

JAMES CEASER

Le processus de sélection des juges

Les Etats-Unis ont légué deux principes constitutionnels majeurs au monde démocratique : le gouvernement par la soumission du pouvoir à la Constitution écrite et la supervision de celle-ci par les juges, ou contrôle juridictionnel. A l'exception de taille de la Grande-Bretagne, la première est à présent quasi universellement reconnue ; ainsi, même des régimes dont les pratiques ne sont guère constitutionnelles procèdent souvent à l'adoption rituelle de constitutions écrites dans l'intention d'asseoir leur légitimité. La seconde reste plus controversée ; selon la formule de Thomas Jefferson, elle risquerait de faire du judiciaire « un bras despotique » qui place les juges au-dessus des Parlements et de la volonté majoritaire. Certains pays comme la Suisse ou la Grande-Bretagne rejettent le contrôle juridictionnel au nom de la démocratie parlementaire ; mais de plus en plus nombreux sont ceux qui, à l'instar de l'Allemagne fédérale, de la France ou du Canada, l'ont adopté sous une forme ou sous une autre.

C'est parce que le contrôle par le juge remonte à longtemps que l'autorité de la Cour suprême aux Etats-Unis est plus grande que celle de toute autre au monde. Il en résulte que le processus de désignation de ses juges a toujours revêtu une grande importance. Selon l'ancien juge Félix Frankfurter : « En vérité, la Cour suprême est la Constitution ; c'est à cause du pouvoir qu'elle exerce que les nominations à la Cour sont une affaire d'intérêt public et non seulement une question professionnelle. »¹

1. Cité dans Paul Freund, Appointment of Justices, Some Historical Perspectives, *Harvard Law Review*, n° 101 (1988), p. 1153.

Eu égard au pouvoir considérable de la Cour au sein du système politique américain, la seule « compétence juridique et technique » des candidats n'a jamais suffi à être le seul ou même le principal critère de sélection des juges, comme c'est le cas dans d'autres pays. Le processus de nomination tient toujours compte des opinions « politiques » des juges, sinon au sens étroit de leurs positions idéologiques, du moins au sens plus large des retombées politiques possibles de leur interprétation de la Constitution. En sorte que la jurisprudence devient une affaire de politique intérieure. C'est ainsi que dès 1811 Thomas Jefferson mettait en garde le Président Madison — à juste titre — contre la nomination du très érudit Joseph Story, « pseudo-républicain » aux tendances fédéralistes dans son interprétation de la Constitution. (Les Républicains jeffersoniens donnaient de la Constitution une interprétation limitative — la doctrine des « Strict Constructionists » — alors que les Fédéralistes l'interprétaient dans une optique qui attribuait des pouvoirs étendus au gouvernement central.)

Alexis de Tocqueville observait déjà il y a cent cinquante ans « qu'il n'est pas de question politique aux Etats-Unis qui ne devienne tôt ou tard une question judiciaire ». Mais Tocqueville lui-même n'eût selon toute probabilité pu prévoir à quel point son exagération délibérée coïnciderait avec la réalité des années 1960 et 1970. Des problèmes qui dans presque tous les autres pays ressortissaient au pouvoir exécutif ou législatif se trouvaient aux Etats-Unis soustraits, en totalité ou en partie, à la politique et traités par la Cour suprême en problèmes constitutionnels. Il n'est donc pas surprenant que lorsque le juge William Brennan partit à la retraite en 1990, il passait pour avoir été « la personne la plus puissante à Washington depuis Franklin Roosevelt ».

L'immense pouvoir de la Cour suprême au cours des années 1960 et 1970 découlait de plusieurs facteurs. Tout d'abord elle acquit une indiscutable autorité morale pour avoir pris l'initiative au cours des années 1950 de s'attaquer au problème politique américain numéro un : les droits des Noirs. En second lieu, elle élargit l'accès du judiciaire à ceux qui voulaient augmenter les libertés individuelles ainsi que la protection des groupes dits minoritaires ou défavorisés. Ceux-ci, qui comportaient entre autres les groupes des droits civiques, ainsi que les groupes féministes et écologiques, s'accoutumèrent à avoir recours aux cours fédérales pour réaliser leurs objectifs, devenant ainsi les farouches défenseurs de prérogatives judiciaires élargies. En troisième lieu, ce rôle accru s'acquiesça l'aval de l'un des piliers de l'*establishment* américain : le consensus des professeurs des plus presti-

gieuses écoles de droit. Ces derniers contribuèrent à l'élaboration d'une jurisprudence qui légitima ce rôle accru de la Cour, grâce à une conception selon laquelle les juges devraient interpréter la Constitution en accord avec « l'évolution des temps », cette dernière étant elle-même définie par les principaux représentants de la communauté juridique. Selon cette éthique, la seule véritable protection des droits vient de leur interprétation dans la Constitution par la Cour. Elle tient également que la codification des droits par la simple législation — comme par exemple dans le cas des lois de libertés publiques solennellement votées par le Congrès — est une garantie insuffisante. Selon le professeur de droit de l'Université de Harvard Laurence Tribe, « de tels droits sont à la merci d'une majorité qui peut les faire ou les défaire selon sa volonté »¹.

L'influence croissante de la Cour fut accompagnée d'un affaiblissement progressif des mécanismes traditionnels destinés à freiner le judiciaire au point que certains ont tout simplement cessé de fonctionner. Le premier frein, désigné par la formule de la « doctrine de la responsabilité concurrente », tient à ce que chaque branche du judiciaire est responsable de la définition de la constitutionnalité des questions qui lui reviennent. On laisse alors les conflits entre différentes branches évoluer d'eux-mêmes. Cette doctrine, qui fut conçue par Jefferson, avait déjà perdu une bonne partie de sa crédibilité au début du siècle, et ce qu'il en restait fut ébranlé après que les Présidents Truman et Nixon se fussent rendus aux décisions de la Cour dans les affaires de la saisie des aciéries² en 1952 et du Watergate en 1974. La Cour est à présent largement reconnue comme autorité suprême et définitive en matière d'interprétation constitutionnelle — autorité qu'elle ne se prive du reste pas de revendiquer.

Le second frein était la menace que le Congrès comme le Président pouvaient utiliser de modifier le nombre des juges à la Cour afin d'en changer l'orientation. Le nombre de juges n'est pas déterminé par la Constitution mais fixé par des lois ordinaires. De fait le Congrès le modifia par trois fois au cours des années 1860 pour pouvoir influencer sa ligne politique. Cette possibilité demeura réelle jusqu'au plan radical de remodelage de la Cour par le Président Roosevelt en 1937. A la suite du rejet de ce plan par le Congrès, le

1. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola New York, The Foundation Press, 1988, p. 1311.

2. « La saisie des aciéries » : allusion à l'ordre donné par la présidence de saisir des aciéries en grève pendant la guerre de Corée afin de continuer à maintenir l'approvisionnement.

nombre actuel des juges de la Cour suprême (neuf) fait partie de ce qu'on peut appeler la « constitution non écrite » des Etats-Unis.

Le dernier frein était constitué par la menace de réduction par le Congrès de l'étendue des pouvoirs de juridiction de la Cour dans certaines catégories de cas. Les domaines les plus importants de l'autorité de la Cour ressortissent à la juridiction d'appel, qui est définie par la loi. Le Congrès est en mesure de soustraire certaines sphères de la politique à la compétence de la Cour, comme par exemple l'avortement ou le ramassage scolaire. L'idée fut largement préconisée par les opposants au système judiciaire fédéral pendant les années 1970 et au début des années 1980, mais elle demeura sans suite législative. La communauté juridique établie tenait des mesures telles que le changement du nombre des juges pour une atteinte illégitime à l'indépendance de la justice. Ce frein est à présent tenu pour nul et n'a plus d'effet dissuasif sur la Cour.

Il ne reste donc aujourd'hui plus d'autre moyen de modifier l'orientation de la Cour que le pouvoir de nomination, qui a donc proportionnellement augmenté d'importance. De plus, grâce aux progrès de la médecine, la longévité des juges s'est accrue, et par suite leur période d'exercice de fonctions, ce qui revient à dire que chaque nomination « compte » plus. Tout ceci aurait sans doute suffi à faire de la nomination à la Cour suprême l'objet d'une attention renouvelée. Mais pour comprendre comment cette question en est venue à devenir le centre d'une polémique majeure durant les années 1980 — plus peut-être qu'à n'importe quelle autre époque de l'histoire du pays — il convient d'examiner certains facteurs politiques supplémentaires.

Dans sa phase « activiste » des années 1960 et 1970, la Cour suprême était devenue le bastion de la gauche américaine, avec l'appui de toutes les parties de l'*establishment* « libéral ». Par ironie, cette orientation coïncida avec une période durant laquelle la majorité des juges furent désignés par des présidents républicains. Les conservateurs devinrent des adversaires déclarés de cette Cour « activiste ». Lors de sa campagne électorale, Ronald Reagan fit de la nomination de juges qui s'éloigneraient de la philosophie libérale d'interprétation de la Constitution alors en vogue un des objectifs principaux de sa présidence. Les batailles successives qui marquèrent les nominations judiciaires pendant les années 1980 furent le reflet fidèle de ces conflits qui culminèrent dans l'affrontement au sujet de la nomination de Robert Bork en 1987. Les libéraux se battirent pour conserver le contrôle de l'institution qu'ils avaient réussi à dominer depuis les années 1950, et les conservateurs pour le leur arracher.

Quoique le Président Reagan perdit la bataille pour faire nommer le juge Bork, il réussit néanmoins à mettre fin à la vieille majorité libérale.

La Constitution établit les grandes lignes de la durée d'exercice des fonctions des juges à la Cour suprême, ainsi que les modalités de leur désignation. Selon l'article III, les juges « exercent leurs fonctions tant que leur conduite sera exemplaire » et reçoivent un salaire « qui ne pourra être diminué ». Ces dispositions ont pour but de protéger le judiciaire en garantissant aux juges une forte indépendance face aux diverses pressions politiques.

Comme d'autres fonctionnaires, les juges à la Cour suprême peuvent être démis par une mise en accusation par la simple majorité des membres de la Chambre et reconnus coupables par la majorité des deux tiers au Sénat. Mais il est entendu que l'« *impeachment* » n'a pas été conçu comme instrument de contrôle des opinions des fonctionnaires. Quoique Jefferson eût naguère suggéré cette technique comme moyen d'arracher le contrôle du judiciaire aux fédéralistes, l'acquiescement du juge Samuel Chase par le Sénat en 1805 lors d'un *impeachment*, établit un précédent durable pour l'empêcher de servir à la mise au pas des juges à cause de leurs opinions, et le réserver aux cas de corruption ou de comportement éthique douteux.

Il n'y a que quelques juges fédéraux, et aucun juge à la Cour suprême, qui aient été démis de cette manière. Le cas le plus proche dans l'histoire récente est celui du juge Abe Fortas, qui démissionna en 1969, en partie par crainte de voir les allégations sur sa conduite financière se poursuivre par une mise en accusation.

Le mode de désignation des juges à la Cour suprême, précisé dans l'article II, dispose que le Président « désignera et, sur et tenant compte de l'avis et du consentement du Sénat, nommera... les juges à la Cour suprême ». Il est entendu que cette procédure comprend deux types de nomination : celle d'un nouveau membre à la Cour, que ce soit un juge ou un président de la Cour, et celle d'un juge en fonctions au poste de président, comme par exemple lors de la nomination du juge Rehnquist à la présidence de la Cour par le Président Reagan. Au total 112 juges ont vu leur affectation à la Cour confirmée.

En pratique, l'« avis et le consentement » du Sénat se traduit par une procédure où le Président nomme des candidats dont la confirmation revient au Sénat. Le Président peut demander l'avis de membres du Sénat avant une nomination, mais il n'est pas

tenu de le faire. Enfin, malgré les efforts de nombre de commentateurs visant à établir des critères pour guider l'action de chaque institution, la Constitution elle-même reste silencieuse sur ce point. Elle n'exige pas de qualifications précises et s'en remet au processus de sélection lui-même pour en déterminer les critères. La remise du choix au Président et au Sénat est évidemment conçue pour rendre le processus aussi sélectif que possible tout en limitant toute velléité de favoritisme présidentiel.

La nomination de juges pour un mandat de durée indéterminée est l'exception plus que la règle. En plus du gouvernement fédéral, on compte plus de 50 systèmes juridiques aux Etats-Unis, et il revient à chaque Etat de choisir son propre mode de désignation des juges. Il existe un large éventail de procédures, que ce soit la sélection au suffrage populaire, par la législature ou par le gouverneur. Plusieurs Etats utilisent un système qui associe des éléments du suffrage populaire à ce qu'on appelle la sélection par le mérite. En Californie, la désignation revient au gouverneur qui doit ensuite la soumettre à une commission non partisane. Les candidats agréés doivent ensuite s'en remettre au choix des électeurs aux prochaines élections générales pour être élus pour un mandat entier. Les électeurs rejettent rarement des juges qui cherchent à rester en fonctions, mais en 1986 les électeurs californiens firent échouer trois juges de la Cour suprême de l'Etat qui avaient refusé de demander la peine de mort. Au total près de la moitié de tous les juges d'Etat sont élus par les citoyens.

Etant donné l'étendue du pouvoir de la Cour suprême, se développe de temps à autre une tendance favorable à la modification du processus de nomination, dans le sens de la procédure suivie pour la nomination des juges dans les Etats et à leur affectation pour une période de fonctions déterminée. De tels changements demanderaient un amendement à la Constitution, qui n'est guère envisagé. De toute manière de telles idées n'ont jamais bénéficié d'un large soutien. Les Américains demeurent souvent insatisfaits des décisions de la Cour suprême, mais ils sont généralement satisfaits des mécanismes fondamentaux du système de nomination judiciaire.

La procédure de nomination des juges à la Cour comporte deux ou (en certains cas) trois parties. La première est facultative. Elle a lieu lorsque l'orientation de la Cour devient un thème important de la campagne de l'élection présidentielle, comme en 1860, en 1936, et, plus récemment, en 1968 et 1980. Les candidats Nixon et Reagan affichèrent alors clairement leur intention de désigner des juges

qui eussent une philosophie juridique opposée à celle de la majorité à la Cour. Dans ces cas on peut dire que les partis et les électeurs prennent part au processus de sélection. Le candidat victorieux à la Maison-Blanche peut aller jusqu'à revendiquer une sorte de mandat populaire pour telle ou telle désignation. Il demeure bien entendu impossible de déterminer sur quoi se joue une élection, et en tout état de cause il appartient au Sénat d'exercer ses attributions constitutionnelles ensuite.

Le stade suivant, qui le plus souvent est en fait le premier, est celui de la désignation par le Président. A l'époque où les Présidents ne s'entouraient que d'une équipe restreinte, ils prenaient le plus souvent cette décision seuls. Aujourd'hui, ils comptent pour dresser leurs listes sur l'aide de conseillers parmi lesquels se trouve le plus souvent le Procureur général. On demande aussi au Bureau fédéral d'Investigation (FBI) de mener des enquêtes approfondies sur les antécédents des candidats, non seulement par véritable désir de s'assurer de leur honorabilité personnelle, mais aussi parce qu'au Sénat les adversaires de la désignation se serviront de n'importe quel défaut pour tenter de bloquer la candidature. La réputation est le seul critère avouable d'opposition à une nomination — le vrai motif étant politique. L'avantage, c'est qu'une faille dans le dossier a le statut d'un fait « objectif » qui ne peut être contesté.

Historiquement, les Présidents ont tenu compte de plusieurs facteurs dans leurs décisions. Jusqu'ici ils ont tous respecté une même condition : le candidat doit être homme de loi. Puisque la Cour doit traiter de problèmes qui revêtent un important aspect technique, ce critère peut *a priori* paraître de pur et simple bon sens. Mais en fait les questions les plus importantes sur lesquelles elle est appelée à se prononcer sont constitutionnelles, et la plupart des écoles de droit n'accordent qu'une attention tout au plus passagère à la Constitution proprement dite et aux pères fondateurs (par opposition à des cas juridiques portant sur la Constitution). Des personnalités d'une grande expérience en matière d'histoire et de philosophie américaine seraient bien mieux placées que nombre de juristes pour servir à la Cour. Reste à savoir si un Président prendra un jour sur lui de braver cette limitation et de risquer de déclencher des protestations au sein de l'*establishment* juridique de la nation.

Trois autres considérations préliminaires ont marqué les décisions présidentielles : tout d'abord, il y a la stature des candidats, qui sont généralement de haute qualité et dont certains ont compté parmi les plus grands esprits juridiques du siècle ; ensuite vient leur affiliation partisane : 85 % semblent avoir partagé celle du Prési-

dent, encore que tous ne furent pas activement partisans ; enfin et dernièrement, il faut tenir compte de la représentation de certains groupes à la Cour — à ce titre, divers facteurs ont joué à différents stades de l'histoire ; l'ethnicité et la religion ont succédé aux considérations géographiques d'autrefois avant que de nos jours il ne soit devenu habituel d'inclure au moins un Noir et une femme.

Mais la considération qui sous-tend les trois premières demeure l'« acceptabilité » du candidat désigné aux yeux du Sénat. Ce principe renforce les autres, qui sont parfois aussi importants aux yeux du Sénat que de la présidence. Ces dernières années, avec le Sénat aux mains d'un parti différent de celui du Président, le besoin de convenir à la majorité du Sénat explique la recherche de candidats au profil discret, tels que les juges Kennedy et Souter.

Ces principes constituent un préalable à l'objectif que nombre de Présidents considèrent comme le plus important : une véritable harmonie de vues quant à une certaine conception de la Constitution et du rôle de la Cour, harmonie de vues qui ne saurait être ramenée au simple accord sur des sujets précis. Il va de soi que tous les Présidents ne sont pas également attentifs à cette dimension, et que pour certains d'entre eux les questions ressortissant à la jurisprudence du juge ou à la théorie de l'interprétation de la Constitution sont trop générales, ou au contraire trop spécialisées. Il n'en demeure pas moins que cette considération est probablement celle qui a le plus de poids.

Contrairement à certains avis sur la question, il n'y a rien à redire au désir des Présidents de s'assurer d'une réelle identité de vues. C'est précisément un des moyens de garantir un minimum de contrôle populaire sur le judiciaire. De plus il y a des limites qu'aucun Président n'est en mesure de franchir pour réaliser ses objectifs. L'une tient au nombre total de nominations que n'importe quel Président est en situation de faire. Il n'advient en moyenne qu'une vacance tous les deux ans ; l'influence que le Président est en mesure d'exercer sur l'orientation de la Cour en un seul mandat est donc limitée, lorsqu'il n'est pas carrément contre par le destin, comme ce fut le cas du Président Carter qui ne fit aucune nomination.

D'autre part, toute volonté de s'assurer d'une harmonie de vues dépendra avant tout du sérieux avec lequel le Président envisage les conséquences de l'interprétation de la Constitution. Ainsi, lorsqu'il se fit demander s'il avait commis des erreurs sérieuses durant son administration, le Président Eisenhower répondit : « Oui, elles siègent toutes les deux à la Cour suprême » (allusion au président

de la Cour Earl Warren et au juge William Brennan). Dans les deux cas Eisenhower aurait pu — et dû — entrevoir l'avenir.

Enfin, il existe, à juste titre du reste, des limites pour ainsi dire inévitables au contrôle de la présidence. Le fait même de désigner un candidat de grande envergure et d'indépendance d'esprit empêche le Président de prévoir ses prises de positions en une conjoncture précise, tout comme son évolution après sa nomination. Toute l'idée de l'affectation à vie revient précisément à encourager et à protéger l'indépendance du juge. Le juge futur dépend entièrement du Président jusqu'à ce que sa nomination soit confirmée, mais il est ensuite libéré de toute pression présidentielle. Le Président ne peut pas non plus déterminer quels seront les grands problèmes constitutionnels et juridiques de l'époque à venir. Comme le dit le Président Truman avec son franc-parler habituel : « Le noyautage de la Cour suprême est tout simplement impossible... J'ai essayé et ça ne marche pas. »

La troisième étape de ce processus, c'est la confirmation par le Sénat, qui ne se prive pas de rejeter des candidats proposés. Jusqu'en 1991, il refusa de confirmer la nomination de 28 des 143 candidats désignés qui lui furent présentés, encore qu'il n'y en ait eu que 5 au *xx^e* siècle. Sa phase « active » remonte au *xix^e* siècle, en partie parce que les juges à la Cour suprême étaient aussi juges dans les cours d'appel, de sorte que les sénateurs avaient plus de motif de s'intéresser au juge qui siégerait dans leur Etat ou leur région.

La caractéristique récente des décisions de confirmation par le Sénat — qui ont vu de nombreux désaccords entre différents groupes de pression quant à la pratique et la philosophie judiciaires — s'est manifestée à l'avance lors de la désignation de Louis Brandeis par le Président Wilson en 1916. Brandeis fut confirmé par une faible majorité après de fortes polémiques au cours desquelles les sénateurs s'en prirent à ce qu'ils tenaient pour ses prises de positions politiques radicales-progressistes. Quatorze ans plus tard, la désignation de John Parker par le Président Hoover fut refusée après une campagne menée par des syndicats et plusieurs groupes noirs.

A cette démarche plus ou moins ouvertement « politique » du début du siècle succéda cependant une longue période durant laquelle le Sénat s'abstint de se prononcer ouvertement sur des questions de philosophie juridique pour s'attacher à des critères dits « objectifs » et non partisans : la personnalité et les qualifications du candidat désigné. Les considérations politiques, qu'elles tinssent à la théorie juridique ou à l'actualité immédiate, étaient à

coup sûr toujours présentes, mais reléguées à l'arrière-plan sous couvert d'une procédure qui se fixait à présent sur les qualifications du candidat. Ainsi des violations alléguées de l'éthique judiciaire condamnèrent les efforts du Président Johnson en vue de faire accéder le juge Abe Fortas à la présidence de la Cour ; mais il apparut tout aussi clairement que nombre de sénateurs commençaient à s'alarmer de l'orientation libérale de la Cour. Le rejet du candidat désigné par le Président Nixon, Clément Haynesworth, en 1969, fut un autre cas de considérations politiques qui se couvraient de considérations éthiques. Cette appréciation des facteurs à prendre en considération dans le processus de confirmation par le Sénat contribua à coup sûr à en limiter la politisation à outrance ; mais elle déboucha également sur un moralisme particulièrement odieux, lorsque les opposants à un candidat désigné, procédant souvent par des fuites vers les médias, se mirent à la chasse aux problèmes « éthiques » dans ses antécédents. Cette stratégie d'attaques personnelles atteignit un niveau sans précédent dans les processus de confirmation des juges Rehnquist en 1986 et Bork en 1987.

Une autre tendance se manifesta aussi au sujet de la nomination de Bork. Les différences philosophiques qui opposaient les candidats désignés par le Président Reagan et les libéraux du Sénat ainsi que leurs alliés étaient telles qu'il devenait difficile de masquer les véritables arguments sous couvert de critères de conduite personnelle. L'abcès creva finalement lors de la nomination de Bork, qui eut lieu dans l'année qui suivit la perte de la majorité au Sénat par les Républicains.

Cette nomination était d'une importance critique, à cause de divisions profondes qui sévissaient au sein de la Cour sur nombre de questions. Selon des critères objectifs, Bork était un des candidats désignés les mieux qualifiés depuis longtemps. Les tentatives pour le salir personnellement ayant échoué, ses ennemis furent obligés de changer de stratégie. Ils proclamèrent ouvertement qu'ils étaient à présent disposés à fonder leur vote sur des critères de « philosophie juridique », cette dernière se trouvant à présent réhabilitée comme critère légitime de confirmation sénatoriale. Par ailleurs, une énorme campagne populaire fut lancée par des groupes de pression libéraux qui s'opposaient à la désignation de Bork. Ces nouvelles tactiques prirent au dépourvu une administration qui ne riposta que de façon incertaine. La campagne des groupes de pression adressa ouvertement des avertissements politiques aux sénateurs ; ainsi on fit savoir à ses partisans qu'ils feraient face à l'opposition

de l'électorat lors des prochaines élections. Ainsi les prises de position officielles des sénateurs en matière de philosophie juridique étaient sous-tendues par des inquiétudes d'ordre politique beaucoup plus concrètes.

La nomination de Bork se prêtait particulièrement à un débat de philosophie juridique. Professeur de droit, profondément érudit, il n'avait pas craint au fil des années d'exprimer ses opinions et se trouvait en première ligne dans la formulation des idées qui sous-tendaient l'attaque du Président Reagan contre la Cour. En somme, Bork avait derrière lui une « traînée d'articles ». De plus ses joutes incessantes avec les professeurs de droit de l'« *establishment* » libéral prêtaient le flanc au genre d'attaques qui sont précisément la spécialité des universitaires. Un à un, les professeurs de droit du pays tout entier comparurent devant le Comité judiciaire du Sénat (à la télévision) pour s'opposer à sa désignation, que le Sénat finit par rejeter par un vote largement politique de 58 voix contre 42.

La défaite de Bork priva la Cour des services de l'un des meilleurs esprits juridiques des Etats-Unis. A quoi les sénateurs démocrates répondirent qu'ils n'avaient fait qu'exercer leur prérogative constitutionnelle contre la volonté ouvertement affichée d'un Président désireux de modifier l'orientation de la Cour contre le gré du Sénat et du pays tout entier. Cette défaite permit aux Libéraux de marquer un point en obligeant à l'avenir les candidats désignés de prétendre au moins être favorables au droit constitutionnel et au respect de la vie privée. Mais le Sénat n'était pas disposé à continuer de rejeter des candidats qualifiés au profil plus discret. En fin de compte, il confirma la nomination de Anthony M. Kennedy, juge aux options nettement conservatrices, mais qui avait consacré le meilleur de sa carrière au parquet à des questions techniques et ne s'était guère engagé dans des débats ouvertement théoriques à la Robert Bork.

Nombreux sont ceux qui craignent que le prolongement politique de l'échec de la nomination de Bork ne soit la mise à l'écart de candidats de grande qualité qui se sont ouvertement engagés dans les grandes questions de l'heure. Bork lui-même écrivit que « le choix de candidats à la désignation risque de rétrécir et de changer de composition... La tendance sera alors à la désignation et la confirmation d'individus dont le comportement juridique, une fois en fonction, ne saurait être prévue, ne fût-ce qu'approximativement, soit par le Président soit par le Sénat »¹. Le Président

1. Robert Bork, *The Tempting of America*, New York, Basic Books, 1990, p. 347.

Bush semble avoir tenu compte du précédent de l'affaire Bork lors de sa première désignation à la Cour suprême. Il nomma le juge David Souter, juriste de peu de renom qui avait réussi de manière tout à fait remarquable à éviter de se prononcer sur tout sujet controversé.

Quelles conclusions tirer de l'état actuel de la procédure de nomination à la Cour suprême ? Tout d'abord, le processus s'est plus ouvertement « politisé » dans sa phase de confirmation par le Sénat. En un sens, ce changement marque un retour à la question de la philosophie juridique du candidat désigné après une longue période de discussions peu sincères portant sur sa personnalité (qui continuent du reste de plus belle). Mais la mise au grand jour de la question de fond a aussi donné le coup d'envoi à l'entrée dans le débat de considérations politiques très étriquées. Il se peut que l'hypocrisie d'antan fût à sa manière préférable à l'hypocrisie actuellement en vigueur.

La procédure ouverte, les candidats désignés comparaisant devant le Comité judiciaire du Sénat, comporte des avantages certains en matière d'éducation du public. Mais elle a aussi contribué à donner à la procédure un côté « relations publiques » que d'aucuns, soucieux de la dignité de la procédure, trouveront dérangeant. Les séances officielles ne sont pas toujours édifiantes. Les sénateurs tentent par mille moyens d'acculer les candidats à se prononcer sur des cas particuliers éventuels auxquels il n'est pas toujours aisé de répondre. Comme le disait le Président Lincoln il y a plus d'un siècle : « Nous ne pouvons demander à un homme ce qu'il fera, et si nous le faisons et qu'il nous répondait, nous devrions le mépriser en conséquence. »¹

En second lieu, il se peut que certaines des conditions qui ont provoqué cette plus grande politisation, du moins dans ses modalités extrêmes, ne soient que passagères. Elles survinrent à la faveur d'une conjoncture qui vit la remise en question de l'orientation fondamentale de la Cour, tandis que la Présidence et le Sénat se retrouvaient entre les mains de partis politiques opposés. Cette situation, qui a donné des candidats « prudents » (mais non pour autant médiocres) pourrait n'être que temporaire. Les changements durables pourraient être moins nombreux que ne laissent entendre les prédictions de ceux qui se sont trouvés au cœur de la mêlée lors des batailles récentes.

1. Freund, *op. cit.*, p. 1162.

Enfin, malgré le rejet de Robert Bork, l'orientation de la Cour a subi de nettes modifications. A coup sûr, le Sénat peut réussir à bloquer certaines désignations comme à remettre une décision au-delà des élections, mais il n'a pas poussé cette attitude jusqu'à l'adoption d'une position d'opposition systématique — position que le pays ne tolérerait du reste pas. Le Président garde l'initiative, et la patience et le bon sens aidant, il l'emportera invariablement.

RÉSUMÉ. — *Cet article analyse le processus de sélection des juges à la Cour suprême aux Etats-Unis ; processus qui a toujours comporté des considérations politiques au sens large du terme, mais qui s'est nettement politisé au cours des dix dernières années et surtout lors des âpres luttes au sujet de l'élection du juge Robert Bork en 1987. Le Président Reagan et le Président Bush réussirent néanmoins à modifier l'orientation fondamentale de la Cour, et il est possible que certaines caractéristiques récentes du processus deviennent caduques.*