



Confluence des droits_La revue

Revue de l'UMR DICE 7318 Droits International, Comparé et Européen

05 | 2022

La présidence Trump et la Cour suprême : les nominations judiciaires comme causes et conséquences des (dés)équilibres politiques américains ?

Audrey Bachert-Peretti

Édition électronique

URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1907>

ISSN : 2681-8302

Éditeur

Confluence des droits_La revue

UMR Droits International, Comparé et Européen (DICE)

Espace René Cassin

3, avenue Robert Schuman

13628 Aix-en-Provence

France

contact@confluencedesdroits-larevue.com

Référence électronique

Audrey Bachert-Peretti, « La présidence Trump et la Cour suprême : les nominations judiciaires comme causes et conséquences des (dés)équilibres politiques américains ? », *Confluence des droits_La revue* [En ligne], 05 | 2022, mis en ligne le 15 mai 2022. URL : <https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1907>

La présidence Trump et la Cour suprême : les nominations judiciaires comme causes et conséquences des (dés)équilibres politiques américains

Audrey Bachert-Peretti

Maître de conférences en droit public, Université de Lorraine

IRENEE – UR 7303 F-57000 Metz, France

Résumé

Le présent article revient sur les nominations judiciaires effectuées par D. Trump, lesquelles ont permis la mise en place d'une Cour suprême à la « supermajorité conservatrice » et ont dès lors suscité de nombreuses réflexions chez les commentateurs de la vie politique et judiciaire américaine, tant en ce qui concerne les failles du processus de nomination que les conséquences de la nouvelle composition de la Cour. Si la rédaction a été terminée en janvier 2022, alors que le juge Breyer n'avait pas encore démissionné, les grandes lignes de l'analyse n'en sont pas pour autant fondamentalement transformées.

La physionomie actuelle de la Cour apparaît comme la face la plus visible d'un phénomène plus large de montée en puissance d'un mouvement conservateur dans le champ politique et juridique à l'œuvre depuis la présidence Reagan, et plus largement de l'hyperpolarisation partisane que connaissent les États-Unis. Il convient toutefois de ne pas négliger le fait qu'un bilan définitif de ces évolutions nécessitera d'inscrire ces dernières dans le temps long et de prendre en compte celles qui sont encore à venir.

Faut-il sauver la Cour suprême ? Pour une grande partie des commentateurs américains – principalement des libéraux –, tel serait bien le cas depuis que la présidence Trump a pu opérer une transformation profonde de la composition de la plus haute juridiction du pays et partant de son orientation idéologique¹. Si la critique de la légitimité démocratique de la Cour agite la doctrine depuis longtemps², les débats ont pris une tournure particulière depuis le mandat du quarante-cinquième président des États-Unis qui fut en mesure de désigner trois membres de la Cour en quatre ans : Neil Gorsuch en 2017, Brett Kavanaugh en 2018 et Amy Coney Barrett en 2020³. Ainsi qu'a pu le noter le Professeur Fassassi, il s'agit certainement de l'« un des plus grands succès de la présidence, qui lui a permis de bénéficier du soutien d'une partie de l'électorat républicain, qui bien que désapprouvant ses excès, se retrouvait dans le peuplement des cours par des juges conservateurs »⁴. Plus d'un quart des soutiens du président auraient en effet voté pour lui en raison de sa promesse de campagne de nommer

¹ S. Vladeck, « Why Many of the Supreme Court's Critics Are Trying to Save the Court From Itself », *Slate*, 4 octobre 2021.

² Voir I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis : étude critique de l'argument contre majoritaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2017, 767 p.

³ Pour la liste des nominations présidentielles des membres de la Cour désignés depuis 1789, voir <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>.

⁴ I. Fassassi, « Chronique Droit constitutionnel étranger – États-Unis », *RFDC*, 2021/4, n° 128, p. 166.

de tels juges⁵ et le président lui-même a pu reconnaître, en juillet 2019, *via* son moyen de communication préféré en 140 caractères : « *I have long heard that the appointment of Supreme Court Justices is a President's most important decision. SO TRUE!* ».

Donald Trump a ainsi pu offrir à la Cour suprême une « supermajorité » conservatrice⁶, alors qu'elle était pourtant déjà considérée comme l'une des plus conservatrices de l'histoire avant même ces nominations⁷. Il convient ici de préciser que les labels de « conservateur », « libéral » ou « progressiste » ne doivent pas être compris comme admettant que les juges ne sont que des « acteurs politiques en robes »⁸ et qu'ils disposent d'un pouvoir absolu et sans contrainte (*naked political power*)⁹. En revanche, il est indéniable que la texture ouverte des textes juridiques devant être appliqués leur offre une marge de manœuvre considérable et que de nombreux facteurs façonnent les interprétations juridictionnelles¹⁰. Dès lors, certaines visions du monde, conservatrice, libérale ou progressiste, influencent les significations retenues des normes juridiques, et tout particulièrement des normes constitutionnelles¹¹. Dans cette perspective, la nouvelle composition de la Cour peut apparaître comme l'aboutissement de la montée en puissance des thèses conservatrices, à l'œuvre depuis l'ère Reagan¹². Toutefois, en renforçant si fortement l'aile droite de la Cour, la présidence Trump n'aurait pas seulement fait évoluer les équilibres idéologiques de la juridiction, il l'aurait purement et simplement transformée en une machine partisane permettant aux conservateurs d'enfin parachever par la voie juridictionnelle leurs projets politiques¹³.

Pour de nombreux auteurs, cette évolution ne pourrait alors que conduire à une perte de légitimité de la Cour¹⁴. Ainsi que le juge Sonia Sotomayor a pu le résumer lors d'une audience de la Cour le 1^{er}

⁵ J. Coaston, « Polling Data Shows Republicans Turned Out for Trump in 2016 Because of the Supreme Court », *Vox*, 29 juin 2018 ; P. Bump, « A Quarter of Republicans Voted for Trump to Get Supreme Court Picks and It Paid Off », *The Washington Post*, 26 juin 2018.

⁶ P. Butler, « The Rightwing Takeover of the US Court System Will Transform America », *The Guardian*, 12 décembre 2017 ; A. Chang, « Brett Kavanaugh and the Supreme Court Drastic Shift to the Right – Cartoonsplained », *Vox*, 14 décembre 2018 ; E. Bazelon, « It's Amy Coney Barrett Supreme Court Now », *The New York Times*, 29 octobre 2021.

⁷ A. Liptak, « Court Under Roberts Is Most Conservative in Decades », *Sup. Ct. Rev.*, 2012, p. 48.

⁸ C. Sheldon, *Supreme Court: Politicians in Robes*, Glencoe Press, 1974, 138 p.

⁹ R. Posner, « The Supreme Court, 2004 Term – Foreword: A Political Court », *Harv. L. Rev.*, 2005, vol. 119, p. 209.

¹⁰ M. Tushnet, *In the Balance: Law and Politics in the Roberts Court*, Norton & Co., 2013, 352 p. ; L. Wrightsman, *The Psychology of the Supreme Court*, Oxford University Press, 2006, 336 p. ; B. Fischman et T. Jacobi, « The Second Dimension of the Supreme Court », *Wm & Mary L. Rev.*, 2016, vol. 57, p. 1671.

¹¹ T. Clark, « Measuring Ideological Polarization on the United States Supreme Court », *Pol. Research Q.*, 2009, vol. 62, p. 146 ; T. Keck, *Judicial Politics in Polarized Times*, University of Chicago Press, 2014, 374 p. ; D. Gooch, « Ideological Polarization on the Supreme Court : Trends in the Court's Institutional Environment and Across Regimes, 1937-2008 », *Am. Pol. Research*, 2015, vol. 43, p. 999.

¹² C. Rodriguez, « The Supreme Court, 2020 Term – Foreword: Regime Change », *Harv. L. Rev.*, 2021, vol. 135, p. 131 ; J. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford University Press, 2020, 256 p.

¹³ L. Epstein et E. Posner, « If the Supreme Court Is Nakedly Political, Can It Be Just? », *The New York Times*, 9 juillet 2018 ; pour une lecture plus nuancée de la situation, voir N. Devins et L. Baum, « Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court », *Sup. Ct. Rev.*, 2016, p. 301 ; N. Devins et L. Baum, *The Company They Keep : How Partisan Division Came to the Supreme Court*, Oxford University Press, 2019, 272 p.

¹⁴ I. Millhiser, « Kagan Warns That the Supreme Court's Legitimacy Is In Danger », *Think Progress*, 17 septembre 2018 ; A. Thompson-DeVeaux et O. Roederer, « Is the Supreme Court Facing a Legitimacy Crisis », *FiveThirtyEight*, 1 octobre 2018 ; M. Tomasky, « The Supreme Court's Legitimacy Crisis », *The New York Times*, 5 octobre 2018 ; E. Chemerinsky, « With Kavanaugh Confirmation Battle, The Supreme Court's Legitimacy Is in Question », *Sacramento Bee*, 5 octobre 2018 ; Z.

décembre 2021 : « Cette institution survivra-t-elle à l'infection que crée au sein de l'opinion publique le sentiment que l'interprétation de la Constitution n'est qu'un acte politique ? Si les gens croient que tout n'est que politique, comment pourrions-nous survivre ? Comment la Cour pourra-t-elle survivre ? »¹⁵. Ces propos font écho à ceux d'Alexis de Tocqueville qui rappelait dans *De la démocratie en Amérique* que « le pouvoir (des juges) est immense ; mais c'est un pouvoir d'opinion. Ils sont tout-puissants tant que le peuple consent à obéir à la loi, ils ne peuvent rien dès qu'il la méprise »¹⁶. De la même manière, le juge Felix Frankfurter, reprenant la formule des *Federalists Papers*¹⁷, soulignait en 1962 que la Cour « ne possède ni la bourse, ni l'épée » et ne peut donc fonder son autorité que sur la confiance du public¹⁸. Dans cette perspective, la protection de ce que le Professeur Richard Fallon appelle la légitimité sociologique¹⁹ apparaît comme indispensable. Cette dernière est pourtant aujourd'hui considérée comme fortement mise en danger par une Cour perçue comme ayant été capturée par les conservateurs. À l'heure actuelle, la confiance des Américains dans leur juridiction suprême apparaît déclinante²⁰, même si elle reste relativement élevée, ce qui ne doit pas être occulté dans le contexte de défiance généralisée qui existe vis-à-vis des institutions fédérales²¹. Si les facteurs conditionnant la confiance du public dans la Cour sont complexes à identifier et à analyser²², il apparaît indéniable que son image ne pourrait qu'être endommagée si elle venait à être perçue comme une institution totalement politisée, affiliée à un parti politique, se contentant de valider les décisions adoptées par les autorités issues du parti des présidents ayant désigné une majorité de ses membres et invalidant toutes les autres²³. Le comportement des juges de la Cour dans les mois et les années à venir sera ainsi déterminant. Pour autant, il est possible, dès à présent, de s'interroger sur la pertinence des raisons mises en avant pour expliquer l'existence d'une potentielle crise de légitimité, lesquelles concernent tant les conditions dans lesquelles la composition de la Cour a été renouvelée (I) que les

Beauchamp, « The Supreme Court's Legitimacy Crisis Is Here », *Vox*, 6 octobre 2018 ; P. Hasson, « Democrats Attack Supreme Court's Legitimacy after Kavanaugh Confirmation », *Daily Caller*, 6 octobre 2018 ; J. Wise, « Holder : Supreme Court's Legitimacy Can Be Questioned After Kavanaugh Confirmation », *The Hill*, 8 octobre 2018 ; B. Ackerman, « Trust in the Justices of the Supreme Court is Waning », *Los Angeles Times*, 20 décembre 2018 ; T. Grove, « The Supreme Court's Legitimacy Dilemma », *Harv. L. Rev.*, 2019, vol. 132, p. 2240.

¹⁵ *Dodd v. Jackson Women's Health Organization*, n° 19-1392, Oral Argument, 1^{er} décembre 2021, p. 15: « Will this institution survive the stench that this creates in the public perception that the Constitution and its reading are just political acts ? (...) If people actually believe that it's all political, how will we survive ? How will the Court survive ? ».

¹⁶ A. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre, 1848, p. 243.

¹⁷ A. Hamilton « Letter 78 » in A. Hamilton, J. Madison, J. Jay et C. Rossiter (éd.), *The Federalist Papers*, New American Library, 1961, p. 465.

¹⁸ *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962) p. 267: « The Court's authority, possessed of neither the purse, nor the sword, ultimately rests on sustained public confidence in its moral sanction ».

¹⁹ R. Fallon, *Law and Legitimacy*, Harvard University Press, 2018, 221 p.

²⁰ J. Jones, « [Approval of US Supreme Court Down to 40%, A New Low](#) », Gallup, 23 septembre 2021.

²¹ M. Brenan, « [Confidence in Institutions](#) », Gallup, 14 juillet 2021 ; Pew Research Center, « [The Public, The Political System and American Democracy](#) », avril 2018, p. 20-21 ; Pew Research Center, « [Partisan Gap Widens in Views of the Supreme Court](#) », *Polling the Nations*, 7 août 2019.

²² M. Nelson et J. Gibson, « United States Supreme Court Legitimacy: Unanswered Questions and An Agenda for Future Research » in R. Howard and K. Randazzo, *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, 2017, p. 132.

²³ J. Gibson et M. Nelson, « The Legitimacy of the US Supreme Court: Conventional Wisdoms and Recent Challenges Thereo », *Ann. Rev. L. & Soc. Sci.*, 2014, vol. 10, p. 201.

premières sessions judiciaires qui témoignent du renforcement de l'orientation conservatrice de la Cour (II).

I. Une Cour à la composition renouvelée

Si les trois nominations à la Cour suprême ont focalisé l'attention des commentateurs, y compris de ce côté-ci de l'Atlantique, il convient de ne pas occulter le fait que l'impact de la présidence Trump sur la physionomie du pouvoir judiciaire est en réalité bien plus profond. En effet, ce sont plus de 200 autres juges fédéraux qui ont été nommés par Donald Trump durant sa présidence, représentant près d'un tiers des membres du pouvoir judiciaire fédéral²⁴. En ce sens, si les nominations à la Cour suprême cristallisent des enjeux majeurs et présentent une visibilité particulière, l'influence du président sur la branche judiciaire apparaît encore plus significative lorsqu'on prend en compte la totalité de cette politique volontariste de renouvellement du personnel juridictionnel. La transformation de la composition de la Cour apparaît ainsi comme le symptôme le plus visible d'une entreprise plus générale de transformation profonde de la physionomie de la branche judiciaire par la désignation de nombreux juges conservateurs.

Ces nominations sont loin d'être le résultat de la seule volonté de celui qui promettait de *Make America Great Again*. Certes, il faut reconnaître à ce dernier le flair politique qui lui a fait comprendre qu'il s'agissait là d'un enjeu majeur pour la droite américaine, à laquelle il promet « *great judges, conservatives, all picked by the Federalist Society* » et offrit en gage, la publication, inédite pour un candidat à la présidentielle, d'une liste de noms, préparée par ce *think tank* conservateur, dans laquelle il pourrait puiser pour pourvoir les postes juridictionnels vacants en cas de victoire à l'élection présidentielle²⁵. Il ne s'agit toutefois là que de la concrétisation la plus visible d'un mouvement de fond extrêmement puissant qui s'est organisé depuis les années 1970 et visant à transformer la branche judiciaire afin d'en faire le fer de lance d'une vision du monde conservatrice, soupçonneuse de l'intervention publique et chérissant les libertés individuelles les plus classiques²⁶.

Son point de départ est le mémorandum rédigé en 1971 par celui qui était encore *attorney* à la Chambre de commerce et qui allait ensuite devenir *Justice* Lewis Powell²⁷, dans lequel il était souligné que le système économique américain était attaqué, que la Chambre et les entreprises devaient s'engager plus fermement dans les orientations politiques du pays et que les juridictions représentaient la cible adéquate de ce nouvel engagement car elles constituent l'instrument le plus puissant pour les changements sociaux, économiques et politiques²⁸. On a depuis lors assisté à une montée en puissance de ce *conservative legal movement*²⁹ aux sensibilités variables sur le sens de la Constitution, le rôle des

²⁴ J. Gramlich, « [How Trump Compares With Other Recent Presidents in Appointing Federal Judges](#) », Pew Research Center, 13 janvier 2021.

²⁵ J. Toobin, « The Conservative Pipeline to the Supreme Court », *The New Yorker*, 10 avril 2017 ; D. Matthews et B. Pinkerton, « The Incredible Influence of the Federalist Society Explained – Interview with A. Hollis-Brusky », *Vox*, 3 juin 2019.

²⁶ D. Montgomery, « Conquerors of the Courts », *The Washington Post*, 2 janvier 2019.

²⁷ Memorandum from Lewis Powell to Eugene Sydnor, Chairman, US Chamber of Commerce, « Attack on American Free Enterprise » 23 août 1971, 34 p.

²⁸ *Ibid.*, p. 11-12, 25-26.

²⁹ S. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement*, Princeton University Press, 2010, 260 p. ; A. Hollis-Brusky, *Ideas With Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, Oxford University Press, 2015, 264 p.:

juridictions et les valeurs substantielles à prioriser mais qui se caractérise néanmoins par son opposition générale au consensus politique caractéristique de la période allant du *New Deal* de Franklin Roosevelt au projet de Lyndon Johnson de *Great Society*³⁰. Ce dernier reconnaissait la nécessité de l'intervention publique et de l'État administratif, reposait sur des compromis transpartisans et favorisait les politiques d'égalité raciale et de protection sociale³¹. Les nombreuses nominations de Donald Trump apparaissent ainsi comme la concrétisation de la volonté transformatrice d'un très puissant réseau conservateur qui a commencé à se déployer à partir des années Reagan dans la sphère juridique et politique.

Si l'effet de la présidence Trump ne peut donc être négligé, rien n'aurait été possible sans le *leader* de la majorité républicaine au Sénat Mitch McConnell qui apparaît comme l'un des véritables artisans de la politique de peuplement des cours³². Ayant pu affirmer lors du gala annuel de la *Federalist Society* en 2018 que « la chose la plus importante que nous puissions faire pour avoir un impact durable, c'est de confirmer et de transformer le pouvoir judiciaire, et nous continuerons de le faire aussi longtemps que nous le pourrons »³³, il aura effectivement tenu cette promesse. Les juges fédéraux nommés par Donald Trump ont d'ailleurs été confirmés par la majorité sénatoriale jusque dans les derniers jours de décembre 2020, juste avant que la session congressionnelle n'expire le 3 janvier 2021.

À l'inverse, certains ont pu dénoncer le fait que les nominations judiciaires ne soient jamais apparues comme une priorité sous la présidence Obama³⁴ et que les occasions de nommer des membres de la Cour suprême n'aient pas été favorisées. Plusieurs voix s'étaient en effet élevées pour demander la démission de Ruth Bader Ginsburg pendant la présidence Obama afin de permettre à ce dernier de nommer durablement un juge libéral³⁵. Celle qui est devenue une véritable icône avait toutefois refusé de céder à ses pressions³⁶. Aujourd'hui, d'aucuns formulent la même demande au juge Stephen Breyer, qui offre pour l'instant en réponse la même position que son ancienne consœur³⁷. Dans cette perspective, la nouvelle composition de la juridiction suprême apparaît durable. Disposant d'un mandat à vie, les trois nouveaux juges sont plutôt jeunes – Neil Gorsuch n'a ainsi que 53 ans, Brett Kavanaugh 56 et Amy Coney Barret 49 – ce qui leur offre des décennies pour imprimer leur marque sur la jurisprudence de la Cour.

A. Hollis-Brisky et J. Wilson, *Separate but Faithfull: The Christian Right's Radical Struggle to Transform Law and Legal Culture*, Oxford University Press, 2020, 204 p.

³⁰ J. Hacker et P. Pierson, *Winner-Take-All Politics: How Washington Made the Rich Richer – and Turned Its Back on the Middle Class*, Simon & Schuster, 2011, p. 118-120, 219-220.

³¹ J. Patterson, *Grand Expectations*, Oxford University Press, 1996, 829 p.

³² J. Toobin, « Why Mitch McConnell Outmaneuvers Democrats at Filling the Supreme Court », *The New Yorker*, 1 juin 2019.

³³ « The closest thing we can do to have a permanent impact is to confirm judges and transform the judiciary. And we are going to keep on doing it for as long as we can », propos salué d'une *standing ovation* de l'auditoire de la *Federalist Society*, ainsi que le rapporte B. Ledewitz, « Saving Judicial Independence from the Nihilism of Court-Packing », *Elon L. Rev.*, 2020, vol. 12, p. 317.

³⁴ C. Savage, « Obama Lags on Judicial Picks, Limiting his Mark on Courts », *The New York Times*, 17 août 2012.

³⁵ E. Chemerinsky, « Much Depends on Ginsburg », *Los Angeles Time*, 14 mars 2014.

³⁶ J. Weisberg, « Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg: I'm Not Going Anywhere », *Elle*, octobre 2014.

³⁷ K. Calamur et N. Totenberg, « Progressives Want Justice Stephen Breyer To Retire. His Response? Not Yet », *NPR*, 9 septembre 2021.

Au-delà de ces raisons qui ont limité la capacité des démocrates à désigner des juges fédéraux, il convient de noter que sur les deux dernières années du mandat de Barack Obama, Mitch McConnell, déjà *leader* de la majorité, a fait en sorte que les parlementaires de son parti bloquent au maximum les velléités de nomination présidentielles : le nombre de juges fédéraux confirmés durant cette période a été le plus faible au regard de la pratique des cinquante dernières années³⁸. La fermeté de la majorité républicaine a trouvé son paroxysme dans le refus d'auditionner le juge Merrick Garland qui avait été choisi par Barack Obama pour remplacer le juge Antonin Scalia après le décès de ce dernier le 13 février 2016. Arguant qu'il revenait au peuple américain de se prononcer sur le choix du nouveau membre de la Cour suprême³⁹, à travers les élections présidentielles à venir en novembre de la même année, le sénateur du Kentucky et sa majorité ont présenté une fin de non-recevoir aux demandes de confirmation du juge Garland, sans que l'argument ne les empêche, quatre ans plus tard, après le décès de Ruth Bader Ginsburg le 18 septembre 2020, d'auditionner et de confirmer Amy Coney Barrett en quelques semaines et à moins d'un mois du vote populaire devant conduire à la désignation du futur chef de l'État américain. Ces deux nominations resteront durablement perçues par les démocrates comme un « vol »⁴⁰, permis par l'usage de tactiques parlementaires déloyales, notamment la suppression du *filibuster* en 2017 pour faire échec à l'obstruction démocrate contre la nomination de Neil Gorsuch⁴¹. Si les démocrates s'en sont offusqués, il convient toutefois de souligner que lorsqu'ils étaient majoritaires en 2013, ils n'avaient pas hésité à faire de même pour la confirmation des juges fédéraux autres que ceux devant siéger à la Cour suprême⁴².

Outre ces controverses, Brett Kavanaugh fut également confirmé à travers un processus qui n'a pas manqué de soulever des interrogations : les républicains auraient dissimulé des informations sur son emploi antérieur à la Maison Blanche pendant la présidence de Georges W. Bush, ils n'auraient pas adéquatement enquêté sur les allégations d'agression sexuelle le concernant et le candidat lui-même aurait démontré lors de ses auditions un manque de sang-froid le rendant inapte à exercer les fonctions de juge suprême⁴³. Alternativement, l'opposition a été perçue par les républicains comme n'hésitant pas à salir la réputation d'un honnête homme dans l'unique but de limiter le renforcement de la majorité conservatrice de la Cour. Un sénateur du *Great Old Party* a ainsi affirmé que le processus de confirmation s'était apparenté à une « mascarade, la plus contraire à l'éthique » qu'il ait jamais vue et que si c'étaient là les nouvelles pratiques sénatoriales, les démocrates devraient « se méfier » lorsqu'ils présenteraient leurs candidats⁴⁴.

³⁸ X. Wang, « In Defense of (Circuit) Court-Packing », *Mich. L. Rev. Online*, 2020, vol. 119, p. 32.

³⁹ M. McConnell et C. Grassley, « The American People Should Not Be Robbed of Their Say », *The Washington Post*, 19 février 2016.

⁴⁰ Ed., « The Stolen Supreme Court Seat », *The New York Times*, 24 décembre 2016.

⁴¹ M. Flegenheimer, « Senate Republicans Deploy Nuclear Option to Clear Path for Gorsuch », *The New York Times*, 6 avril 2017.

⁴² P. Kane, « Reid, Democrats Trigger Nuclear Option ; Eliminate Most Filibusters on Nominees », *The Washington Post*, 21 novembre 2013.

⁴³ « The Senate Should Not Confirm Kavanaugh », *The New York Times*, 3 octobre 2018 ; R. Barnes « Retired Justice Stevens Calls Kavanaugh's Hearing Performance Disqualifying », *The Washington Post*, 5 octobre 2018.

⁴⁴ « Senator Lindsay Graham called the confirmation process 'the most unethical sham I've ever seen in politics' and warning the Democrats that 'if it is the new norm, you'd better watch out for your nominees' », cité par N. Devins et L. Baum, *The Company They Keep*, *op. cit.*, p. xiii.

Dans cette perspective, la procédure de confirmation des juges traduit l'hyperpolarisation de la vie politique américaine et même ce que d'aucuns ont pu qualifier de tribalisation partisane du Congrès⁴⁵, éloignant encore un peu plus la tradition bipartisanne du Sénat⁴⁶. Cette situation semble favorisée par le fait que les enjeux liés aux nominations judiciaires sont extrêmement forts et qu'aussi bien les démocrates que les républicains ont un sentiment d'injustice persistant. Alors qu'il est possible de noter que durant les quarante dernières années, 14 juges ont été nommés par un président républicain quand 4 seulement l'ont été par un démocrate, ces derniers ayant ainsi le sentiment d'avoir été désavantagés, l'affiliation partisane de l'autorité de nomination n'a pas toujours permis de déterminer avec certitude l'orientation des juges. On peut penser aisément à Earl Warren nommé par Dwight Eisenhower et qui deviendra le juge en chef le plus progressiste de l'époque moderne ou encore à Anthony Kennedy nommé par Ronald Reagan et qui joua le rôle de « juge pivot » en se joignant à la majorité libérale sur de nombreuses questions de société telles que l'avortement⁴⁷ ou les droits des personnes homosexuelles⁴⁸, ce qui a donné le sentiment aux conservateurs d'avoir été floués. Chaque camp pensant que le jeu est truqué, aucun n'a véritablement envie d'en suivre les règles et tous les coups semblent désormais permis⁴⁹.

Ces trois nominations, au déroulement fortement contesté et conduisant à un basculement conservateur sans précédent de la Cour, sont également critiquées en ce qu'elles auraient permis l'entrée en fonction de ce qu'une partie de la doctrine américaine qualifie de « juges minoritaires » (*minority justice*). En effet, le président Trump a remporté l'élection de 2016 alors même qu'Hillary Clinton avait réuni trois millions de voix de plus que lui. S'il n'est pas le premier président à faire face à ce déficit de soutien populaire, il est dans la période moderne⁵⁰ le seul d'entre eux à avoir néanmoins pu effectuer des nominations judiciaires, Georges W. Bush n'ayant désigné John Roberts et Samuel Alito qu'après les élections de 2004, lors desquelles il avait obtenu une majorité des voix populaires face au candidat démocrate John Kerry. En outre, la majorité sénatoriale qui a confirmé les juges Barrett, Kavanaugh, Gorsuch et Thomas ne représente pas la majorité de la population américaine. Ce constat est effectué par certaines études qui ont cherché à calculer le pourcentage de support populaire indirect de chaque juge nommé, à partir du nombre de citoyens représentés par chaque sénateur les ayant soutenus⁵¹ : Brett Kavanaugh a ainsi été confirmé par 50 sénateurs représentant seulement 44,2 % de la population, Neil Gorsuch par 54 sénateurs n'en représentant que 44,8 % et Clarence Thomas, nommé par Georges Bush en 1991, par 52 sénateurs ne représentant que 48,8 % du peuple américain.

⁴⁵ T. Mann et N. Ornstein, *It Is Even Worse Than It Looks: How the American Constitutional System Collided in the New Politics of Extremism*, Basic Books, 2012, 272 p.

⁴⁶ R. Hasen, « End of Dialogue? Political Polarization, the Supreme Court and Congress », *South. Cal. L. Rev.*, 2013, vol. 86, p. 235; G. Koger, « The War over Judges in the Senate » in L. Dodd, B. Oppenheimer, C. Lawrence Evans, *Congress Reconsidered*, CQ Press, 12^e éd., 2021 p. 275.

⁴⁷ *Planned Parenthood of Southern California v. Casey*, 505 US 833 (1992).

⁴⁸ *Romers v. Evans*, 517 US 520 (1996) ; *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003) ; *US v. Windsor*, 570 US 744 (2013) ; *Obergefell v. Hodges*, 576 US 644 (2015).

⁴⁹ S. Sachs, « Supreme Court as a Super Weapon: A Response to Epps & Sitaraman », *Yale L. J. F.*, 2019, vol. 129, p. 93.

⁵⁰ Antérieurement, Benjamin Harrison (1889-1893) et Rutherford Hayes (1877-1881) avaient pu respectivement désigner 4 et 2 juges alors qu'ils n'avaient eux-mêmes pas réuni une majorité de voix populaire lors de leur élection.

⁵¹ K. MacMahon, « Will the Supreme Court Still Seldom Stray Very Far? : Regime Politics in a Polarized America », *Chi.-Kent L. Rev.*, 2018, vol. 93, p. 343 ; X. Wang, « Increasingly Antidemocratic ? An Empirical Examination of the Supreme Court Nomination and Confirmation Process », *Calif. L. Rev. Online*, juin 2020.

Amy Coney Barrett a, quant à elle, été confirmée par une majorité de 52 sénateurs représentant 13 millions de voix populaires de moins que la minorité opposante du Sénat⁵². Ces déficits s'expliquent par le fait que les sénateurs en faveur de ces nominations viennent d'États moins peuplés que ceux ayant refusé la confirmation. Ce constat placerait les juges Gorsuch, Kavanaugh et Barret dans une situation extraordinaire : ayant été nommés et confirmés par des autorités publiques elles-mêmes minoritaires, ils ne pourraient bénéficier de ce qui est parfois considéré comme une réponse procédurale à la critique contre-majoritaire de la Cour, laquelle souligne que si les membres de la Cour ne sont pas élus par le peuple, ils sont en revanche choisis par des autorités qui représentent une majorité de la population⁵³. Quoiqu'on pense de cet argument au soutien de la légitimité démocratique de la Cour, celui-ci ne peut fonctionner pour des juges qui sont désignés par des autorités elles-mêmes minoritaires.

Face à ce qui est ainsi perçu comme un processus de nomination désormais défailant et produisant un résultat ouvertement partisan, certains auteurs ont proposé d'adopter des réformes parfois drastiques, voire de nouveaux comportements vis-à-vis de la Cour⁵⁴. Ont ainsi été suggérés : une remise en cause du mandat à vie⁵⁵, une restriction de la compétence juridictionnelle⁵⁶, un *impeachment* des juges⁵⁷, un refus d'obéir aux décisions de la Cour⁵⁸ ou encore une extension du nombre de juges siégeant à la Cour⁵⁹, ravivant le souvenir du projet rooseveltien visant à faire plier une Cour dont la jurisprudence était jugée excessivement politisée sous l'ère Lochner⁶⁰. Cette dernière option a été si bien défendue, y compris par des candidats à l'investiture démocrate pour les présidentielles de 2020⁶¹, que le Président Biden, qui avait pourtant souligné sa méfiance vis-à-vis d'un *Court-Packing Plan*, a mis en place une commission composée de 34 constitutionnalistes de renom et de toutes sensibilités pour examiner les différentes réformes possibles⁶². La commission a rendu son rapport, long de 294 pages, au début de mois de décembre 2021, lequel se contente de mettre en avant les arguments en faveur et contre chaque

⁵² I. Millhiser, « How and Anti-democratic Constitution gave America Amy Coney Barrett », *Vox*, 26 octobre 2020.

⁵³ O. Bassok et Y. Dotan, « Solving the Countermajoritarian Difficulty », *I-CON*, 2003, vol. 11, p. 13.

⁵⁴ S. Feldman, *The New Roberts Court, Donald Trump and Our Failing Constitution*, 2017 ; M. Tushnet, *Taking Back the Constitution : Activist Judges and the Next Age of American Law*, Yale University Press, 2020, 320 p. ; D. Epps et G. Sitaraman, « How to Save the Supreme Court », *Yale L. J.*, 2019, vol. 129, p. 148 ; C. Springman, « Congress's Article III Power and the Process of Constitutional Change », *N.Y.U. L. Rev.*, 2020, vol. 95, p. 1778 ; R. Doerfler et S. Moyn, « Democratizing the Supreme Court », *Cal. L. Rev.*, 2021, vol. 109, p. 6.

⁵⁵ I. Ayres et J. Witt, « Democrats Need a Plan B for the Supreme Court. Here's One Option », *The Washington Post*, 27 juillet 2018.

⁵⁶ S. Moyn, « Resisting the Juristocracy », *Boston Review*, 5 octobre 2018.

⁵⁷ R. Krotoszynski, « The Case for Impeaching Kavanaugh », *The New York Times*, 20 septembre 2018.

⁵⁸ M. Stern, « How Liberals Could Declare War on Brett Kavanaugh's Supreme Court », *Slate*, 4 octobre 2018.

⁵⁹ D. Matthews, « Court-Packing, Democrat's Nuclear Option for the Supreme Court, Explained », *Vox*, 5 octobre 2018 ; M. Klarman, « Democrats Should Pack the Supreme Court », *Take Care*, 15 octobre 2018 ; M. Scherer, « Court-Packing Ideas Get Attention from Democrats », *The Washington Post*, 11 mars 2019 ; J. Carney et R. Frazin, « Court-Packing Becomes New Litmus Test on Left », *The Hill*, 19 mars 2019 ; D. Graham, « The Democrats Discover the Supreme Court », *Atlantico*, 4 juin 2019 ; K. Roosevelt III, « I Spent Seven Months Studying the Supreme Court Reform. We need to Pack the Court Now », *Time*, 10 décembre 2021.

⁶⁰ J. Shesol, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. The Supreme Court*, 2010

⁶¹ B. Everett et M. Levine, « 2020 Dems Warm To Expanding Supreme Court », *Politico*, 18 mars 2019.

⁶² Executive order n° 14023, 8 avril 2021, on the Establishment of the Presidential Commission on the Supreme Court of the United States.

option sans aucune recommandation précise⁶³. S'il conviendra de voir quelles seront les suites données à ce rapport par la Maison Blanche, il est possible de souligner que son occupant a d'ores et déjà conscience de l'opportunité qui est la sienne de défaire, au moins en partie, ce qui a été fait par son prédécesseur au regard du nombre de nominations judiciaires à venir. Il a ainsi déjà pu nommer neuf juges fédéraux lors des deux cents premiers jours de son mandat, le double de ce qu'avaient pu faire tous ses prédécesseurs⁶⁴. Dans cette perspective et au regard de la volatilité du paysage politique américain, le projet conservateur de peuplement des cours pourrait devenir une course effrénée entre les deux principaux partis, dont l'opposition idéologique ne cesse de croître, pour, tour à tour, tenter de faire prévaloir leur vision du monde chez le personnel judiciaire fédéral. Toutefois, en l'absence de réformes de la Cour suprême, c'est bien une juridiction à l'orientation conservatrice indéniable qui est désormais installée dans le paysage institutionnel américain.

II. Une Cour à l'orientation conservatrice confirmée

Une analyse des sessions 2019-2020 et 2020-2021 en ce qui concerne la jurisprudence et les équilibres de la Cour permet de souligner que leur évaluation mérite d'être nuancée. En premier lieu, de très nombreuses décisions ont été rendues à l'unanimité : 19 sur les 53 rendues lors de la session 2019-2020 ; 29 sur les 67 de la session 2020-2021⁶⁵. La présence de décisions unanimes constitue une tendance persistante de la Cour⁶⁶, ces dernières représentant en moyenne 46 % des décisions annuelles depuis la session 2010-2011 et le juge en chef Roberts, ardent défenseur des décisions les plus consensuelles possibles, n'étant pas étranger à cette dynamique générale⁶⁷. En second lieu, une majorité des décisions rendues par la Cour sur ces deux sessions ne traduit pas une opposition ferme entre les juges libéraux et ceux conservateurs. Ainsi, 43 des 53 décisions rendues en 2019-2020 l'ont été avec une majorité d'au moins six voix alors qu'il n'y avait encore que cinq juges conservateurs face à quatre libéraux⁶⁸ ; 43 des 67 décisions rendues en 2020-2021 l'ont été avec une majorité d'au moins sept voix quand on sait que la désignation d'Amy Coney Barret a donné à la Cour une sixième voix conservatrice. La possibilité pour les juges de la Cour de dépasser leur assignation partisane est donc bien réelle, confirmant leur indépendance. Cela ne saurait être occulté dans une critique exagérée de la Cour qui considérerait que la juridiction a été transformée en un mini-congrès « tribalisé ». Plus largement, plusieurs décisions rendues par la Cour depuis 2017 peuvent être considérées comme des victoires pour les libéraux⁶⁹. Ainsi et à titre d'illustration, la Cour a rejeté une nouvelle contestation

⁶³ Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, *Draft Final Report*, décembre 2021.

⁶⁴ R. Wheeler, « Can Biden Rebalance The Judiciary? » *Brookings*, 18 mars 2021; R. Wheeler, « Biden is Appointing Judges Faster Than Trump and Most Everyone Else – For Now » *Brookings*, 2 septembre 2021.

⁶⁵ L'ensemble des chiffres ci-après sont issus des analyses proposées par le SCOTUS Blog, et notamment leurs deux derniers rapports annuels disponibles en ligne : « [Final Stat Pack for October Term 2019](#) », juillet 2020 ; « [Final Stat Pack for October Term 2020](#) », juillet 2021.

⁶⁶ P. Corley, A. Steigerwalt et A. Ward, *The Puzzle of Unanimity: Consensus on the United States Supreme Court*, Stanford Law Books, 2013, 216 p. ; C. Sunstein, « Unanimity and Disagreement on the Supreme Court », *Cornell L. Rev.*, 2015, vol. 100, p. 769.

⁶⁷ I. Shapiro, « The Roberts Court », *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2019-2020, p. ix.

⁶⁸ SCOTUS Blog, « [Final Stat Pack for October Term 2019](#) », juillet 2020.

⁶⁹ K. Robinson, « SCOTUS by the Number: Liberals Score in More Close Cases », *Bloomberg L.*, 28 juin 2019.

de la constitutionnalité de l'*Obamacare*⁷⁰, elle a reconnu que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe englobait l'interdiction des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle⁷¹ et elle a contraint l'administration à améliorer l'information des étrangers faisant face à une procédure d'expulsion⁷². De la même manière, les contestations juridictionnelles des élections présidentielles devant la Cour suprême comme devant les autres juridictions ont très largement donné tort aux soutiens du président⁷³. Enfin, plusieurs décisions ont permis de contrôler et de censurer des décisions de l'Administration Trump⁷⁴. Parmi elles, deux censures ont été particulièrement mises en relief par les commentateurs en raison des décisions concernées, symptomatiques des orientations de la présidence de Donald Trump : l'abrogation du programme *Deferred Actions for Childhood Arrivals* (DACA) mis en place par son prédécesseur et permettant d'éviter d'expulser certains étrangers arrivés aux États-Unis sans autorisation⁷⁵ ; l'inclusion dans le recensement de 2020 d'une question sur la citoyenneté⁷⁶. Ces deux censures ont été très largement analysées par la doctrine qui a souligné qu'elles témoignaient, d'une part, de la volonté de la Cour de ne pas laisser l'Administration Trump échapper à toute forme de contrôle⁷⁷ et, d'autre part, de sa capacité à dépasser ses clivages idéologiques, le juge en chef ayant rédigé les deux décisions. Ce contrôle renforcé a toutefois également pu être évalué comme la traduction d'une « hyper-procéduralisation » du droit administratif par la Cour, ce qui conduit en réalité à renforcer les pouvoirs de contrôle des juges, y compris sur des décisions relevant pourtant des compétences discrétionnaires de l'exécutif⁷⁸. Ainsi, l'accent mis sur le renforcement de la nécessité de justifier les décisions publiques, s'il peut témoigner d'une volonté de garantir le respect de l'État de droit, ne manque pas non plus d'accroître l'emprise juridictionnelle sur les processus décisionnels⁷⁹. En retour, cela favorise l'instrumentalisation politique des litiges par les opposants aux décisions publiques, lesquels pourront espérer obtenir des juges ce qu'ils auront échoué à imposer dans l'arène politique. Si le phénomène n'est pas nouveau, il a connu un développement sans précédent ces dernières années⁸⁰ et l'évolution de la jurisprudence de la Cour ne peut que l'encourager. Cette opportunité a d'ailleurs été bien comprise par les gouvernements étatiques opposés aux orientations de l'Administration Biden, lesquels utilisent de manière croissante la voie juridictionnelle pour tenter

⁷⁰ *California v. Texas*, 141 S. Ct. 2104 (2021).

⁷¹ *Bostock v. Clayton County*, 140 S. Ct. 1731 (2020).

⁷² *Niz-Chavez v. Garland*, 141 S. Ct., 1474 (2021).

⁷³ J. Kruzell, « Supreme Court Rejects Final Trump Bid to Nullify 2020 Election Results », *The Hill*, 8 mars 2021; R. Wheeler, « Trump's Judicial Campaign to Upend the 2020 Election: A Failure, Not a Wipe-Out », *Brookings*, 30 novembre 2021.

⁷⁴ N. Katyal et J. Geltzer, « Why Trump Keeps Losing at the Supreme Court », *The Atlantic*, 20 juin 2020; [« Round up: Trump Era Agency Policy in the Court »](#), Institute for Policy Integrity, New York School of Law, 2 avril 2021.

⁷⁵ *DHS v. Regents of the University of California*, 140 S. Ct. 1891 (2021).

⁷⁶ *Department of Commerce v. New York*, 139 S. Ct. 2551 (2019).

⁷⁷ D. Driesen, « Judicial Review of Executive Order's Rationality », *B.U. L. Rev.*, 2018, vol. 98, p. 1013; E. Morgan et M. Barsa, « Presidential Administration, The Appearance of Corruption and the Rule of Law: Can Court Rein In Unlawful Executive Ordres ? », *Marq. L. Rev.*, 2020, vol. 104, p. 285; B. Eidelson, « Reasoned Explanation and Political Accountability in the Roberts Court », *Yale L. J.*, vol. 130, 2021, p. 1748.

⁷⁸ C. Rodriguez, « Foreword », art. cit., p. 106.

⁷⁹ M. Soloni, « A Fuller Picture of Internal Morality », *Yale J. on Regu. – Notice and Comment*, 14 avril 2021.

⁸⁰ M. Earley, « Special Solicitude: The Growing Power of State Attorney General », *U. Rich. L. Rev.*, 2018, vol. 52, p. 561; J. Bulman-Pozen, « Federalism All The Way Up: State Standing and the New Process Federalism », *Cal. L. Rev.*, 2017, vol. 105, p. 1739.

de faire échouer les politiques publiques portées par le pouvoir fédéral qu'ils désapprouvent⁸¹. Cette tendance s'inscrit alors dans un mouvement plus général de lutte contre l'État administratif, symbole du consensus issu du *New Deal* et considéré comme une monstruosité inconstitutionnelle par les conservateurs.

Si plusieurs personnalités de l'Administration Trump avaient officiellement reconnu leur volonté de « détruire » l'État administratif⁸², les juges de la Cour suprême de sensibilité conservatrice affichent depuis longtemps un scepticisme très fort à l'égard de ce qu'ils considèrent comme un « quatrième pouvoir », qui se serait développé en contrariété avec les principes démocratiques et libéraux inscrits dans la Constitution⁸³. Les agences dites indépendantes, immunisées contre le pouvoir hiérarchique du président et en mesure de prendre des décisions majeures en matière économique et sociale, apparaissent comme leur cible privilégiée, plusieurs décisions récentes confirmant l'adhésion d'une majorité de juges à la théorie dite de l'exécutif unitaire. Cette dernière défend la capacité du président à révoquer discrétionnairement les membres dirigeants de ces agences comme une garantie indispensable du principe libéral de la séparation des pouvoirs et du principe démocratique voulant que toute décision puisse être imputée à une autorité élue par le peuple ou responsable devant une telle autorité⁸⁴. Si les arguments justifiant cette théorie de l'exécutif unitaire ne sont pas dénués de pertinence et que tous les présidents, républicains comme démocrates, ont depuis les années Reagan cherché à renforcer leur contrôle sur tous les rouages de l'administration⁸⁵, il convient de ne pas occulter la dimension fortement antiétatique qui sous-tend cette théorie.

Dans le même sens, les membres de la majorité conservatrice formulent des critiques croissantes vis-à-vis de la retenue judiciaire qui est la règle depuis plusieurs décennies lorsque sont contrôlées les décisions des agences fédérales. Traditionnellement, la doctrine dite de la non-délégation, qui interdit au Congrès de déléguer son pouvoir législatif, n'a jamais été véritablement mise en œuvre⁸⁶ et celles issues des décisions *Chevron* et *Auer* ont posé le principe d'une déférence forte vis-à-vis des

⁸¹ *Texas v. U.S.* (Cour de district du Texas Nord, 19 août 2021 et Cour du 5^e Circuit, 15 septembre 2021) ; *Arizona v. Mayorkas* (Cour de district de l'Arizona, 11 avril 2021) ; *Texas v. Biden*, (Cour de district du Texas Nord, 13 août 2021 et Cour Suprême, 24 août 2021).

⁸² P. Rucker et R. Costa, « Bannon Vows a Daily Fight for Deconstructing the Administrative State », *The Washington Post*, 23 février 2017 ; A. Mills, « Deconstructing the Administrative State », *Real Clear Policy*, 29 juin 2017.

⁸³ Qu'il soit permis de renvoyer ici à notre article « Les enjeux constitutionnels de l'État administratif américain » in *Mélanges Ricci*, Dalloz, 2022, à paraître, 12 p.

⁸⁴ *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Bureau*, 140 S. Ct. 2183 (2020) ; *Collins v. Yellen*, 141 S. Ct. 1761 (2021) ; *US v. Arthrex*, 141 S. Ct. 1970 (2021).

⁸⁵ Ainsi, le Président Biden n'a pas hésité à utiliser les décisions rendues par la Cour en 2020 et 2021 pour asseoir sa décision de renvoyer certains dirigeants d'agences, nommés par son prédécesseur, et renforcer en conséquence son contrôle sur les choix politiques qui seront faits en leur sein : v. A. Ackerman et B. Kendall, « Biden Removes Fannie, Freddie Overseer after Court Ruling », *Wall Street Journal*, 23 juin 2021 ; K. Mejdritch, « SEC Fires Republican Audit Watchdog After Push from Warren, Sanders », *Politico*, 5 juin 2021 ; Office of Legal Counsel, *Constitutionality of the Commissioner of Social Security's Tenure Protection*, 8 juillet 2021.

⁸⁶ Articulée pour la première fois dans *Field v. Clark*, 143 US 649 (1892), elle n'a jamais véritablement conduit à censurer des textes législatifs et apparaît pour de nombreux auteurs comme une fiction : E. Posner et A. Vermeule, « Interring the Nondelegation Doctrine », *U. Chi. L. Rev.*, 2002, vol. 69, p. 1721 ; P. Schuck, « Delegation and Democracy : Comments on David Schoenbrod », *Cardozo L. Rev.*, 1999, vol. 20, p. 775 ; C. Sunstein, « Nondelegation Canons », *U. Chi. L. Rev.*, 2000, vol. 67, p. 315 ; C. Farina, « Deconstructing Nondelegation », *Harv. J. of L. & Pub. Pol'y*, 2010, vol. 33, p. 87.

interprétations des dispositions législatives que les agences mettent en œuvre⁸⁷ comme des régulations qu'elles édictent⁸⁸. Pour autant, plusieurs juges de sensibilité conservatrice affirment de manière de plus en plus significative leur défiance vis-à-vis de ces lignes jurisprudentielles⁸⁹ et si un revirement jurisprudentiel complet paraît pour certains improbable, au moins dans un futur proche⁹⁰, il n'en reste pas moins qu'un renforcement du contrôle juridictionnel en la matière est effectivement en cours⁹¹. Enfin, pour parfaire cette opposition à l'intervention publique, la Cour suprême a « armé » les libertés constitutionnelles les plus classiques pour faire échec à certaines décisions publiques (*weaponization*). Tel est particulièrement le cas du Premier et du Cinquième Amendements qui se sont vus interprétés, dans la période récente et tout particulièrement lors des dernières sessions de la Cour suprême, de manière extensive⁹². À titre d'illustration, une loi de Californie autorisant, pourtant de manière limitée, les syndicats à pénétrer sur les propriétés des employeurs a pu être censurée⁹³ quand, à l'inverse, il a été reconnu qu'il était nécessaire d'exempter de l'obligation de fournir une assurance maladie couvrant les frais de contraception les entreprises le demandant pour un motif religieux⁹⁴. Après avoir admis que les personnes morales devaient être considérées comme disposant d'une liberté d'expression constitutionnellement protégée⁹⁵, la Cour a ainsi reconnu une garantie constitutionnelle de leur liberté de culte. Cette mobilisation conservatrice des libertés constitutionnelles n'est pas nouvelle, mais elle a connu une accélération ces dernières années, conduisant une partie de la doctrine à s'interroger sur un nouveau *lochnerisme* de la Cour⁹⁶, en référence à la période lors de laquelle la Cour censurait de manière presque systématique les réformes socio-économiques afin de faire prévaloir une conception extensive de la liberté contractuelle, avant que Franklin Roosevelt ne menace de modifier le nombre de juges à la Cour suprême. La Cour Roberts apparaît ainsi comme largement *pro-business*, défavorable aux activités syndicales et en faveur du libre exercice religieux⁹⁷, ces trois dynamiques traduisant, ne serait-ce qu'indirectement, une suspicion forte de l'intervention publique.

⁸⁷ *Chevron USA Inc. National Resources Defense Council*, 467 US. 837 (1984).

⁸⁸ *Auer v. Robbins*, 519 U.S. 452 (1997).

⁸⁹ A. Barrett, « Suspension and Delegation », *Cornell L. Rev.*, 2014, vol. 99, p. 251 ; *King v. Burwell*, 135 S. Ct. 2480 (2015) ; *Gutierrez-Brizuela v. Lynch*, 834 F.3d 1142 (Cour du 10^e Circuit, 23 août 2016), opinion de Neil Gorsuch ; *Gundy v. United States*, 139 S. Ct. 2116 (2019), opinion dissidente de N. Gorsuch ; *Kisor v. Wilkie*, 139 S. Ct. 2400 (2019).

⁹⁰ K. Hickman, « Foreword: Nondelegation as Constitutional Symbolism », *Geo. Wash. L. Rev.*, 2021, vol. 88, p. ; C. Rodriguez « Foreword », art. cit., p. 114.

⁹¹ G. Metzger, « The Roberts Court and Administrative Law », *Sup. Ct. Rev.*, 2019, p. 1 ; R. Nelson, « An Article III Renaissance in Administrative Law : A Return to the Judicial Past ? », *Elon L. J.*, 2020, vol. 12, p. 385 ; K. Hickman et A. Nielsen, « Narrowing *Chevron's* Domain », *Duke L. J.*, 2021, vol. 70, p. 931.

⁹² N. Bowie, « [The Deregulatory Takings Are Coming](#) », LPE Project, 3 septembre 2019.

⁹³ *Cedar Pont Nursery v. Hassid*, 141 S. Ct. 2063 (2021).

⁹⁴ *Burwell v. Hobby Lobby Store*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

⁹⁵ *Citizens United v. FEC* 558 US 310 (2010).

⁹⁶ J. Purdy, « Neoliberal Constitutionalism: Lochnerism for A New Economy », *Law & Contemp. Pblems.* 2014, vol. 72, p. ; E. Sepper, « Free Exercise Lochnerism », *Colum. L. Rev.*, 2015, vol. 115, p. 1453 ; J. Kessler, « The Early Years of the First Admendment Lochnerism », *Colum. L. Rev.*, 2016, vol. 116, p. 1915 ; A. Shanor, « The New Lochner », *Wis. L. Rev.*, 2016, p. 133 ; K. Andrias, « *Janus's* Two Faces », *Sup. Ct. Rev.*, 2018, p. 21 ; N. Tebe, « The Principle and Politics of Equal Value », *Colum. L. Rev.*, 2021, vol. 121, p. 75.

⁹⁷ D. Franklin, « What Kind of Business-Friendly Court ? », *Santa Clara L. Rev.*, 2009, vol. 49, p. 1019 ; L. Epstein, W. Landes et R. Posner, « How Business Fares in the Supreme Court », *Minn. L. Rev.*, 2013, vol. 97, p. 1431 ; D. Gilman, « A Court for the One Percent », *Utah L. Rev.*, 2014, vol. 2, p. 389 ; L. Adelman, « The Roberts Court's Assault on Democracy », *Harv. L.*

Si les dernières sessions judiciaires ont donc confirmé et renforcé les orientations conservatrices de la Cour Roberts, les évolutions apparaissent toutefois, et au moins de prime abord, plutôt incrémentales. D'une part, elles avaient déjà commencé avant même les nominations opérées par Donald Trump et n'ont été que prolongées par la nouvelle supermajorité de la Cour. D'autre part, le juge en chef John Roberts est souvent considéré comme un pragmatique, soucieux de la légitimité institutionnelle de la Cour et préférant orienter sa jurisprudence de manière graduelle et progressive vers les différentes valeurs endossées par le mouvement conservateur⁹⁸. Il a ainsi été salué ces dernières années pour avoir cherché à construire des décisions consensuelles et modéré l'impact des nouveaux juges⁹⁹. Pour autant, certaines décisions témoignent aussi de ce qu'il adhère pleinement à l'agenda conservateur. Tel est notamment le cas des deux décisions qui ont permis d'interpréter le *Voting Rights Act* de 1965 pour largement le vider de sa capacité à contraindre les États fédérés à assurer l'égalité de participation de tous les citoyens dans les processus électoraux¹⁰⁰.

En outre, pour avoir une vision complète des nouvelles orientations de la Cour, il convient non seulement de prendre en compte les décisions rendues dans ses opinions motivées de manière extensive après auditions des parties et délibérations des juges, mais aussi celles rendues en urgence qui constituent ce qui est désormais appelé le « rôle fantôme » (*shadow docket*) de la Cour¹⁰¹. Si de telles décisions ont toujours existé, la Cour les a utilisées de manière accrue ces dernières années, y compris pour se prononcer sur des questions aux implications majeures¹⁰². À titre d'illustration, deux d'entre elles ont notamment permis de suspendre des mesures de lutte contre la propagation de la covid-19 décidées par les autorités de Californie et de New York. La Cour ne se prononçait pas sur la constitutionnalité de ces mesures limitant le nombre de personnes pouvant être réunies dans un lieu clos, question toujours pendante devant les juridictions inférieures, mais elle a admis que les demandeurs avaient des dossiers sérieux et que dans l'éventualité où l'inconstitutionnalité serait avérée, cette dernière provoquerait des dommages irréparables en empêchant les individus de pratiquer en groupe leur religion, justifiant ainsi que les mesures ne soient pas appliquées le temps de la détermination de leur constitutionnalité. Ces deux décisions peuvent être analysées comme les marqueurs de la nouvelle tendance de la Cour à favoriser le libre exercice religieux et à limiter les interventions publiques, deux thèmes chers aux conservateurs qui apparaissent de manière bien plus significative dès lors qu'on s'intéresse à ce *shadow docket* et non uniquement aux décisions classiques

↳ *Pol'y Rev.*, 2019, vol. 14, p. 131; L. Epstein et R. Posner, « The Roberts Court and the Transformation of the Constitutional Protection: A Statistical Portrait », *Sup. Ct. Rev.*, 2020, p. 7.

⁹⁸ J. Biskupic, *The Chief: The Life and Turbulent Times of Chief Justice John Roberts*, Basic Book, 2019, 432 p.; J. Chacon, « The Inside Out Court », *Sup. Ct. Rev.*, 2019, p. 321; M. Klarman, « The Supreme Court 2019 Term – Foreword: The Degradation of American Democracy and The Courts », *Harv. L. Rev.*, 2020, vol. 134, p. 1; J. McGinnis, « What Does the Chief Justice Maximize? », *Law and Liberty*, 9 juillet 2020.

⁹⁹ C. Sunstein, « Kavanaugh Confirmation Won't Affect Supreme Court's Legitimacy », *Bloomberg*, 30 septembre 2018; B. Friedman, « The Coming Storm over the Supreme Court », *The New York Times*, 8 octobre 2018; I. Shapiro, « The Roberts Court », art. cit., p. ix.

¹⁰⁰ *Shelby County v. Holder*, 570 US 529 (2013); *Brnovich v. Democratic National Committee*, 141 S. Ct. 2321 (2021).

¹⁰¹ L. Baum, « Foreword: The Shadow Docket », *N.Y.U. J. L. & Lib.*, 2015, vol. 9, p. 1; S. Vladeck, « The Solicitor General and the Shadow Docket », *Harv. L. Rev.*, 2019, vol. 133, p. 123; J. Romoser, « Symposium on the Supreme Court Shadow Docket », *SCOTUS Blog*, octobre 2020.

¹⁰² A. Deysine, « La Cour Roberts et le retour du gouvernement des juges », *Droit et société*, 2020/3, p. 715.

de la Cour¹⁰³. C'est également dans ce cadre que la Cour a dû se prononcer début 2022 sur la suspension de l'obligation vaccinale décidée par l'administration Biden¹⁰⁴. En prenant en compte, la totalité des décisions rendues par la Cour, le bilan jurisprudentiel témoigne ainsi d'un basculement vers la droite plus fort que ce qui avait pu initialement être perçu.

Enfin, il convient de souligner que la session judiciaire en cours sera décisive pour évaluer les transformations de la juridiction. Celle-ci a d'ailleurs pu être qualifiée de session *blockbuster* tant les enjeux apparaissent élevés¹⁰⁵. La Cour est en effet appelée à se prononcer sur la constitutionnalité d'une législation du Mississippi interdisant l'avortement au-delà de 15 semaines de grossesse, affaire qui la conduira à se prononcer sur le maintien des jurisprudences *Roe v. Wade*¹⁰⁶ and *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*¹⁰⁷. Elle devra également préciser les frontières entre la clause d'établissement interdisant aux pouvoirs publics d'endosser une religion et celle protégeant le libre exercice de la religion, dans une décision relative à la possibilité pour les autorités publiques de refuser de financer les écoles qui disposent d'un programme d'éducation religieuse¹⁰⁸. Elle sera enfin appelée à revenir sur la question de la constitutionnalité des politiques d'*affirmative action* en matière de sélection universitaire¹⁰⁹ ou encore sur la protection du port des armes¹¹⁰. Ainsi, si la présidence Trump ne constitue pas la première période de transformations et de turbulences à laquelle la Cour suprême est confrontée, seul le temps dira si elle parviendra, une fois encore, à rester ce « symbole de justice et de liberté » qui fait sa force au sein de l'équilibre institutionnel américain¹¹¹.

Dans cette perspective, il est indéniablement trop tôt pour tenter de tirer un bilan définitif des conséquences de la présidence Trump sur la Cour suprême des États-Unis. Pour autant, le cadre dans lequel cette question pourra être résolue à l'avenir apparaît déjà porteur d'enseignements pour le constitutionnaliste. Alors que l'orientation conservatrice de la Cour a été renforcée, cette évolution, on l'a vu, peut déjà être interprétée comme un aboutissement de la révolution reaganienne. Toutefois, cette transformation ne peut être évaluée qu'en l'inscrivant au sein du paysage institutionnel et politique américain. En adoptant une vision à long terme, cette situation peut être analysée dans deux sens différents. D'une part, elle peut être perçue comme une confirmation que la Cour n'est pas véritablement une force contre-majoritaire au sens où elle ferait en réalité partie de la coalition

¹⁰³ N. Totenberg, « The Supreme Court's Term Appeared To Be Cautious. The Numbers Tell A Different Story », *NPR*, 9 juillet 2021; L. Hurley et A. Chung, « US Supreme Court Shadow Docket Favored Religion and Trump », *Reuters*, 28 juillet 2021; E. Pilkington, « Post-Trump Supreme Court Appears Willing to Embrace Judicial Activism », *The Guardian*, 9 juillet 2021.

¹⁰⁴ *National Federation of Independent Business v. Department of Labor, Occupational Safety and Health Administration*.

¹⁰⁵ A. Liptak, « Back on the Bench, The Supreme Court Faces A Blockbuster Term », *The New York Times*, 3 octobre 2021.

¹⁰⁶ 410 US 113 (1973).

¹⁰⁷ 505 U.S. 833 (1992)

¹⁰⁸ *Carson v. Makin*.

¹⁰⁹ *Sudents for Fair Admission Inc. v. President and Fellows of Harvard College*.

¹¹⁰ *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen*.

¹¹¹ E. Corwin, « The Constitution as Instrument and as Symbol », *Am. Pol. Sci. Rev.*, 1936, vol. 30, p. 1071 ; M. Lerner, « Constitution and Courts as Symbols », *Yale L. J.*, 1937, vol. 46, p. 1290 ; L. Baas et D. Thomas, « The Supreme Court and Policy Legitimation », *Am. Pol. Q.*, 1984, vol. 12, p. 335 ; G. Caldeira et J. Gibson, « The Etiology of Public Support for the Supreme Court », *Am. J. pol. Sci.*, 1992, vol. 36, p. 635 ; J. Gibson et M. Nelson, « Reconsidering Positivity Theory : What Roles Do Politization, Ideological Disagreement and Legal Realism Play in Shaping the United States Supreme Court Legitimacy ? », *J. Empirical Legal Stud.*, 2017, vol. 14, p. 592.

dominante, ainsi que Robert Dahl l'a théorisé dans son article de référence en 1957¹¹². Dans cette perspective, et en reprenant la terminologie proposée par Stephen Skowronek¹¹³, Joe Biden ne serait qu'un président préemptif (*preemptive president*) comme l'ont été Bill Clinton et Barack Obama, un leader de l'opposition malgré sa position de chef de l'État, forcé de composer avec ce qui est l'idéologie dominante depuis les années de Ronald Reagan, le dernier président restructif (*reconstructive president*), celui qui a défini la configuration politique de son temps¹¹⁴. D'autre part, et de manière alternative, il est possible de considérer que le quarante-sixième président est lui-même un président restructif¹¹⁵ et qu'une Cour à la philosophie conservatrice serait alors un mécanisme contre-majoritaire. Cela peut toutefois se justifier comme permettant à l'ancienne majorité devenue minoritaire de ne pas être complètement soumise à la potentielle tyrannie de la nouvelle majorité¹¹⁶. Ces deux lectures reposent indéniablement sur des justifications opposées du rôle de la Cour suprême, elles n'en sont toutefois pas moins persistantes dans la doctrine contemporaine. L'évaluation du rôle de la Cour au sein de la démocratie libérale américaine apparaît alors dépendante de deux éléments. Elle sera d'abord liée à ce que Joe Biden parviendra à faire de sa présidence, une capacité elle-même conditionnée par les décisions que la Cour pourra rendre¹¹⁷. En ce sens, toute analyse du rôle de la Cour ne peut être opérée qu'en s'intéressant aux interactions institutionnelles auxquelles cette dernière prend part. L'analyse sera ensuite le résultat du critère retenu par l'évaluateur pour appréhender la légitimité de la juridiction. Celui-ci pourra mettre l'accent sur la nécessité, pour un régime attaché au libéralisme politique, de prévoir des garanties contre-majoritaires ou, à l'inverse, sur celle du respect du principe majoritaire, dans un régime qui se veut démocratique, le choix opéré pouvant, notamment dans le contexte américain, être fréquemment favorisé par les orientations politiques du chercheur menant l'analyse.

En ce sens, les évolutions actuelles de la plus haute juridiction apparaissent comme le témoin le plus direct de la tension inhérente qui existe au sein de la Constitution américaine, et plus largement dans nos démocraties libérales contemporaines ; leurs analyses doivent appréhender tant le cadre juridique que les facteurs politiques à l'œuvre. Dès lors, quelle que soit la conclusion de l'évaluation proposée, elle ne pourra que rappeler la complexité des équilibres sur lesquels reposent nos régimes politiques et la nécessaire humilité du chercheur qui s'y intéresse.

¹¹² R. Dahl, « Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a National Policy-Maker », *J. of Pub. L.*, 1957, vol. 6, p. 279; B. Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion has Influenced the Supreme Court and Shaped Meaning of the Constitution*, Farrar, Straus, & Giroux, 2009, 624 p.

¹¹³ S. Skowronek, *The Politics Presidents Make: Leadership From John Adams to Georges Bush*, Bellknapp Press, 1993, 576 p.

¹¹⁴ E. Sachs, « Supreme Court as Superweapon: A Response to Epps & Sitaraman », art. cit.; S. Pozen, « A Computational Analysis of Constitutional Polarization », *Cornell L. Rev.*, 2019, vol. 105, p. 1.

¹¹⁵ J. Balkin, « The Recent Unpleasantness: Understanding the Cycles of Constitutional Times », *Ind. L. J.*, 2019, vol. 94, p. 253.

¹¹⁶ J. Balkin et S. Levinson, « Understanding the Constitutional Revolution », *Va. L. Rev.*, 2001, vol. 87, p. 1045.

¹¹⁷ M. Klarman, « The Supreme Court, 2020 Term – Foreword: The Degradation of American Democracy – And the Court », *Harv. L. Rev.*, 2020, vol. 134, p. 1.