

Puissance et faiblesses de la Cour suprême

En 1936, le juge Harlan Stone affirmait sans hésitation : « La seule limite à notre exercice du pouvoir réside dans notre propre modestie (*self-restraint*). »¹ Cet axiome relevait pourtant plus de la vantardise que de la réalité : alors que, depuis plusieurs années, la Cour suprême s'en était donné à cœur joie pour annuler la plupart des grandes lois du New Deal, elle va soudainement et brutalement s'incliner devant l'irrésistible pression d'un Franklin Roosevelt qui n'hésite pas à la menacer d'utiliser tous les moyens, y compris augmenter le nombre des sièges de la Cour, pour la contraindre à consentir au New Deal. Dans *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 us 379 (1937), elle accepte enfin que la puissance publique puisse réglementer les relations sociales : c'est le fameux *switch in time which saved nine* (le revirement à temps qui en sauva neuf).

La Cour suprême, pour être puissante, n'est pas toute-puissante : il n'y a pas, sauf à de rares moments qui ne durent pas, de « gouvernement des juges » aux Etats-Unis. Les juges, en fins politiques qu'ils sont, savent jusqu'où ne pas aller trop loin sous peine de détruire un système politique, de fait assez fragile, dont ils sont parties prenantes et à la survie duquel ils ont l'obligation de veiller.

Contrairement à l'idée trop reçue, la Cour suprême est en effet éminemment politique : elle est dans l'Etat, elle est un des pouvoirs de l'Etat (Tocqueville intitule son chapitre sur la Cour suprême : « Rang élevé qu'occupa la Cour suprême parmi les grands pouvoirs

1. In *United States c. Butler*, 297 us 1 (1936).

de l'Etat »). Même le choix des juges est politique, parce que Président et Sénat veulent des hommes qui partagent leurs idées — le conflit surgissant lorsque celles-ci divergent. Certains présidents ont été plus idéologues que d'autres¹ mais tous ont veillé à ce que ce soit des juges portant la même étiquette partisane qu'eux-mêmes qui soient choisis, y réussissant à 95 % en moyenne.

Le domaine d'intervention de la Cour est lui-même politique. Comme l'écrivait Tocqueville, c'est à la Cour suprême « qu'en appelle le pouvoir exécutif pour résister aux empiétements du corps législatif ; la législature, pour se défendre des entreprises du pouvoir exécutif ; l'Union, pour se faire obéir des Etats ; les Etats, pour repousser les prétentions exagérées de l'Union ; l'intérêt public contre l'intérêt privé ; l'esprit de conservation contre l'instabilité démocratique »². On remarquera que Tocqueville ne cite nulle part l'intérêt privé contre l'intérêt public, ou le citoyen que le judiciaire devrait défendre contre l'immixtion de l'Etat : la Cour suprême ne saurait être l'arbitre *entre* le citoyen et l'Etat puisqu'elle est *dans* l'Etat. Elle est l'arbitre entre le texte de la loi et la signification de la loi ; elle est l'« arbitre de litiges intrinsèquement politiques »³, selon l'expression de Felix Frankfurter, parce que les juges interprètent la loi, voire l'annulent ; le juge « est revêtu d'un immense pouvoir politique », parce qu'il ne cesse de « s'introduire dans les affaires publiques »⁴.

Enfin, les procédures mêmes de la Cour sont plus politiques qu'une analyse superficielle ne le laisserait croire. En apparence elles sont neutres parce que proprement juridiques : « Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a point occasion de s'en occuper [... Il] se prononce sur des cas particuliers et non sur des principes généraux [... Il ne peut] agir que quand on l'appelle ou, suivant l'expression légale, quand [il] est saisi. »⁵ La Cour suprême respecte ces principes et procède de façon judiciaire, établissant cependant elle-même les limites de son domaine d'action.

1. Selon Stephen Wermiel (*The New Judiciary*, *Wall Street Journal*, 24 déc. 1984), « le gouvernement Reagan, depuis [Franklin] Roosevelt, a été le plus systématique dans la sélection idéologique à laquelle il a procédé ».

2. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, éd. de 1961, t. 1, p. 153.

3. Felix Frankfurter, *The us Supreme Court Moulding the Constitution*, *Current History*, mai 1930, p. 236. Frankfurter, seul juge (sur 105) à n'avoir pas d'étiquette partisane, fut nommé en 1939 par F. D. Roosevelt.

4. Tocqueville, *op. cit.*, t. 1, p. 101 et 99.

5. *Ibid.*, p. 100.

La Cour suprême refuse par conséquent, et en principe, de se prononcer sur des problèmes abstraits ou hypothétiques, ou de donner son sentiment sur un point de droit (*advisory opinion*), même à la demande du Président : dès 1793, elle décline l'invitation de Washington de donner son sentiment sur les problèmes juridiques posés par le traité avec la France. Elle refuse aussi, à plusieurs reprises, de se prononcer sur la constitutionnalité de la guerre du Vietnam au prétexte que les « questions politiques » ne sont pas du ressort des tribunaux : il n'y a pas *justiciability*¹.

« La fonction de la Cour suprême est d'interpréter et de stabiliser les principes de la loi dans l'intérêt de la nation, en se prononçant sur des questions constitutionnelles et sur d'autres problèmes de droit importants, pour le bien public. »² Pour faire preuve de retenue, la Cour doit donc n'aborder, selon la doctrine des « cas et controverses », que les affaires qui ne sont pas *politiques*, « présentées dans un contexte contradictoire et sous une forme considérée de tout temps comme pouvant être résolues par la procédure judiciaire. [...] Ces cas et controverses] définissent le rôle assigné au judiciaire dans une répartition tripartite des pouvoirs garantissant que les tribunaux fédéraux n'empiéteront pas sur les domaines réservés aux autres institutions »³.

Cette définition même de ce qui est ou non question *politique* montre l'ampleur des manipulations de sens auxquelles la Cour peut procéder. Par exemple, l'abstention que préconise Earl Warren ne concerne que la répartition des pouvoirs au niveau fédéral et aucune-ment celle au sein de la pyramide fédérale, sur laquelle la Cour suprême n'a jamais lésiné à se prononcer, généralement au profit du niveau fédéral. On remarquera ensuite que le refus de la Cour de se prononcer équivaut, qu'elle le veuille ou non, à une prise de position, comme le note fort justement Louis Henkin : La cour « ne refuse pas de se prononcer sur les pouvoirs des institutions politiques : elle se prononce en fait sur le point litigieux, affirmant clairement que telle institution détient bien le pouvoir qui lui était contesté et que rien dans la Constitution n'en interdisait l'exercice particulier »⁴. On

1. Ce concept remonte à *Marbury c. Madison*, 1 Cranch 137 (1803) : « La compétence de la Cour consiste uniquement à se prononcer sur les droits des individus [...] Les questions de nature politique [...] ne relèvent en aucun cas de cette Cour. »

2. *Chief Justice* Taft in David O'Brien, *Storm Center*, New York, W. W. Norton, 1986, p. 193.

3. *Chief Justice* Warren in *Flast c. Cohen*, 392 US 83 (1968).

4. Louis Henkin, Is there a « Political Question » Doctrine, *Yale Law Review*, vol. 85 (1976), p. 768.

remarquera en outre qu'elle n'a pas manqué, même si ce fut assez rarement, de se prononcer sur la répartition des pouvoirs fédéraux, par exemple dans *Curtiss Wright*, 299 US 304 (1936), sur les pouvoirs de politique étrangère ; *Baker c. Carr*, 369 US 186 (1962), sur le redécoupage des circonscriptions électorales ; *United States c. Nixon*, 418 US 683 (1974), sur le privilège de l'exécutif ou *Immigration and Naturalization Service c. Chadha*, 462 US 919 (1983), sur le veto législatif. En dernière analyse, la Cour ne peut intervenir de sa propre initiative — mais elle est dorénavant totalement libre (lois de 1925 et de 1988), en appel (qui constitue 99 % des affaires dont elle est saisie), d'accepter ou de refuser de se prononcer sur les affaires dont elle est saisie, sans avoir à justifier son choix¹. Enfin, les choix de la Cour ne sont évidemment pas dénués de toute considération politique. Ainsi, les demandes présentées au nom de l'Etat fédéral par l'avocat général (*Solicitor general*)² bénéficient d'un préjugé éminemment favorable tout au long du processus.

L'IMPUISSANCE À CONTRAINDRE

La faiblesse intrinsèque de la Cour ne provient donc qu'accèssoirement de sa « modestie ». Ce dont la Cour, en revanche, est totalement consciente, c'est qu'elle est impuissante à faire exécuter ses décisions. Comme le soulignait Alexander Hamilton : « La bourse et l'épée sont dans d'autres mains »³ et les armes dont elle dispose — l'injonction (*writ of injunction*), la lettre d'ordre (*writ of mandamus*) et la condamnation pour mépris de la Cour (*contempt of court*) — sont d'autant plus dérisoires qu'elles dépendent, pour être efficaces, d'exécutants qu'elle ne contrôle pas. Le plus important d'entre eux, le Président des Etats-Unis, n'est même pas tenu de s'y conformer, au nom de la séparation des pouvoirs : « Le

1. La Cour se prononce sur environ 150 affaires parmi les quelque 5 000 dont elle est saisie chaque année.

2. Le *Solicitor general* est un personnage clé, quoique mal connu, du système judiciaire fédéral. Surnommé le « dixième juge », nommé par le Président après « l'avis et le consentement » du Sénat, il doit « connaître le droit » (*to be learned in the law*). Il représente l'exécutif mais doit savoir dépasser l'intérêt immédiat du gouvernement et aider les juges de la Cour suprême à mesurer le poids de leurs décisions sur l'évolution de l'Etat de droit. Sa responsabilité, bien que son sort repose entre les mains du Président, est double : son allégeance à l'exécutif doit être contrebalancée par son respect du judiciaire. Au total, il doit représenter l'intérêt général (*the public interest*). Pour une superbe analyse de son rôle, lire Lincoln Caplan, *The Tenth Justice*, New York, Vintage Books, 1988.

3. Alexander Hamilton, *Federalist* 78.

Président ne peut être empêché par injonction (*writ of injunction*) d'entreprendre une action illégale ; il ne peut non plus être contraint par lettre d'ordre (*writ of mandamus*) d'exécuter une action catégoriquement requise par le tribunal. »¹

Les présidents ne se priveront pas d'ignorer les décisions de la Cour. Le Président Jackson, furieux d'une décision favorable aux Indiens (*Worcester c. Georgia*, 6 Peters 515, 1832) qui ne lui convenait pas, aurait sarcastiquement déclaré : « Marshall a pris sa décision ; eh bien maintenant, qu'il l'applique ! »² En 1954, le Président Eisenhower désapprouve la décision *Brown c. Board of education of Topeka* (347 US 483). Pendant trois ans, alors que la déségrégation se poursuit à un rythme excessivement lent, Dwight Eisenhower reste au-dessus de la bataille. Ce n'est que contraint et forcé par la rébellion ouverte du gouverneur Faubus de l'Arkansas qu'il fédéralise la garde de l'Etat (*national guard*) et lui ordonne de rétablir l'ordre à Little Rock, à l'automne 1957, pour que neuf enfants noirs puissent aller à l'école. C'est la seule fois où le Président Eisenhower soutiendra fermement et ouvertement la décision *Brown* de la Cour suprême. Il faudra en fait l'arrivée au pouvoir du Président Kennedy pour que la déségrégation soit continûment soutenue par le gouvernement fédéral, y compris par son engagement résolu dans la bataille législative, qu'avait largement négligée le Président Eisenhower, pour obtenir les crédits nécessaires.

Pourtant, la confrontation directe entre le Président et la Cour suprême a généralement tourné à la confusion du premier. Thomas Jefferson, en arrivant au pouvoir, a parfaitement compris que les fédéralistes, en quittant la présidence, ont décidé de poursuivre la centralisation du système fédéral au bénéfice de l'Etat central et de se « retrancher », suivant sa description, dans l'institution judiciaire. Il faut donc les en déloger. Les républicains jeffersoniens imagineront d'utiliser l'arme de l'*impeachment*. En 1804, après *Marbury c. Madison* 1 Cranch 137 (1803), qui n'a guère plu au Président, et à son initiative, la Chambre des représentants inculpe Samuel Chase, juge à la Cour suprême. L'homme semble vulnérable : connu pour ses intempérances de langage même s'il est un esprit brillant, il est impopulaire et passe pour favoriser systématiquement les fédéralistes contre les républicains. Si on réussit à le

1. Edward Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, Princeton University Press, 1978 (14^e éd.), p. 202.

2. Cité in Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Mineola (NY), The Foundation Press, 10^e éd., 1980, p. 30.

condamner, un juge fédéraliste aura été éliminé et l'on aura instillé quelque frayeur propre à la retenue chez les autres juges fédéralistes. Mais le Sénat, en 1805, acquitte Chase.

La confrontation directe a échoué — sauf que la Cour suprême soudain prise de modestie et de retenue, n'ose affirmer sa suprématie sur les juges des Etats que treize ans après, dans *Martin c. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816) et ne frappe à nouveau une loi fédérale d'inconstitutionnalité que cinquante-quatre ans après, dans *Dred Scott c. Sandford*, 19 Howard 393 (1857).

La même confrontation se reproduit sous Franklin Roosevelt. Celui-ci, furieux de voir les lois les plus importantes du New Deal annulées les unes après les autres, décide en janvier 1937 de porter à 15 le nombre de juges pour se fabriquer une majorité. L'idée est impopulaire dans l'opinion qui, favorable à Roosevelt, ne veut pourtant pas qu'il soit touché à la Cour suprême. La proposition est dénoncée comme une tentative, ce qu'elle est, pour « bourrer » la Cour (*Court-packing plan*) et le Congrès (où il dispose pourtant de la majorité) se refuse à l'adopter. Pourtant, une fois encore, la Cour a senti le vent du boulet et devient plus « raisonnable » : elle adore ce qu'elle brûlait et accepte dorénavant l'intervention publique en matière économique et sociale.

La présidence peut aussi s'engager nettement devant la Cour suprême pour obtenir que celle-ci suive les directives de l'exécutif et revienne sur ses propres décisions. C'est ce qu'a tenté le garde des Sceaux, Edwin Meese, entre 1985 et 1988, avec le soutien sans faille du Président Reagan. M. Meese a rouvert le débat sur des questions qui semblaient largement réglées : les femmes ont-elles constitutionnellement le droit d'avorter ? Les suspects doivent-ils, d'après la Constitution, être informés de leurs droits avant d'être interrogés par la police ? La Cour suprême a-t-elle eu constitutionnellement raison d'appliquer la Déclaration des droits aux Etats ? Est-il constitutionnel de ne pas imposer la prière dans les écoles ? Sur tous ces points, la Cour suprême a répondu affirmativement mais le garde des Sceaux critique publiquement ses arrêts, estimant qu'ils reposent « sur des fondations intellectuellement branlantes »¹.

M. Meese eût totalement échoué si la majorité de la Cour n'avait

1. Cf. Mary Thornton, Meese Attacks *Miranda* decision, *Washington Post*, 26 août 1985 ; Stuart Taylor Jr., Meese Says Court Doesn't Make Law, *New York Times*, 23 oct. 1986 ; Edwin Meese III, The Tulane Speech : What I Meant, *Washington Post*, 13 nov. 1986 ; Edwin Meese III, The Jurisprudence of Original Intention, in Roger H. Davidson et Walter Oleszek, eds *Governing*, CQ Press, 1987.

lentement basculé vers le conservatisme. Depuis déjà un quart de siècle et jusqu'à 1988-1989, les conservateurs s'indignaient du « laxisme » constitutionnel de la Cour suprême et tentaient de redresser la barre vers une interprétation selon eux plus rigoureuse du texte fondateur, par leurs nominations. Ils y échouaient parce que certains juges nommés par MM. Nixon et Ford évoluaient vers un progressisme plus ou moins marqué (les juges Blackmun, Stevens, voire Powell).

LE CONTRÔLE IDÉOLOGIQUE

La nomination des juges fédéraux est en effet un moyen de contrôle hors pair de la Cour suprême, le moyen essentiel d'orientation idéologique de l'ensemble des décisions politiques américaines. En nommant John Marshall comme président de la Cour suprême en janvier 1801 (deux mois avant que son successeur, Thomas Jefferson, n'entre en fonction), le Président Adams choisit un homme dont il sait qu'il amplifiera les pouvoirs du gouvernement fédéral. Il ignorait que ce serait... pour trente-cinq ans, à un moment crucial pour l'évolution institutionnelle. Lorsque, de 1937 à 1940, Franklin Roosevelt réussit à faire accepter par le Congrès les nominations de MM. Black, Reed, Frankfurter, Douglas et Murphy, il exerce une influence décisive sur l'avenir du New Deal et des Etats-Unis.

Pour autant, surtout à la Cour suprême, les antécédents politiques ne sont pas une garantie des prises de position ultérieures. M. Eisenhower en fit l'amère expérience avec le *Chief Justice* Earl Warren et avec le juge William Brennan qui donnèrent, et pour longtemps, une orientation progressiste aux décisions de la Cour et firent en sorte que tous les Américains jouissent enfin des droits que leur garantit la Déclaration des droits fédérale. Aussi, lorsque l'on demandait à Eisenhower quelle avait été sa plus grosse erreur présidentielle, la légende veut qu'il répondît « Warren ». Et la deuxième ? « Brennan ». En effet, un juge à la Cour suprême est imprévisible, parce qu'il est inamovible et parce qu'il a souvent une conscience aiguë de sa place dans l'histoire.

Ronald Reagan, avec l'aide de George Bush, semble pourtant avoir enfin réussi à faire basculer la majorité politique de la Cour suprême. C'est là sans doute la plus grande victoire du reaganisme, qui pourrait survivre de longues années à la retraite de son porteur-drapeau. La portée en est claire, et à l'inverse de l'idée reçue.

M. Reagan n'a jamais été totalement contre l'Etat : il est éminemment favorable à l'intervention accrue de l'Etat, pour autant que ce soit aux dépens des droits individuels. L'orientation actuelle de la Cour Reagan est, contrairement aux apparences, parfaitement logique : elle revient en arrière, mais de quarante ans seulement. Autrement dit, elle continue à protéger les libertés « politiques » lentement gagnées depuis 1925. Mais elle effrite peu à peu les conquêtes (droits du justiciable, droits sociaux et droit à l'intimité) de l'après-guerre : sans aller jusqu'à déclarer (encore) ces droits anticonstitutionnels, elle permet aux Etats de les limiter jusqu'à les vider de toute réalité : dans *Edwin Meese c. Cour suprême*, l'exécutif conservateur a fini par gagner contre la Cour progressiste héritière d'Earl Warren, mais par le contrôle des nominations.

Le législatif dispose de moyens potentiellement plus efficaces que l'exécutif pour tenter d'imposer sa volonté à la Cour suprême. Il y a pourtant moins bien réussi (car il faut construire des majorités législatives) sauf à l'intimider, ce qui fut le cas à la fin des années cinquante. Mais il a néanmoins su empêcher l'exécutif de contrôler totalement l'orientation idéologique de la Cour. En effet, le Président ne peut procéder à la nomination des juges qu'avec « l'avis et le consentement du Sénat ». C'est en ce domaine que le Sénat a fait le plus preuve d'indépendance, repoussant assez fréquemment les propositions présidentielles : dans plus d'un cas sur cinq depuis les origines, et cinq fois (dont deux retraits de candidature) pour 13 propositions depuis 1969.

Le Congrès peut aussi utiliser contre la Cour des mesures de rétorsion. Ainsi, la Constitution n'ayant pas précisé le nombre des juges à la Cour suprême, c'est au Congrès qu'il revient de le fixer. Les juges étant inamovibles, le Congrès peut tourner cette garantie en supprimant un poste, lors d'une vacance, ou changer l'orientation de la Cour en ajoutant un ou plusieurs sièges de juges. Le Congrès fédéraliste de 1801 prépara l'arrivée de Jefferson au pouvoir en supprimant un poste de juge à la Cour suprême¹. Il y a neuf juges depuis 1869.

D'après la Constitution (art. 3, sect. 1), les juges fédéraux « perçoivent une indemnité qui ne sera pas diminuée tant qu'ils sont en fonction ». Mais si le Congrès ne peut réduire les émoluments des

1. Il y avait 5 juges en 1789, 6 en 1790, 7 en 1807, 9 en 1837, 10 en 1863, 8 en 1866 (pour empêcher, avec succès, Andrew Johnson de procéder à des nominations) et 9 en 1869. En 1801, le *judiciary act* prévoit la suppression d'un siège à la prochaine vacance — mais la loi de 1802 annule celle de 1801 avant qu'une vacance ne se soit produite.

juges... il peut ne pas les augmenter. Mécontent des décisions de la Cour suprême en matière de redécoupage des circonscriptions électorales (*Baker c. Carr*, 369 US 186 (1962) et *Wesberry c. Saners*, 376 US 1 (1964)), le Congrès décida de ne plus se préoccuper du traitement des juges de la Cour suprême. Durant cinq ans, ceux-ci n'eurent droit à aucune augmentation.

Le Congrès a rarement employé la procédure de l'*impeachment* contre un juge à la Cour suprême : si la Chambre vota l'inculpation de Samuel Chase, il fut acquitté par le Sénat ; à deux reprises, en 1953 (pour avoir permis de surseoir à l'exécution des Rosenberg) et en 1970 (pour se venger de l'échec des nominations par le Président Nixon de Clement Haynsworth et de G. Harold Carswell), le juge William Douglas fit l'objet de tentatives d'*impeachment* qui échouèrent dès le vote à la Chambre. Les menaces furent fréquentes contre Earl Warren ou Abe Fortas dans les années cinquante et soixante, sans succès car l'*impeachment* est une arme trop lourde.

D'après l'article 3, section 2, le législatif peut en principe limiter la juridiction d'appel de la Cour, par « telles exceptions et tels règlements qu'il plaira au Congrès d'établir ». Le Congrès n'a utilisé qu'une fois cette prérogative — en interdisant en 1869 à la Cour d'entendre des affaires d'*habeas corpus* (pas de détention sans inculpation) par crainte de voir remise en cause la législation de Reconstruction après la guerre de Sécession. La Cour s'inclina dans *Ex parte McCordle*, 7 Wall. 506 (1869).

En 1954, la Cour suprême attaque frontalement et pour la première fois la ségrégation raciale dans *Brown c. Board of education of Topeka*, 347 US 483 (1954). Cette prise de position en faveur des libertés (raciales et individuelles) est d'autant plus inacceptable pour les milieux les plus conservateurs que la Cour s'attaque aussi aux monopoles industriels (*United States c. El Du Pont*, 353 US 586 (1957)) et mine l'ensemble des lois de répression contre la subversion communiste en 1957. La Cour suprême est très vite en butte à des attaques qui visent à la fois son rôle constitutionnel et son loyalisme. Le mécontentement parlementaire aboutit à l'adoption par la Chambre des représentants de plusieurs propositions limitant les pouvoirs de la Cour, mais l'aile progressiste du Sénat, avec l'aide du parfait stratège qu'est le leader de la majorité, Lyndon Johnson, réussit à contenir le flot des attaques — et des propositions de loi qui veulent brider le pouvoir des juges. D'extrême justesse, il est vrai, puisque le vote le plus crucial est acquis en août 1958 par 41 voix contre 40, en faveur de la Cour suprême.

Là encore, la Cour a senti passer le vent du boulet et bat quelque

peu en retraite : dans *Barenblatt c. United States*, 360 US 109 (1959), la Cour impose des limites procédurales moins strictes aux commissions parlementaires en matière d'interrogatoire des témoins.

SAVOIR S'INCLINER

La réticence à s'engager, la prudence des décisions, le fait de ne juger que sur la procédure et très rarement sur le fond, la conscience aiguë du moment où il faut savoir progresser... et de celui où il est prudent de reculer sont symptomatiques des contraintes réelles devant lesquelles les juges doivent savoir s'incliner sous peine de casser un système politique intrinsèquement fragile. Le judiciaire, le législatif et l'exécutif sont en apparence en perpétuelle concurrence. Dans la réalité, ils sont contraints à la solidarité car chacun sait qu'il est impossible à quiconque de trop s'écarter de l'idéologie dominante et du rôle constitutionnellement imparti sans encourir les représailles des deux autres pouvoirs.

Lors du maccarthysme, les deux problèmes fondamentaux auxquels elle se trouve alors confrontée sont celui des limites de la liberté d'expression face à une menace, vécue comme réelle, contre l'intégrité nationale et celui de l'ampleur du contrôle qu'elle est en droit d'exercer sur l'exécutif et le législatif. La Cour, sur les deux points, se refusera toujours à se prononcer *au fond*. Sur la liberté d'expression parce qu'elle est profondément divisée. Sur le contrôle du législatif et de l'exécutif, parce qu'elle se refuse à empiéter sur les prérogatives des autres branches, prenant le plus grand soin de n'en même pas donner l'apparence : équilibre des pouvoirs oblige.

Ainsi, la Cour « n'interdit pas l'utilisation du pouvoir politique pour faire face aux problèmes de subversion interne »¹ : elle ne se prononce pas sur la constitutionnalité de lois comme le *Smith Act* ou l'*Internal Security Act* ; elle se garde de mettre en cause le pouvoir d'investigation du Congrès ou la légalité des décrets présidentiels. Ceci est vrai tant pour la Cour Vinson que pour la Cour Warren. La Cour, à partir du moment où elle se décide à mettre en cause la Chasse aux sorcières, le fait sur le seul terrain de la procédure : les autorités ne peuvent s'attaquer à la subversion sans respecter les règles légales ; même en matière de subversion, *due process of law* doit rester le principe fondamental.

1. Walter F. Murphy, *Congress and the Court*, Chicago, Chicago University Press, 1962, p. 111.

Dans le dernier quart de siècle, les multiples tentatives législatives pour limiter la juridiction de la Cour, dans tous les domaines (redécoupage des circonscriptions, prière dans les écoles, avortement, transports scolaires), ont toujours échoué : en 1985, le Sénat à majorité républicaine a même repoussé par 62 contre 36 voix une proposition de loi visant à ôter leur juridiction aux tribunaux fédéraux en matière de prière à l'école.

Le Congrès peut aussi tenter de renverser les décisions de la Cour en modifiant la Constitution par la procédure de l'amendement constitutionnel. Sur des questions aussi brûlantes que la souveraineté des Etats (11^e amendement), la citoyenneté (14^e amendement) et l'impôt (16^e amendement), le Congrès a pu, avec l'aide des législatures d'Etat, imposer sa volonté contre la Cour. La procédure est cependant lourde et aléatoire : plus de 10 000 propositions ont été introduites au Congrès depuis 1789 ; 33 seulement ont obtenu l'aval des deux Chambres ; 26 seulement (dont 10 en bloc, dès 1791, qui constituent la Déclaration des droits) ont recueilli le nécessaire assentiment des législatures des trois quarts des Etats. On notera que, suivant le 5^e article de la Constitution, « le peuple » n'est aucunement appelé à soumettre ou ratifier une proposition d'amendement.

La décision *Baker c. Carr*, 369 US 186 (1962) sur le redécoupage électoral porte à son paroxysme l'opposition d'un Congrès déjà fort irrité, qui tente d'utiliser l'autre procédure prévue à l'article 5 de la Constitution : la convocation d'une convention constitutionnelle, jamais réunie depuis 1787 et que Madison avait tant redoutée qu'il acceptera de rédiger ce qu'il appelle lui-même cette « proposition nauséabonde »¹ de Déclaration des droits. Sous la direction du sénateur Dirksen, une assemblée générale des Etats se réunissait à Chicago à la fin de 1962. Elle demandait la convocation d'une convention constituante, qui réviserait la Constitution en particulier sur les points suivants : interdire aux cours fédérales de porter un jugement sur les problèmes de découpage de circonscriptions électorales et créer une « Cour de l'Union », composée des *Chief Justices* des 50 Etats, qui pourrait annuler les décisions de la Cour suprême. En 1967, on apprenait avec surprise que 32 législatures d'Etat avaient approuvé la proposition de l'assemblée générale des Etats. Il ne manquait plus que l'approbation de deux législatures

1. Lettre de Madison à Richard Peters, 10 août 1789, citée in Leonard W. Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, Macmillan, 1988, p. 168-169.

pour que la pétition devînt exécutoire. A la suite de diverses pressions et après la constatation que 26 législatures étaient précisément mal élues, la pétition n'aboutit pas.

A dire vrai, le plus simple pour le Congrès est d'ignorer purement et simplement la Cour. En 1983, celle-ci interdit le veto législatif (*INS c. Chadha*, 462 US 919). « La décision était l'une des plus importantes de tous les temps sur la séparation des pouvoirs. »¹ Son impact fut nul : dans les cinq années qui suivent, le Congrès adopte à 140 reprises un veto législatif, avec l'accord explicite du Président puisque celui-ci signe les lois concernées².

IGNORER LES DÉCISIONS DE LA COUR

L'ignorance, réelle ou feinte, des arrêts de la Cour, est l'une des méthodes fort efficaces qu'emploient aussi les autres juges (fédéraux et dans les Etats). Pour trôner au sommet d'une double hiérarchie judiciaire (fédérale et étatique), la Cour suprême ne se prononce pourtant que sur un nombre infinitésimal d'affaires (environ 150 par an contre 37 524 en 1988 pour les cours d'appel fédérales, 284 219 en 1988 pour les tribunaux fédéraux de district³ et des dizaines de millions pour les tribunaux d'Etat), se contentant généralement de fixer les orientations générales, à charge pour les tribunaux inférieurs d'appliquer les règles ainsi émises — l'une des difficultés étant que les décisions de la Cour suprême ne sont pas toujours d'une parfaite clarté et d'une totale précision, notamment parce que la Cour, lorsqu'elle est sur un terrain impopulaire (désagrégation, prière) et/ou lorsqu'elle a du mal à définir le concept (liberté d'expression — pornographie, personne — avortement, peine de mort — « châtiment cruel et inhabituel ») affirme avec une prudence⁴ qui frise l'appel au refus.

Ainsi, conscient de l'ampleur du racisme auquel elle s'attaque en exigeant l'intégration scolaire, Earl Warren veut l'unanimité de la Cour. La contrepartie en est l'ambiguïté. Dans la deuxième décision *Brown* (349 US 294 (1955)), la Cour parle de *deliberate speed*

1. Louis Fischer, *Constitutional Structures : Separated Powers and Federalism*, New York, McGraw-Hill, 1990, vol. 1, p. 546.

2. *Ibid.*

3. In Robert A. Karp et Robert Stidham, *The Federal Courts*, Washington, DC, CQ Press, 1991, p. 42 et 39.

4. Quiconque a lu les décisions de la Cour a été frappé par la beauté de la langue ; quiconque a tenté de les traduire s'est arraché les cheveux en raison de leur imprécision.

(promptitude circonspecte). Pis, elle laisse des juges fédéraux locaux, soumis à toutes les pressions possibles, appliquer la décision. La plupart feront preuve d'une sage lenteur : en 1965, il n'y a encore que 2,25 % des enfants noirs qui vont à l'école primaire et secondaire avec des enfants blancs dans les onze Etats du Sud. En 1972, le pourcentage est passé à 91,3 %¹. Entre-temps, le ministère de la justice a commencé à appliquer *the law of the land* avec tous les moyens dont il dispose... La circonspection est devenue *hic et nunc* — mais il y a fallu le poids de l'exécutif.

Les juges des tribunaux inférieurs et notamment les juges d'Etat, demeurent en effet jaloux d'une Cour suprême dont ils n'ont pas oublié qu'elle a construit son pré carré à leurs dépens. Ainsi, dès 1816, dans *Martin c. Hunter's Lessee* (1 Wheat. 304) la Cour suprême affirme-t-elle la nécessité de sa suprématie pour qu'il y ait « uniformité des décisions à travers les Etats-Unis ». Autrement, ajoute-t-elle, « des juges tous aussi savants et intègres dans différents Etats pourraient interpréter de façon différente une loi ou un traité des Etats-Unis, ou même la Constitution elle-même [... qui] pourraient n'avoir jamais précisément les mêmes signification, obligation et efficacité ». Les autres magistrats n'en sont pas toujours parfaitement convaincus. Ainsi le juge fédéral Poole, de la Cour d'appel de Californie (9^e circuit) dont beaucoup de décisions ont été annulées par la Cour suprême, déclarait en 1984 : « La Cour suprême est suprême, mais elle n'est pas Dieu. »² Moins respectueux encore, le Chief Justice de la Cour suprême de l'Utah qualifiait les juges de la Cour suprême fédérale (à propos d'un arrêt sur l'obscénité) « de pédés dépravés, mentalement déficients et à l'esprit tordu »³.

A dire vrai, le plus étonnant est que la Cour suprême soit si fréquemment entendue par les divers pouvoirs dans les Etats — et ce d'autant plus qu'elle ne cesse de défendre (sauf pour les questions morales comme l'avortement, la peine de mort ou les mœurs) une centralisation sans cesse accrue du système.

C'est qu'en effet, si la seule volonté des juges ne suffit pas à changer le cours des choses, il est presque impossible d'aller contre elle. Même un amendement n'y suffit pas toujours : le 11^e amendement (1798) n'empêchera pas que la souveraineté des Etats ne soit

1. Pourcentages tirés de Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Washington DC, CQ Press, 3^e éd., 1989, p. 207.

2. Cité in James B. Stewart, *The New Judiciary : Ninth Circuit's Judges Frequently Run Afoul of the Supreme Court*, *Wall Street Journal*, 28 déc. 1984.

3. In *Salt Lake City c. Piepenburg* (1977), cité in Laurence Baum, *The Supreme Court*, op. cit., p. 216.

rognée comme peau de chagrin au point de n'être plus aujourd'hui que nostalgie ; même le 14^e amendement (1868) ne pourra imposer aux Etats de respecter le *Bill of Rights* fédéral : il y faudra le tardif (plus d'un demi-siècle après...) *nihil obstat* de la Cour dans *Gitlow c. New York*, 286 US 652 (1925).

La Cour n'a que « le pouvoir de persuader »¹. Mais sans son approbation, implicite ou explicite, il n'est pas de légitimation, il n'est pas de légitimité. Son influence réside dans son aptitude à résoudre les conflits entre les différents pouvoirs, dans sa capacité à répondre aux attentes, plus ou moins clairement formulées, de la société civile. Elle incarne à la fois la tradition et le changement, le progrès et la conservation, l'audace et la sagesse. C'est un pouvoir immense. C'est une tâche redoutable. En dernière analyse, le résultat est souvent admirable, même s'il n'a pas toujours convaincu.

Malgré des contraintes multiples, malgré la faiblesse de ses armes, la Cour suprême est puissante : le poids qu'ont eu les juges dans l'évolution constitutionnelle, institutionnelle, politique et démocratique des Etats-Unis est immense. Tocqueville l'avait bien vu qui affirmait qu'entre leurs mains « reposent incessamment la paix, la prospérité, l'existence même de l'Union. Sans eux, la Constitution est une œuvre morte »². Stanley Hoffmann ne voit pas autrement, qui affirme : « Non seulement les arrêts de la Cour ont profondément affecté l'équilibre entre les institutions, mais ils ont donné un sens et un contenu (variables selon les périodes) aux droits que le *Bill of Rights* a conférés en termes à la fois grandioses et vagues aux citoyens américains, et ils ont de la sorte puissamment contribué à modeler le système économique et social ainsi que les mœurs. »³

1. Alexander Hamilton, in *Federalist* 78.

2. Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, p. 153.

3. Stanley Hoffmann, préface de M.-F. Toinet, *Le système politique des Etats-Unis*, Paris, PUF (« Thémis »), 2^e éd., 1990, p. 30.

RÉSUMÉ. — *Les armes dont dispose la Cour suprême pour imposer l'exécution de ses arrêts sont moins que rien. C'est pourquoi il n'y a pas de « gouvernement des juges » aux Etats-Unis. Pour être suivie, il lui faut convaincre. Sa puissance est morale : il n'y a pas de légitimité politique sans légitimation par la Cour suprême.*