pose à long terme. En effet, elle interdit à la Cour de remplir l'une de ses missions principales qui est l'unification et l'harmonisation du droit fédéral sur la totalité du territoire.

30. La Cour a seulement accepté trois nouvelles affaires, dont une en provenance du Colorado concernant l'existence de préjugés raciaux parmi les jurés dans un procès pénal.

Des prises de position partisans

Si les Républicains au Sénat confirment leur refus d'organiser des auditions pour le juge Garland, un nouveau record pourrait être battu puisqu'il manquerait un neuvième juge pendant plus de 400 jours. En 1969 déjà, les sondages faisaient apparaître que 82 % des personnes interrogées estimaient que les candidats qualifiés devaient avoir le droit de comparaître lors des auditions et de bénéficier d'un vote sur leur candidature. C'est aussi le cas aujourd'hui. Signalons aussi que, si importante que soit la nomination actuelle, elle devrait être suivie à moyenne échéance de nouvelles nominations. En effet, quatre des juges de la Cour ont autour de 80 ans : deux « Démocrates » (Ginsburg et Breyer) et deux « Républicains » (Kennedy et Thomas).

Au cours de l'histoire, on a connu des affrontements, des menaces de blocage et le rejet de candidatures par le Sénat. Mais on franchit ici un palier supplémentaire avec le refus *a priori* de considérer le candidat, quelles que puissent être ses qualités. Pourtant les Démocrates ne sont pas innocents et les Républicains ont beau jeu de rappeler deux épisodes passés durant lesquels les rôles étaient renversés.

Le premier est un discours de juin 1992 dans lequel Joe Biden, alors sénateur du Delaware, expliquait qu'en cas de vacance à la Cour suprême, le président Georges H. Bush ne devrait pas procéder à une nomination et qu'il faudrait attendre que les élections aient lieu. Aujourd'hui vice-président, Biden a tenté d'expliquer que les Républicains citaient la phrase hors de son contexte. Lorsqu'il l'avait prononcée, elle faisait partie d'un long discours consacré à la réforme du processus de confirmation à la Cour suprême. Le sénateur Biden s'exprimait après cinq années très agitées durant lesquelles trois nominations avaient été contestées de façon très virulente : celle de William Rehnquist comme *Chief Justice* en 1986, qui avait reçu le maximum de votes négatifs jamais obtenus à l'époque, suivie du rejet de Robert Bork en 1987, puis des auditions pour le juge Clarence Thomas en 1991, qui s'était étalées sur plusieurs semaines et avaient mis en scène un procès parallèle pour harcèlement sexuel. Lorsque des vidéos d'archives commencèrent à circuler, le vice-président répéta que ses remarques avaient été mal interprétées et qu'il considérait, à l'époque comme maintenant, que la Maison-Blanche et le Sénat devraient travailler ensemble de façon à surmonter les différences partisans quand il s'agit de nomination à la Cour suprême.

Le second épisode date de 2006 et implique Barack Obama, alors jeune sénateur de l'Illinois, à l'occasion de la nomination de Samuel Alito par le président G. W. Bush. Au Sénat, Barack Obama a expliqué qu'il y

avait deux conceptions des pouvoirs du président en matière de nomination à la Cour suprême. La première considère que le président jouit de tous les pouvoirs et qu'il incombe au Sénat uniquement de s'assurer que le candidat a les qualités intellectuelles et juridiques requises. Dans la seconde, privilégiée par celui qui était sénateur à l'époque, le rôle de « conseil » du Sénat implique que les sénateurs veillent aussi à ce que la personnalité du candidat convienne et, sur ce point, le sénateur avait des doutes concernant le candidat Alito³¹. Il existe de multiples vidéos de cette intervention ; il était donc difficile au président de nier. Il a d'ailleurs exprimé des regrets concernant son attitude et son vote en faveur du blocage du candidat.

Un rapport de force

Compte tenu de l'attitude des Républicains, le président pouvait opter entre deux stratégies. Il pouvait choisir un juge confirmé récemment de façon quasi unanime. Le nom de Sri Srinivasan a ainsi circulé car il avait été confirmé deux ans auparavant à la puissante Cour d'appel du District of Columbia (CASC) par 97 voix contre 3, après il est vrai un long blocage. Srinivasan est un progressiste (en tant qu'avocat, il a plaidé devant la Cour suprême pour défendre le mariage pour tous), mais pas trop. Et il aurait été le premier Américain d'origine asiatique et indienne à siéger à la juridiction suprême. Le président aurait alors fait le pari que le récent vote bipartisan unanime suffirait à convaincre les Sénateurs républicains de ne pas se déjuger.

Le président pouvait aussi jouer la carte de la conciliation et s'efforcer de choisir un candidat de « consensus » après avoir rencontré les sénateurs républicains. C'est l'option qu'il choisit. Le président annonça officiellement son candidat, Merrick Garland, au mois de mars. Le juge Garland est actuellement président de la CADC, dont on sait que c'est un tremplin pour la Cour suprême. Outre Antonin Scalia et le *Chief Justice* Roberts, la juge Ginsburg et le juge Thomas en sont également issus. Diplômé de Harvard, le juge Garland est généralement considéré comme modéré. Il a été l'assistant judiciaire (*law clerk*) du grand juge progressiste William Brennan et a auparavant travaillé au sein du ministère de la Justice où il avait été chargé en 1995 de l'enquête sur l'attentat terroriste d'Oklahoma City. C'est un choix qui se veut consensuel car non seulement

31. Alito fut désigné le 31 octobre 2005 par le président Bush pour succéder à la juge O'Connor. Il était juge à la cour d'appel du 3^e circuit depuis 1990 et finit par être approuvé le 31 janvier 2006 de façon extrêmement étroite, par 52 voix contre 48, après cinq jours d'audition et malgré une tentative de blocage (*filibuster*) dont faisait partie le sénateur Obama.

le juge est modéré et très respecté et apprécié, mais il a 63 ans. En d'autres termes, le président a résisté à la tentation de nommer un « jeune » de 50 ans, susceptible de siéger pendant 35 ans.

Mais ce n'est pas le choix le plus simple politiquement. Car bien que les qualités d'excellence, d'intégrité et de modération du juge Garland soient reconnues par tous, il est juge depuis près de 20 ans à la CADC. Cela veut dire que l'on connaît la teneur de ses décisions et sa ligne de jurisprudence et qu'il sera(it) facile aux sénateurs républicains de la Commission judiciaire – dans l'hypothèse où des auditions auraient lieu – de trouver un ou plusieurs domaines dans lesquels ils s'opposent aux décisions rendues et aux opinions majoritaires rédigées par lui. Sur le port d'arme, par exemple, la progressiste *Alliance for Justice* a procédé à l'analyse de quelque 450 des décisions du juge Garland³² qui font apparaître sa modération. Si certains du côté démocrate jugent son attitude un peu tiède concernant les droits des prisonniers de Guantanamo et ambivalente en matière de financement des élections, tous le soutiennent. Mais pour le moment, rien ne bouge.

Le dilemme des Républicains

Du côté républicain, deux forces s'opposent. Le parti et les élus sont tenus par leur base activiste qui ne veut pas entendre parler d'un juge qui par définition, et quelle que soit la réalité, ne peut être qu'un épouvantable gauchiste puisqu'il est désigné par Barack Obama, et qui n'aura de cesse de les priver de leur sacro-saint droit au port d'armes. Dans leur tâche de démolition, les Républicains peuvent compter sur l'aide des groupes conservateurs (NRA, *Right to Life*, etc.) qui feront les recherches nécessaires pour alimenter les critiques de ceux qui siègent à la Commission judiciaire du Sénat. Ils se partageront le travail en fonction de leur opposition plus ou moins forte à telle décision et inonderont les médias de publicités négatives.

Mais de l'autre côté, il y a la dizaine de sénateurs républicains vulnérables qui s'efforcent de se faire réélire en novembre prochain dans un État qui a voté Obama en 2012. Ceux-ci savent qu'ils vont être bombardés de publicités négatives financées par leur adversaire démocrate, ainsi que par les diverses structures du type SuperPac ou 501(c) leur reprochant leur obstructionnisme en violation de la Constitution. Ceci dans l'hypothèse où ils ne perdent pas l'élection primaire en face d'un candidat radicalisé du type *Tea Party*. Le front du refus

32. Voir le site dédié : <http://thegarlandrecord> et <http://thegarlandrecord/on-the-issues>.

(de procéder à une audition) va-t-il commencer à se fissurer ? Certes, plusieurs sénateurs, dont le très vulnérable sénateur Mark Kirk (Illinois) et la modérée Susan Collins (Maine), ainsi que le président de la commission judiciaire Chuck Grassley (Iowa), ont accepté mi-avril de rencontrer le juge Garland pour une heure chacun. Mais tous ont précisé qu'il s'agissait d'une simple rencontre de courtoisie qui n'aura pas d'impact sur leur position.

L'annonce d'une campagne de publicités négatives ne peut que renforcer l'opinion publique dans l'idée que la Cour suprême est devenue aussi partisane et polarisée que la Présidence et le Congrès. En tout état de cause, il apparaît que le juge Garland ne sera en aucune façon jugé sur des éléments factuels. Dans ce rapport de force, les candidats à la présidence jouent un rôle.

L'avis des candidats à la présidence

L'annonce de Mitch McConnell fut immédiatement reprise par les candidats à l'investiture républicaine qui martelèrent ce message lors du débat tenu en Caroline du Sud ce même samedi 13 février. Donald Trump scanda « *Delay, delay* », Ted Cruz s'engagea sur l'orientation future de la Cour et tous les candidats républicains prirent position contre la tenue des auditions. Du côté démocrate, Hillary Clinton et Bernie Sanders défendirent le pouvoir reconnu au président par la Constitution de procéder au choix du successeur du juge Scalia. Mais au fil des débats, ils en vinrent à prendre des engagements sur ce que seraient leurs candidats et à pratiquement annoncer un revirement de jurisprudence sur la très controversée décision *Citizens United*.

Le fait qu'un candidat à la présidence puisse promettre tel ou tel résultat dans une affaire portée en justice est pernicieux car cela accrédite l'idée que la Cour est devenue partisane, qu'un juge nommé par un président démocrate prendra nécessairement des décisions « démocrates » et un juge nommé par un président républicain se prononcera en faveur de positions conservatrices.

Cela n'a pas été le cas jusqu'ici. Dans le passé on a pu constater que la position de certains a évolué, soit en fonction des infléchissements au sein de la Cour elle-même, soit en raison des évolutions de la société. Citons le juge Harry Blackmun, modéré mais votant avec la majorité dans *Roe v. Wade* reconnaissant un droit à l'avortement ou la juge O'Connor, première femme nommée (en 1981) par le président Reagan, qui vota avec la majorité dans les décisions contre les agissements du président G. W. Bush à Guantanamo, concluant que la guerre contre le terrorisme « n'est pas un chèque en blanc donné au président ».

Il est également dangereux et fallacieux de prétendre annoncer un revirement de jurisprudence. La décision *Citizens United* de 2010, critiquée par Clinton comme Sanders, n'est pas la seule responsable des excès actuels en matière de financement des élections. Pour rétablir un certain contrôle de l'argent dans la vie politique américaine, il faudrait que soit présentée à la Cour une affaire contenant des éléments factuels et des questions de droit similaires. Ce n'est pas impossible mais c'est loin d'être automatique.

Une Cour amoindrie ?

Les Pères fondateurs ont mis en place trois branches du gouvernement avec chacune un rôle et des responsabilités bien spécifiques et toutes trois essentielles au bon fonctionnement de la démocratie. Quand le Sénat refuse d'accomplir la tâche qui lui incombe, il empêche la Cour suprême de remplir ses missions. L'une est de se prononcer afin de mettre fin à un conflit de jurisprudence entre deux cours d'appel³³ (*circuit splits*), de façon à établir des normes juridiques qui s'appliquent de façon uniforme sur le territoire national, souvent sur des questions extrêmement controversées. Cela permet à la Cour d'apporter sécurité juridique et uniformité au sein du système juridique. Le risque est ici d'aboutir à un partage à quatre voix contre quatre. Or, tant que la Cour ne s'est pas prononcée, les différences subsistent et les décisions antérieures continuent de s'imposer dans leur ressort.

On voit actuellement ce cas de figure dans l'affaire *Friedrichs v. California Teachers Association*³⁴ qui pose la question du caractère obligatoire ou non des cotisations syndicales. Une décision antérieure avait autorisé les salariés à ne pas payer la part de la cotisation correspondant à des activités politiques avec lesquelles ils pourraient être en désaccord. Mais la Cour avait requis qu'ils s'acquittent de la partie correspondant au rôle du syndicat en matière de négociations collectives et de protection des conditions de travail. Pour la Cour à l'époque, juger autrement aurait affaibli indûment les syndicats et permis à certains de profiter des services des syndicats sans avoir à payer quoi que ce soit. Dans *Abood v. Detroit Board of Education*³⁵, la Cour avait veillé à empêcher les profiteurs. L'affaire était l'occasion pour la Cour soit de réaffirmer sa décision antérieure, soit de fixer de nouvelles règles. En l'absence de neuvième juge,

33. Il y a conflit de jurisprudence entre deux cours d'appel (*circuit splits*) lorsqu'elles se prononcent différemment sur une même question. C'était le cas dans les contentieux sur la loi santé ACA et sur le mariage pour tous.

34. *Friedrichs v. California Teachers Association*, affaire 14-915 (2016).

35. *Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209 (1977).

elle se contenta en une phrase de déclarer que la Cour était divisée de façon égale. La décision de la juridiction inférieure continue donc à s'appliquer et les doutes qui avaient conduit les parties à porter l'affaire devant la Cour subsistent.

Dans une autre affaire, *Hawkins v. Community Bank of Raymore*³⁶, il s'agissait de déterminer si les époux peuvent être considérés comme sûretés personnelles (garanties) en matière de prêts bancaires. Cette affaire aussi fut décidée en une seule phrase et en conséquence, parce que diverses juridictions fédérales ou étatiques se sont prononcées différemment, des époux sont traités de façon différente selon l'État dans lequel ils résident.

Afin d'éviter cette situation, la Cour a dans une autre affaire procédé de façon inhabituelle, en demandant aux parties, en vue d'une deuxième audience (*re-hearing*), d'apporter des précisions sur un point précis. Il s'agit de la suite de l'affaire *Hobby Lobby*, la consolidation de plusieurs affaires touchant à la liberté religieuse d'institutions contestant l'obligation que la loi ACA leur impose de financer la contraception de leurs salariées, et qui, selon elles, porte atteinte à leur liberté religieuse et les rend « complices³⁷ ». Au lieu de se départager à quatre voix contre quatre, les juges ont demandé aux parties de leur apporter des suggestions sur des mécanismes éventuels qui permettraient aux employées de bénéficier de la couverture de leur contraception sans que les institutions aient besoin de s'impliquer, même de façon indirecte.

36. *Hawkins v. Community Bank of Raymore*, affaire 14-520 (2016).

37. Dont *Little Sisters of the Poor Home for the Aged v. Burwell*.

Conclusion

Fin juin 2016, plusieurs décisions fondamentales seront rendues dans lesquelles les juges risquent de se séparer à quatre voix contre quatre. Les juges sont conscients de la difficulté même s'ils la minimisent lorsqu'ils sont interrogés. Dans cette hypothèse, c'est la décision de la juridiction inférieure, le plus souvent une cour d'appel fédérale, qui continue de s'appliquer. Selon la teneur de la décision ainsi validée par défaut, ce sera donc une victoire pour les progressistes ou pour les conservateurs.

Si la Cour suprême était présente en filigrane dans la campagne dès 2015, le décès du juge Scalia a placé la juridiction suprême du pays au cœur du débat politique. Les questions sur la puissance de la Cour, sur son activisme judiciaire ainsi que les propositions pour limiter cette puissance deviennent centrales. Parmi ces dernières, citons la limitation du mandat des juges à 18 ans ; la possibilité pour le Congrès de passer outre à une décision de nature constitutionnelle rendue par la Cour suprême, sur la base d'un vote à la majorité des deux tiers ; une réforme du processus de nomination. Compte tenu du contexte et de la procédure d'amendement, aucune n'a de chance d'aboutir.

À court terme, il est important de savoir si le président Obama va parvenir à contraindre les républicains à se prononcer sur son candidat, avant novembre (très peu probable) ou entre novembre 2016 et janvier 2017 si c'est Hillary Clinton qui l'emporte (plus vraisemblable). Mais en tout état de cause, compte tenu de l'âge de certains des juges de la Cour, il est certain que le prochain président aura l'opportunité de nommer plusieurs juges à la Cour suprême. C'est donc une dimension de la campagne électorale actuelle qui est essentielle. Si Donald Trump devient président, il devrait nommer des juges très conservateurs et le mouvement de grignotage des acquis du New Deal et des années 1960 continuera. Si la démocrate Hillary Clinton l'emporte, elle désignera des candidats progressistes.

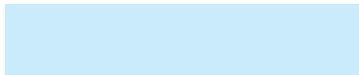
L'un comme l'autre auront besoin cependant que le Sénat confirme leur(s) nomination(s). Beaucoup va donc dépendre du résultat des élections à la chambre haute. Sur les 34 sièges en jeu en 2016, les Républicains doivent en défendre 24. Les Démocrates espèrent en regagner cinq ou six, ce qui leur permettrait de détenir à nouveau la majorité

simple³⁸. Là encore tout n'est pas dit car, avec le *filibuster*, il suffit de 40 voix pour empêcher l'assemblée de passer au vote. En d'autres termes le feuilleton est loin d'être terminé et si vous aimez la série *House of Cards*, nous n'en sommes pas loin.

38. À la veille des élections de 2016, le Sénat se divise entre 54 Républicains d'une côté, 46 Démocrates et indépendants de l'autre.

La collection *Potomac Papers*

- Éric Rouby et Adrien Schu, « Présidentielles 2016 : le Parti républicain et la politique étrangère », n° 26, avril 2016.
- Renaud Beauchard, « Entre citoyenneté et classe moyenne : les défis du futur président », n° 25, février 2016.
- Marie-Cécile Naves, « Le programme économique des Républicains, quelles idées pour 2016 ? », n° 24, janvier 2016.
- Laurence Nardon, « Comment votent les Américaines ? », n° 23, septembre 2015.
- Jeffrey Mankoff, « U.S.-Russia Relations: the Path Ahead After the Crisis », n° 22, décembre 2014.
- Éric Gatefin, « *Homeland*, une série de l'ère Obama », n° 21, septembre 2014.
- Olivier Sichel, « L'échiquier numérique américain. Quelle place pour l'Europe ? », n° 20, septembre 2014.
- Laurence Nardon, « Réduire la taille des portions, les guerres alimentaires aux États-Unis », n° 19, juillet 2014.
- Guy Hervier, « Ohio : la renaissance ? », n° 18, octobre 2013.
- Aurélié Godet, « La crise idéologique du Parti républicain », n° 17, juin 2013.
- Gabrielle Durana, « États-Unis : le rôle de l'État dans le soutien à l'innovation », n° 16, avril 2013.
- Herman Schwartz, « Don't Bank on Change: Finance and Regulatory Reform in the U.S. », n° 15, septembre 2012.
- Anne-Lorraine Bujon, « L'irrésistible ascension des mormons américains », n° 14, juin 2012.
- Anne Deysine, « Argent et élections aux États-Unis : la campagne de 2012 », n° 13, juin 2012.
- Nicol C. Rae, « The Democratic Party under Obama and Beyond », n° 12, mars 2012.
- Gilbert N. Kahn, « Jewish Activism in the United States: Is J Street a Passing Phenomenon? », n° 11, février 2012.
- Laurence Nardon, « Le conservatisme texan », n° 10, janvier 2012.
- Navtej S. Dhaliwal, « U.S. Demographics: the Hispanic Boom », n° 9, septembre 2011.
- Yves-Marie Péréon, « L'anti-environnementalisme, nouveau thème des conservateurs américains », n° 8, septembre 2011.
- Gabrielle Durana, « La Californie en 2011, entre dynamisme et entraves », n° 7, juin 2011.
- Larry J. Sabato, « Where Now for Obama? », n° 6, janvier 2011.
- Sylvie Laurent, « Où va l'école américaine ? », n° 5, octobre 2010.
- Page Somerville Robinson, « I'm not a Feminist, but... : a Comparative Analysis of the Women's Movement in the US and France », n° 4, septembre 2010.
- François Vergnolle de Chantal, « Internet et Politique », n° 3, juin 2010.
- Anne-Lorraine Bujon, « Au cœur de l'Amérique, le mouvement des *Tea Parties* », n° 2, février 2010.
- Yves-Marie Péréon, « À la veille de Copenhague, Obama et l'environnement », n°1, novembre 2009.



ifri

institut français
des relations
internationales

