

LA COUR SUPRÊME DES ÉTATS-UNIS ET SES NEUF JUGES (*)

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

La Cour suprême des Etats-Unis compte parmi les juridictions les plus puissantes de la planète. De toute évidence, « aucune institution judiciaire dans aucun pays n'a joué et ne joue un rôle comparable », la Cour occupant « dans l'histoire et dans la société américaine une place exceptionnelle qui s'explique par sa position dans les équilibres constitutionnels et juridiques » (1). La question de sa formation se pose donc avec une acuité particulière.

La composition d'une juridiction aussi influente que la Cour suprême des Etats-Unis détermine sensiblement les orientations jurisprudentielles les plus majeures et, par la force des choses, le choix des valeurs sociales les plus fondamentales (2). Le sénateur Edward Kennedy n'a-t-il pas dit que la nomination d'un juge à la Cour suprême peut avoir un effet équivalent à celui d'un amendement constitutionnel (3)? Le professeur Ackerman parle d'ailleurs

(*) Cette étude a été préparée lors d'un séjour scientifique à la *Law School* de l'Université de Berkeley (Californie), que j'ai pu réaliser grâce au soutien et aux encouragements du professeur Jacques van Compernelle. Je lui en suis éminemment reconnaissant. Je veux également le remercier de m'avoir donné le goût du droit, quand j'étais étudiant, de m'avoir témoigné sa confiance, quand j'étais assistant, et de m'avoir offert sa complicité, une fois que je fus nommé professeur.

(1) E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Paris, P.U.F., 2000, p. 37. Et le même auteur de préciser, par ailleurs, que « la puissance de cette institution s'explique principalement parce que les Etats-Unis sont un Etat fédéral » (« L'américanisation du droit constitutionnel : préjugés et ignorances », *Archives de philosophie du droit*, 2001, t. 45, p. 85). Dans ce contexte, elle est apparue très rapidement comme une sorte de « nouveau souverain », de tiers qui, « se tenant au-dessus des gouvernements distincts et des départements composant chacun d'eux », est « capable de régler les différends dans l'ordre constitutionnel fédéral » (T. CHOPIN, *La République 'une et divisible' – Les fondements de la Fédération américaine*, Paris, Plon, 2002, pp. 299-300).

(2) « A court's strength is intimately tied to the manner in which judges are appointed and the terms for which they serve » (B. ACKERMAN, « The New Separation of Powers », *Harv. L. Rev.*, 2000, vol. 113, p. 667).

(3) Symposium on Advice and Consent on Supreme Court Nominations, Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Separation of Powers, 94th Cong., 2d Sess. (1976).

de *transformative appointments* (4). La bipolarisation politique de la société américaine – entre le camp républicain et le camp démocrate –, autant que sa bipolarisation idéologique – entre une aile conservatrice et une aile libérale –, renforcent d'ailleurs ce phénomène.

Certes, on objectera que les juges constitutionnels sont parés contre toute sollicitation d'allégeance politique, puisque, aussitôt nommés, ils se débarrasseraient de leur chape politique comme le papillon de sa chrysalide (5). « *Whenever you put a man on the Supreme Court, he ceases to be your friend* », affirmait le Président Truman. Le Président Eisenhower, Républicain convaincu, n'a-t-il pas déclaré que la nomination de Earl Warren comme *Chief Justice* était l'erreur la plus idiote – « *the biggest damn-fool mistake* » – qu'il ait jamais commise, tant Warren s'était finalement révélé un des présidents les plus libéraux de toute l'histoire de la Cour suprême? Il reste que la réalité n'est pas aussi simple. Dénier à tout juge une détermination à faire preuve de la plus grande indépendance traduit une profonde ingratitude, mais croire que tout juge est capable de se départir, en toutes circonstances, de ses attaches politiques et de ses convictions idéologiques relève de l'angélisme.

La question de la composition de la Cour suprême des Etats-Unis se pose aujourd'hui avec d'autant plus d'acuité qu'entre 1994 et 2004, aucun juge n'y a été remplacé. Or, on escompte que, dans un avenir plus ou moins proche, des changements interviendront, qui pourraient induire des évolutions substantielles dans la jurisprudence constitutionnelle. Les nominations à la Cour suprême constituent un enjeu non négligeable des élections présidentielles, aujourd'hui plus que jamais (6). D'ailleurs, certains auteurs n'ont pas manqué d'établir un lien entre la position adoptée par les cinq juges les plus conservateurs dans le très controversé arrêt *Bush v. Gore* et les nominations présagées au cours du mandat présidentiel de

(4) B. ACKERMAN, « Transformative Appointments », *Harv. L. Rev.*, 1988, vol. 101, p. 1164.

(5) « The institution is so structured that a brand-new presidential appointee, perhaps feeling himself strongly loyal to the executive who appointed him, and looking for colleagues of a similar mind on the Court, is immediately beset with (...) institutional pressures » (W.H. REHNQUIST, *The Supreme Court*, New York, Vintage, 2002, p. 223).

(6) Voy. W.G. ROSS, « The Role of Judicial Issues in Presidential Campaigns », *Santa Clara L. Rev.*, 2002, vol. 42, pp. 391-482. Sur les perspectives liées à l'élection présidentielle de fin 2004, voy. V. MICHELOT, « Du judiciaire en politique », in *Les Etats-Unis aujourd'hui – Choc et changement* (dir. G. PARMENTIER), Paris, Odile Jacob, 2004, pp. 121-128.

Georges W. Bush (7). Pour autant que de besoin, on rappellera que, lors de l'élection présidentielle de 2000, le dépouillement des votes a donné lieu à de très vives contestations, qui ont été portées devant les tribunaux ordinaires, pour aboutir devant la Cour suprême. Celle-ci, en interdisant – par cinq voix contre quatre – le recomptage manuel des votes en Floride, a permis l'investiture présidentielle de Georges W. Bush.

La désignation d'un juge à la Cour suprême des États-Unis passe par deux étapes distinctes : le candidat (*nominee*) doit être nommé par le Président, d'une part, et cette nomination doit être confirmée par une majorité des membres du Sénat, d'autre part. Cette procédure est imposée par l'article II, section 2, de la Constitution américaine : « *he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint (...) judges of the Supreme Court* » (8). Elle met en scène deux autorités fédérales différentes, selon une logique de division des pouvoirs et des responsabilités. En pratique, il revient au Président de choisir un candidat et d'en informer le Sénat, qui réunira son *Judiciary Committee* (9). De deux choses l'une. Soit le Sénat confirme le choix présidentiel – la majorité simple suffit – et le candidat nommé peut alors entrer en fonction, non sans avoir préalablement prêté serment. Soit le Sénat rejette le

(7) Voy. not. J.M. BALKIN and S. LEVINSON, « Understanding the Constitutional Revolution », *Va. L. Rev.*, 2001, vol. 87, spéc. pp. 1083-1086. Voy. égal. J. RUBENFELD, « Not as Bad as Plessy. Worse », in *Bush v. Gore – The Question of Legitimacy* (ed. B. ACKERMAN), Yale University Press, 2002, p. 37 : « I therefore firmly support the proposals to block all appointments to the Supreme Court during this presidency ». Cette idée trouve son origine dans un éditorial rédigé par B. ACKERMAN pour *The American Prospect* et intitulé « The Court Packs Itself » (Feb. 12, 2001, p. 48). Si la décision de la Cour suprême a entraîné la publication dans le *New York Times* d'une lettre de protestation signée par 585 professeurs de droit, la suggestion du professeur Ackerman n'a pas suscité le même enthousiasme.

(8) Sur la composition de la Cour suprême des États-Unis, voy. not. J. CHOPER (ed.), *The Supreme Court and Its Justices*, 2^e éd., Chicago, American Bar Association, 2001, pp. 373-429 (« Appointment of New Justices »); S.L. MARTINO, « Change on the Horizon : A Prospective Review of the Nomination and Confirmation Process of the United States Supreme Court », *Wash. L.J.*, 2001, vol. 41, pp. 164-190. Voy. égal. les ouvrages, contributions et articles cités dans les autres notes infrapaginales. Une mention particulière doit être faite de l'ouvrage de L.H. TRIBE, *God Save this Honorable Court – How the Choice of Supreme Court Justices Shapes Our History*, New York, Random House, 1985. Pour des développements historiques, voy. H.J. ABRAHAM, *Justices and Presidents – A Political History of Appointments to the Supreme Court*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999; D.A. YALOF, *Pursuit of Justices – Presidential Politics and the Selection of Supreme Court Nominees*, University of Chicago Press, 1999.

(9) Les éditions William S. Hein & Co (New York) publient une série d'ouvrages intitulée *The Supreme Court of the United States Nominations*, qui vise à fournir, pour chaque juge nommé à la Cour suprême – ou dont la nomination a été écartée –, depuis 1916, « a permanent historical record and a convenient research source of information on the nomination ». On y trouve les auditions (*hearings*) et rapports (*reports*) établis par le *Judiciary Committee* du Sénat. Le dernier volume publié – en 1996 – est consacré à la nomination du juge Stephen G. Breyer.

candidat choisi par le Président, ce qui contraint ce dernier à procéder à un nouveau choix.

On retrouve ici la préoccupation générale des Pères Fondateurs d'articuler l'organisation constitutionnelle des pouvoirs autour du principe de *checks and balances*. En l'occurrence, il s'agit d'empêcher que la désignation des juges de la Cour suprême puisse être monopolisée par le pouvoir exécutif ou par le pouvoir législatif. C'est là le résultat d'un compromis, intervenu dans les tout derniers jours de la Convention de Philadelphie, entre les défenseurs d'un système réservant les nominations au seul Président et les partisans d'un système fondé sur l'intervention exclusive du Sénat. Il faut savoir, en effet, que pas moins de quatre hypothèses ont été envisagées par les membres de la Convention : le Président nomme seul ; le Congrès nomme seul ; le Congrès nomme avec l'accord du Président ; le Président nomme avec l'accord du Congrès. Sous l'impulsion de Alexander Hamilton et du représentant du Massachusetts, cette dernière hypothèse a finalement été considérée comme la plus apte à obvier aux inconvénients de formules monopolistiques, fondées sur l'intervention d'un seul organe. Elle est « responsabilisante », puisque l'autorité de nomination est unipersonnelle, tout en étant « collectivisante », puisqu'elle est de nature à garantir au processus un caractère délibératif et à réduire les risques de partialité, voire de corruption. Toutefois, la formule retenue débouche inévitablement sur des frictions entre les deux pôles du processus. N'a-t-on pas écrit que la métaphore la plus pertinente pour décrire la procédure de désignation des juges de la Cour suprême est la guerre ? (10)

Au surplus, il se trouve quelques auteurs pour établir un lien entre l'intervention du Sénat – assemblée élue démocratiquement – et « la difficulté contre-majoritaire » (*the countermajoritarian difficulty*) (11). L'expression, imaginée et développée par le professeur Bickel dans un ouvrage célèbre (12), renvoie au problème de la légitimité du *judicial review* exercé par la Cour suprême. Selon lui, la

(10) M.J. GERHARDT, « Supreme Court Selection as War », *Drake L. Rev.*, 2002, vol. 50, p. 393. « Anyone familiar with the Supreme Court appointments process knows just how combative, brutal, nasty, and vitriolic it can be. The structure of the Constitution pits Presidents and Senators against each other in the federal appointments process, and the framers fully expected (even hoped) conflicts would ensue from this design. (...) The likelihood if not inevitability of friction would prevent one branch from becoming tyrannical » (p. 394).

(11) Voy. not. H.P. MONAGHAN, « The Confirmation Process : Law or Politics ? », *Harv. L. Rev.*, 1988, vol. 101, p. 1203.

(12) A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, 1962.

difficulté réside en ceci que le *judicial review* est une force contre-majoritaire dans le système démocratique. En effet, lorsque la Cour suprême déclare une loi inconstitutionnelle, elle contrecarre la volonté exprimée par les représentants du « peuple réel tel qu'il existe ici et aujourd'hui » (*the actual people of the here and now*). Elle exerce un contrôle, non pas au nom de la majorité dominante, mais contre elle, et ce alors même que ses membres ne sont ni élus ni politiquement responsables (13). Dans une telle perspective, l'intervention du Sénat est vue par certains comme une forme de compensation : les juges ne sont pas élus, mais leur nomination doit être approuvée par une assemblée parlementaire, elle-même élue par la population.

Avant d'examiner la manière dont la procédure de désignation est réglée et mise en œuvre, il convient de rappeler que la Cour suprême est actuellement composée de neuf juges : un *Chief Justice* et huit *Associate Justices*. Il n'en a pas toujours été ainsi. En effet, le nombre de juges siégeant à la Cour a varié de six à dix, pour se fixer définitivement à neuf (14). C'est au Congrès qu'il revient de déterminer, par voie législative, le nombre de juges. Les neuf juges de la Cour suprême jouissent d'un statut comparable à celui des autres juges fédéraux, spécialement quant à leur indépendance. C'est ainsi qu'en vertu de l'article II, section 4, et de l'article III, section 1, de la Constitution, ils sont nommés à vie et sont inamovibles, sauf destitution par la procédure de l'*impeachment*, qui à ce jour n'a jamais abouti. « Ils conserveront leur charge aussi longtemps qu'ils en seront dignes », dit le texte constitutionnel. Et, de fait, une large majorité des juges poursuivent l'exercice de leurs fonctions au-delà de soixante-neuf ans. Cette position les met à l'abri des pressions du pouvoir politique, mais elle émousse leur ascendance démocratique (15).

(13) Pour plus de détails, voy. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, pp. 33-43.

(14) J.H. CHOPER, R.H. FALLON, Y. KAMISAR and S.H. SHIFFRIN, *Constitutional Law*, 9th ed., West Group, 2001, p. 48.

(15) C.L. EISGRUBER, *Constitutional Self-Government*, Harvard University Press, 2001, p. 66. D'autres auteurs – tel H.P. MONAGHAN (*op. cit.*, p. 1208) – remettent en cause le lien entre la nomination à vie des juges et leur indépendance, en soulignant que seul le caractère renouvelable d'un mandat à durée limitée est de nature à menacer cette indépendance. C'est l'une des conclusions d'un ouvrage célèbre consacré à la Cour suprême : R.G. McCLOSKEY (revised by S. LEVINSON), *The American Supreme Court*, 3^d ed., University of Chicago Press, 2000, p. 246. « If Justices are made to answer for certain decisions in order to maintain their jobs, a chilling effect on judicial candor will creep across the country » (S.L. MARTINO, *op. cit.*, p. 187).

Elle rend d'autant plus cruciale la nécessité de procéder au meilleur choix possible (16).

I. – LE POUVOIR DE NOMINATION

Dans le système constitutionnel des Etats-Unis, le Président est à la fois le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement fédéral, de telle sorte qu'il lui revient d'assumer des responsabilités vitales. Sa fonction est d'autant plus prestigieuse qu'il tient son titre d'une élection qui n'est que théoriquement indirecte. Et, si le texte de la Constitution ne lui aménage pas un rôle central dans l'articulation des pouvoirs, la pratique constitutionnelle lui a permis d'occuper une place déterminante : « *As the Supreme Court and Congress are preeminent in constitutional theory, so the President is preeminent in constitutional fact* » (17).

Entre autres attributions, le Président se voit réserver par la Constitution américaine le pouvoir de nommer les membres de la Cour suprême. L'exercice effectif d'un tel pouvoir n'en est pas moins aléatoire. En effet, il dépend de la survenance d'une vacance au cours du mandat présidentiel. Ainsi, Jimmy Carter, durant les quatre années passées à la Maison-Blanche, n'a pas eu l'occasion de nommer un seul juge, tandis que Richard Nixon en a nommé quatre durant les trois premières années de son mandat.

Aucune condition de nomination, pas même de formation ou d'expérience professionnelle, n'est imposée par la Constitution. En outre, on ne trouve dans le texte constitutionnel aucun critère pouvant ou devant guider le choix présidentiel. L'on s'accorde, dès lors, à considérer que le Président dispose d'un assez large pouvoir discrétionnaire chaque fois qu'il doit procéder au remplacement d'un juge. En pratique, son appréciation est fondée sur une palette de critères.

Idealement, le premier critère d'appréciation devrait résider dans les aptitudes professionnelles du candidat. La Cour suprême n'est-elle pas la plus haute juridiction du pays ? Les dernières nominations confirment la tendance à évaluer ces aptitudes à l'aune de

(16) J.L. RAUH, « Nomination and Confirmation of Supreme Court Justices : Some Personal Observations », *Me. L. Rev.*, 1993, vol. 45, p. 10.

(17) L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^e ed., vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, p. 631.

l'expérience professionnelle que le candidat a pu acquérir dans le passé, tout spécialement dans le secteur judiciaire. C'est ainsi que de nombreux juges à la Cour suprême étaient, au moment de leur nomination, juges dans une Cour d'appel fédérale. Il reste que l'expérience professionnelle du candidat ne préserve pas nécessairement du conformisme, voire de la médiocrité. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter au jugement cinglant du professeur Seidman qui considère que, si la Cour a pu bénéficier du concours de juges créatifs et perspicaces, la majorité des juristes qui y ont siégé ne sont pas passés à la postérité (18). Un récent article, publié dans la *California Law Review*, suggère l'utilisation de critères permettant une évaluation plus objective des mérites professionnels des candidats, les juges concourant comme dans un tournoi (*a rank-order tournament*) (19).

Jusqu'en 2001, l'*American Bar Association* (ABA) détenait le pouvoir – informel – de rendre un avis sur le ou les candidats présentés par le Président. Ce pouvoir lui avait été reconnu en 1948 par le Président Truman. Quatre ans plus tard, le Président Eisenhower avait même élargi ce pouvoir consultatif à toutes les nominations judiciaires fédérales. Ce système a fonctionné pendant une cinquantaine d'années. En 2001, le Président G.W. Bush a annoncé son intention de mettre un terme à cette consultation, en ce compris pour les juges de la Cour suprême. On y verra le signe d'une suspicion qu'à tort ou à raison, les Républicains entretiennent à l'égard de cette puissante association, jugée par eux trop encline à recommander des candidatures libérales. Quoi qu'il en soit, la mesure alimente les craintes de futures nominations partisans. De surcroît, elle extirpe un précieux filtre de la procédure de nomination (20). En effet, l'ABA a institué en son sein un *Standing Committee on the Federal Judiciary* qui, spécialement pour chaque nomination à la Cour suprême, a mené des investigations approfondies sur les qualités professionnelles des candidats potentiels, en substance leurs compétences, leur tempérament et leur intégrité. L'ABA étant la principale association professionnelle de juristes aux États-Unis, elle

(18) L.M. SEIDMAN, *Our Unsettled Constitution – A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*, Yale University Press, 2001, p. 87.

(19) S. CHOI and M. GULATI, « A Tournament of Judges? », *Calif. L. Rev.*, 2004, vol. 92, pp. 299-322.

(20) Sur les avantages et les inconvénients de ce filtre, voy. L.E. LITTLE, « The ABA's Role in Prescreening Federal Judicial Candidates : Are We Ready to Give Up on the Lawyers? », *Wm. & Mary Bill of Rts. J.*, 2001, vol. 10, pp. 37-73.

a montré son aptitude à réaliser des consultations et des interviews parmi les personnes et dans les milieux juridiques les plus à même d'apporter un éclairage utile. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que ses avis aient pu peser lourdement, que ce soit au stade de la nomination ou de la confirmation. Le monopole institutionnalisé dont elle a joui jusqu'ici, comme groupe non gouvernemental, fait cependant l'objet de critiques (21). Pour autant que de besoin, l'on précisera que d'autres autorités sont consultées par le Président, mais elles revêtent un statut gouvernemental, tel le ministre de la Justice (*Attorney General*).

Le critère des aptitudes professionnelles du candidat est complété, voire supplanté, par un critère politique, ce que montrent plusieurs études citées dans un ouvrage du professeur Peretti (22). Dans la plupart des cas, les candidats nommés sont liés, d'une manière ou d'une autre, au parti présidentiel, ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils entretiennent avec le Président une relation personnelle. Lorsque, exceptionnellement, ce dernier a été amené à choisir un candidat extérieur à son parti (*cross-party nomination*), sa décision a obéi à des considérations stratégiques. Il s'est agi, par exemple, de s'attirer la sympathie – et donc les suffrages – d'un électorat généralement favorable au camp opposé. Dans un autre ordre d'idées, il est arrivé que les clivages politiques traditionnels laissent la place à des clivages plus conjoncturels, comme durant la Guerre de Sécession qui a opposé les unionistes et les non unionistes.

Le critère politique s'avère parfois insuffisant. En effet, tant au sein des Républicains que des Démocrates, les opinions sont, par la force des choses, plus ou moins conservatrices ou plus ou moins libérales, de telle sorte que le clivage idéologique peut utilement contribuer à affiner le clivage politique. Le Président Roosevelt en sait quelque chose, lui qui était préoccupé de nommer à la Cour suprême des juges favorables au programme du New Deal. Au-delà des doctrines politiques, les convictions idéologiques mobilisent des croyances culturelles plus transversales sur la vie, le monde et l'humanité.

(21) E.E. SLOTNICK, « The ABA Standing Committee on Federal Judiciary : A Contemporary Assessment », *Judicature*, 1983, vol. 66, p. 393.

(22) T.J. PERETTI, *In Defense of A Political Court*, Princeton University Press, 1999, pp. 85-87.

Le poids des considérations politiques et idéologiques sur le choix présidentiel est tributaire de facteurs externes (historiques, sociaux, économiques, etc.), mais également d'une dynamique interne, qui réside dans la volonté du Président de se servir de son pouvoir de nomination pour chercher à provoquer des changements politiques ou constitutionnels (23). De nombreuses études ont été menées sur les rapports entre les attentes présidentielles et le comportement ultérieur des juges (24). Il en résulte que les juges répondent généralement aux attentes de ceux qui les ont nommés – c'est la thèse bien connue de Robert Dahl (25) –, mais il arrive aussi que certains déçoivent ces attentes (26). *The myth of the surprised president*, selon l'expression du professeur Tribe.

La circonstance que les membres de la Cour suprême tiennent leur nomination de leurs vues politiques et idéologiques fait-elle de cette dernière une institution représentative? Selon le professeur Eisgruber, cette circonstance confère aux juges une ascendance démocratique, qui érige la Cour en un corps ayant vocation à s'exprimer au nom du peuple sur les questions morales et politiques inscrites au cœur de la société américaine (27). Une opinion qui ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine américaine.

Un dernier critère mérite d'être relevé. Il n'y est pas systématiquement recouru. Il relève du registre symbolique. Dans son choix, le Président peut éprouver la nécessité de garantir au sein de la Cour suprême la représentation de catégories particulières de la population, définies en fonction de leur origine géographique, de leur appartenance religieuse, de leur identité raciale ou encore de leur sexe (28). C'est ainsi qu'à des moments déterminés, le Président s'est montré soucieux de nommer un citoyen de la côte ouest, un

(23) M.J. GERHARDT, « Putting Presidential Performance in the Federal Appointments Process in Perspective », *Case W. Res.*, 1997, vol. 47, p. 1397.

(24) Voy. T.J. PERETTI, *op. cit.*, pp. 111-131. Voy. égal. J.A. SEGAL, R.J. TIMPONE and R.M. HOWARD, « Buyer Beware? Presidential Success through Supreme Court Appointments », *Political Research Quarterly*, 2000, vol. 563, p. 557 : « Presidents appear to be reasonably successful in their appointments in the short run, but justices on average appear to deviate over time away from the Presidents who appointed them ».

(25) R.A. DAHL, « Decision-Making in a Democracy : The Role of the Supreme Court as a National Policy-Maker », *Journal of Public Law*, 1957, vol. 6, pp. 279-295.

(26) « Even nominees who have been public figures in their own right with announced policy positions, once elevated to the Court, have disappointed presidential expectations » (J.H. CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press, 1980, p. 50).

(27) C.L. EISGRUBER, *op. cit.*, p. 4.

(28) Voy. B.A. PERRY, *A Representative Supreme Court? The Impact of Race, Religion, and Gender on Appointments*, New York, Greenwood Press, 1991, pp. 131-138.

juif, un noir, ou encore une femme. Assurément, le critère symbolique n'est jamais utilisé isolément, mais intervient en complément des autres critères. Le recours à ce critère n'est pas toujours dépourvu d'arrière-pensées politiques. Loin s'en faut.

Sur le plan procédural, on relèvera que la croissance et la bureaucratisation à la fois de la Maison-Blanche et du Département de la Justice confèrent au Président une logistique administrative considérable, qui lui permet de mener une recherche minutieuse et étendue de candidats potentiels. Ces ressources ne sont cependant pas sans effets pervers, l'intervention simultanée et non coordonnée de plusieurs conseillers pouvant compromettre les intérêts présidentiels. « *Too many cooks may also spoil the broth* » (29).

La Cour suprême de la dernière décennie est marquée par une division en trois catégories de juges. William H. Rehnquist – qui a été élevé au rang de *Chief Justice* en 1986 –, Antonin Scalia et Clarence Thomas forment le bloc conservateur. Ils ont été nommés respectivement par les Présidents Nixon (30), Reagan et G. Bush. Leurs opinions sont, le plus souvent, convergentes. John Paul Stevens, David Souter, Ruth Bader Ginsburg et Stephen G. Breyer forment le bloc libéral, lui aussi très homogène. Alors que les deux derniers ont été nommés par le Président Clinton, les deux premiers l'ont été par les Présidents Ford et G. Bush. Ce n'est pas la première fois que, dans l'histoire de la Cour suprême, des juges mettent un point d'honneur à s'affranchir de l'autorité dont ils tiennent leur nomination. Les derniers juges sont Sandra Day O'Connor – qui est la première femme à avoir accédé à cette fonction – et Anthony Kennedy, tous deux nommés par le Président Reagan.

Les juges O'Connor et Kennedy font office de « juges-pivots ». Si leurs opinions sont généralement plus conservatrices que libérales, ils ont pu, à maintes reprises, rejoindre le camp libéral ou, à tout le moins, susciter des majorités rompant avec les clivages traditionnels (31). Dans certaines affaires, ils ont joué un rôle-clé dans la politique jurisprudentielle de la Cour. L'on pense, par exemple, à l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* (1992). Dix-neuf ans après avoir déclaré l'inconstitutionnalité des

(29) D.A. YALOF, *op. cit.*, p. 19.

(30) Voy. J.W. DEAN, *The Rehnquist Choice : The Untold Story of the Nixon Appointment That Redefined the Supreme Court*, New York, Free Press, 2001.

(31) T.W. MERRILL, « The Making of the Second Rehnquist Court : A Preliminary Analysis », *St. Louis U. L. J.*, 2003, vol. 47, p. 587.

lois réprimant l'avortement, la Cour suprême des États-Unis a été ressaisie du problème. Le risque qu'elle modifie sa position était d'autant plus élevé que la composition de la Cour était sensiblement différente. Pourtant, il n'en a rien été. Les juges ont souligné que leur légitimité est à la mesure de leur capacité à rester constant (*steadfast*) et à résister ainsi à la tentation de revenir sur un arrêt décisif (*a watershed decision*), alors même que rien ne le justifie objectivement.

Il reste que, globalement, la Cour suprême de l'ère Rehnquist est frappée du sceau du conformisme : « *the Court as presently composed seems not to be interested in revolutionary transformation* » (32).

Pourtant, dans sa composition actuelle, la Cour suprême semble marquée par une diversité inégalée dans toute l'histoire des États-Unis, avec trois juges catholiques, deux juifs (33), deux femmes (34) – dont l'une est juive (35) –, et un noir. Mais, si l'on a égard à l'origine professionnelle des neuf juges, c'est manifestement le règne de l'homogénéité. C'est ainsi, par exemple, que sept d'entre eux siégeaient, au moment de leur nomination, dans une Cour d'appel fédérale et que trois seulement ont eu une expérience significative – c'est-à-dire suffisamment longue – dans le secteur privé (36).

De manière générale, les membres de la Cour suprême, à l'image de l'ensemble des juges américains, sont issus, pour la plupart, de la haute bourgeoisie et ont reçu une éducation traditionnelle, de telle sorte qu'ils peuvent être enclins à favoriser des valeurs culturellement dominantes (37).

(32) M. TUSHNET, « Alarmism Versus Moderation in Responding to the Rehnquist Court », *Ind. L. J.*, 2003, vol. 78, p. 64. Voy. cependant R.C. POST, « Fashioning the Legal Constitution : Culture, Courts, and Law », *Harv. L. Rev.*, 2003, vol. 117, p. 4 : « Confirming the endless capacity of the Court to astonish and surprise, the 2002 Term has shattered entrenched images of the Rehnquist Court ».

(33) Voy. R.B. GINSBURG, « From Benjamin to Brandeis to Breyer : Is There a Jewish Seat? », *Brandeis L. J.*, 2002, vol. 41, pp. 229-236.

(34) Voy. R.B. GINSBURG, « The Supreme Court : A Place for Women », *Southwestern U. L. Rev.*, 2003, vol. 32, pp. 189-199.

(35) Voy. M. HALBERSTAM, « Ruth Bader Ginsburg : The First Jewish Woman on the United States Supreme Court », *Cardozo L. Rev.*, 1998, vol. 19, pp. 1441 et s.

(36) Une étude scientifique, fondée sur des données empiriques, confirme ce constat : « At least on the dimension of occupational path, this is one of, if not, the most homogeneous group of justices in U.S. history – a homogeneity induced by Presidents and Senates who seem to be following a norm of prior judicial experience » (L. EPSTEIN, J. KNIGHT & A. MARTIN, « Diversity on the Supreme Court of the United States », dactyl.).

(37) M.J. KLARMAN, « What's So Great About Constitutionalism? », *Nw. U. L. Rev.*, 1998, vol. 93, p. 189. Voy. égal. E.A. HARTNETT, « The Supreme Court and the American Character », *Seton Hall Const. L. J.*, 2001, vol. 11, p. 766.

Depuis l'origine, la Cour suprême partage l'exercice du pouvoir judiciaire fédéral avec d'autres juridictions, qui lui sont inférieures. C'est également au Président qu'il revient de nommer les juges composant ces juridictions. En moyenne, cela représente entre trente et quarante nominations par an. Cette prérogative, à la différence de la nomination des juges à la Cour suprême, ne résulte pas de la Constitution elle-même, mais de la législation fédérale. Au surplus, une distinction doit être opérée entre les *District Courts*, juridictions fédérales de premier degré, et les *Circuit Courts of Appeals*, juridictions fédérales d'appel. Dans les deux cas, les sénateurs sont juridiquement en mesure de s'opposer à la nomination d'un juge. Mais, dans les faits, la nomination des juges des cours de districts obéit à la règle traditionnelle de la « courtoisie sénatoriale » (*senatorial courtesy*), selon laquelle, par une sorte de renversement de perspective, le Président ne choisit un juge que parmi la liste qui lui est soumise par le sénateur – voire par les deux sénateurs – qui relève de l'Etat concerné et appartient au parti présidentiel. Il recueille, à tout le moins, l'accord de ce ou de ces sénateurs. En revanche, la marge d'appréciation du Président est plus étendue pour la nomination des juges des cours de circuit, qui sont au nombre de onze et dont le ressort – à la seule exception de la *Court of Appeals for the District of Columbia Circuit* (Washington D.C.) – couvre le territoire de plusieurs Etats. Chacune d'elles compte de six à vingt-huit juges, l'étendue des circuits étant très variable. Dans tous les cas, chaque nomination n'en doit pas moins être formellement approuvée par le Sénat tout entier.

II. – LE POUVOIR DE CONFIRMATION

Parangon du bicaméralisme égalitaire, le Congrès des Etats-Unis est formé de deux composantes : la Chambre des représentants et le Sénat. Toutes deux sont élues au suffrage universel direct. La première assemblée assure la représentation de l'ensemble de la population américaine. Elle est composée de quatre cent trente-cinq membres et est renouvelée tous les deux ans : une élection a lieu concomitamment à l'élection présidentielle et une autre à mi-mandat. La seconde assemblée garantit la représentation du niveau fédéré, constitué de cinquante Etats. Elle est composée de cent membres. Deux sénateurs sont élus dans chaque Etat, pour un

terme de six ans, de telle sorte que l'Alaska bénéficie de la même représentation que la Californie, par exemple. Cette règle est le résultat d'un compromis politique davantage que le fruit d'une théorie constitutionnelle (38). Il a fallu attendre le XVII^e Amendement à la Constitution, en 1913, pour que les sénateurs soient élus directement par la population, et non plus par les législatures, des Etats. Les deux assemblées disposent de pouvoirs égaux dans le processus législatif, tout projet de loi devant être voté dans les mêmes termes par la Chambre des représentants et le Sénat. En revanche, en dehors du processus législatif, certains pouvoirs sont réservés à l'une ou à l'autre.

C'est ainsi que le Sénat, et lui seul, intervient dans la procédure de désignation des juges de la Cour suprême. Selon les termes de la Constitution américaine, une nomination à la Cour ne peut être effective que si, et à partir du moment où, le Sénat a donné son avis et son consentement (*advice and consent*) (39). Malheureusement, la Constitution n'en dit pas plus, de telle sorte que de sérieuses divergences sont apparues sur le rôle exact du Sénat dans la phase de la confirmation.

Si chacun s'accorde à considérer que le rôle du Sénat n'est pas d'approuver sans discussion (*rubberstamp*) les choix de la Maison-Blanche, il y a toutefois deux manières de concevoir l'intervention sénatoriale, selon la place et l'ampleur accordées au pouvoir de nomination du Président : la thèse de la prévalence présidentielle, d'une part, et la thèse du partenariat égalitaire, d'autre part. Robert J. McKeever distingue ainsi la *presidential school* et la *partnership school* (40).

La controverse continue de mobiliser les esprits aux Etats-Unis, spécialement parmi les sénateurs eux-mêmes. Ainsi, le 26 juin 2001, une sous-commission du *Judiciary Committee* a organisé une séance de réflexion sur ce thème, avec la participation de plusieurs scienti-

(38) R.A. DAHL, *How Democratic Is the American Constitution?*, Yale University Press, 2001, p. 15.

(39) At first glance, « these words assign two distinct roles to the Senate – an advisory role before the nomination has occurred and a reviewing function after the fact. The consent requirement, if the Senate takes it seriously, places pressure on the President to give weight to senatorial advice as well. At the same time, the advisory function makes consent more likely » (D.A. STRAUSS and C.R. SUNSTEIN, « The Senate, the Constitution, and the Confirmation Process », *Yale L. J.*, 1992, vol. 101, p. 1495).

(40) R.J. MCKEEVER, *The United States Supreme Court – A Political and Legal Analysis*, Manchester University Press, 1997, p. 116.

fiques, dont deux éminents professeurs de droit constitutionnel, Laurence H. Tribe (*University of Harvard Law School*) et Cass R. Sunstein (*University of Chicago Law School*) (41).

La thèse de la prévalence présidentielle entend cantonner le Sénat à un rôle modeste. Son pouvoir de confirmation ne lui permettrait pas de porter sur le candidat une appréciation autre que strictement capacitaire : a-t-il les aptitudes à la fois techniques et humaines pour assumer la charge convoitée ? En revanche, le Sénat ne serait pas autorisé à étendre son appréciation à des considérations politiques et idéologiques. Par conséquent, dès le moment où le candidat montre un haut niveau de compétence, d'érudition, de probité et d'assiduité, la confirmation s'impose (42). Quant aux idées de l'intéressé, elles ne sauraient entrer en ligne de compte que dans la seule mesure où elles permettent de jauger ses capacités techniques et humaines (43).

La thèse du partenariat égalitaire – qui prend appui sur les discussions intervenues lors de la Convention de Philadelphie, mais aussi sur la manière dont les sénateurs ont généralement assumé leur rôle (44) – refuse de cantonner le Sénat à un rôle aussi passif (*thumbs-up or thumbs-down*). Au lieu de cela, elle reconnaît aux deux protagonistes un pouvoir d'appréciation égal (45). C'est l'idée que tant le Sénat que le Président – et pas seulement ce dernier – peuvent se forger une conviction en mobilisant les critères d'appréciation qu'ils jugent les plus pertinents, en ce compris les critères politique et idéologique (46). Ce n'est pas à dire que le Sénat doive, ou puisse, contester toute nomination présidentielle qui ne correspondrait pas aux options politiques et idéologiques de la majorité de ses membres. En effet, il serait déraisonnable et irréalisable d'attendre du Président qu'il ne nomme pas quelqu'un lié à son propre parti

(41) Hearing before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Administrative Oversight and the Courts on Should Ideology Matter, *Drake L. Rev.*, 2002, vol. 50, pp. 429 et s.

(42) B. GOLDWATER, « Political Philosophy and Supreme Court Justices », in *The Supreme Court and Its Justices*, *op. cit.*, p. 391.

(43) J.C. EASTMAN, « The Limited Nature of the Senate's Advice and Consent Role », *U.C. Davis L. Rev.*, 2003, vol. 36, pp. 654-655.

(44) Voy. not. M.D. MARCOTTE, « Advice and Consent : A Historical Argument for Substantive Senatorial Involvement in Judicial Nominations », *N. Y. U. Legis. & Pub. Pol'y*, 2001, vol. 5, pp. 519 et s.

(45) « If the system is working well, these simultaneous powers should bring about a healthy form of competition, permitting each branch to counter the other » (C.R. SUNSTEIN, *Why Societies Need Dissent?*, Harvard University Press, 2003, p. 189).

(46) Voy. les études citées par T.J. PERETTI, *op. cit.*, pp. 87-92.

ou, à tout le moins, de la même obédience (47). Par contre, le Sénat pourrait légitimement remettre en cause la nomination de quelqu'un dont les convictions politiques ou idéologiques seraient de nature à favoriser des bouleversements jurisprudentiels majeurs. Il le pourrait d'autant mieux que la Cour suprême a progressivement acquis un pouvoir de plus en plus important (48). C'est d'ailleurs en raison de cette prééminence que d'aucuns encouragent le Sénat – dans une optique plus collective – à préserver un équilibre idéologique minimal parmi les neuf juges (49).

Au cours de la procédure visant à confirmer la nomination du juge Souter, le sénateur Kennedy, encore lui, a insisté sur la nécessité pour le Sénat de déterminer si le candidat manifeste une adhésion claire aux valeurs fondamentales qui sont au cœur de la démocratie constitutionnelle américaine (50). Cette préoccupation est partagée par une partie de la doctrine (51). A partir de là, les idées se diversifient.

Certains auteurs plaident pour un contrôle orienté sur la capacité et la volonté du candidat de protéger les droits fondamentaux (52).

(47) R.J. McKEEVER, *op. cit.*, p. 117.

(48) Voy. J.E. GAUCH, « The Intended Role of the Senate in Supreme Court Appointments », *U. Chi. L. Rev.*, 1989, vol. 56, p. 364. « Because of the awesome and practically unreviewable power that we have ceded to the institution, battles over who shall staff it are bound to be bitter and painful » (S.L. CARTER, « A Devilish Look at the Confirmation Process », *Drake L. Rev.*, 2002, vol. 50, p. 371).

(49) « It is thus in the vital interest of the nation as a whole, and not simply in the interest of those values that liberals and progressives hold dear, that the ideological imbalance of the current Supreme Court and of the federal bench as a whole not be permitted to persist, and that the Senate take ideology intelligently into account throughout the judicial confirmation process with a view to gradually redressing what all should come to see as a genuinely dangerous disequilibrium » (L.H. TRIBE, « Statement », Hearing before the Senate..., *op. cit.*, pp. 450-451). « (...) in an era, like our own, in which the federal judiciary is showing too little respect for the prerogatives of Congress, an excessive willingness to intrude into democratic processes, and a tendency toward conservative judicial activism, it is fully appropriate for the Senate to try to ensure more balance, and more moderation, within the federal courts » (C.R. SUNSTEIN, « Statement », *ibid.*, p. 463).

(50) *The Supreme Court of the United States Nominations*, *op. cit.*, 1990.

(51) « The Senate's advice and consent function could ideally provide an opportunity for Americans to connect their ordinary experiences, values and perceptions to fundamental issues of principle and wisdom. Through our elected representatives, our felt interests and aspirations could be communicated to the judicial nominees who will eventually determine the direction of our fundamental law » (R.F. NAGEL, *Judicial Power and American Character – Censoring Ourselves in an Anxious Age*, Oxford University Press, 1994, p. 23). Des auteurs vont même jusqu'à encourager le Sénat à adopter une position, non pas seulement réactive, mais proactive : voy. R.W. GALLOWAY, « Balance of Power : The Senate, the President and Supreme Court Nominees », in *The Supreme Court and Its Justices*, *op. cit.*, pp. 399-403.

(52) Voy. N. STROSSEN, « Supreme Court Nominations : Should President Clinton Apply a Litmus Test ? Yes : A Solemn Duty », in *The Supreme Court and Its Justices*, *op. cit.*, pp. 404-406.

C'est là un point sur lequel le Président Clinton avait mis l'accent à plusieurs reprises.

D'autres insistent sur l'utilité de savoir quel mode d'interprétation constitutionnelle il privilégie. Il existe, en effet, aux Etats-Unis un clivage profond entre deux modes d'interprétation constitutionnelle – l'originalisme et le non-originalisme –, qui a suscité dans la pensée juridique américaine une polarisation non dénuée d'arrière-pensées politiques. Cette polarisation traduit une divergence de vues sur les finalités d'une Constitution et, par la force des choses, sur la légitimité des juges qui l'interprètent. L'originalisme, c'est l'idée que, dans l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, la Cour suprême doit se confiner à la signification originale de cette disposition, c'est-à-dire à l'acception attribuée à celle-ci au moment de son adoption. Cette acception se dégagera tantôt du texte constitutionnel lui-même (textualisme), tantôt de l'intention de ses auteurs (historicisme). A l'inverse, le non-originalisme admet que la Cour suprême puisse recourir à une interprétation vivante de la Constitution, dégageant de celle-ci des normes qui ne sont pas expressément mentionnées dans le texte constitutionnel ou qui n'ont même pas été envisagées par ses rédacteurs. Ce n'est pas à dire que la Cour pourrait faire fi du langage constitutionnel et des intentions du pouvoir constituant, mais les non-originalistes reconnaissent aux juges une certaine marge d'appréciation dans la définition des idéaux que recèle la Constitution (53).

D'autres encore soulignent l'importance de connaître les opinions que le candidat défend sur des thèmes constitutionnels controversés, tels que l'avortement, les discriminations positives, la peine de mort, ou la séparation entre l'église et l'Etat (54). Force est toutefois de constater que ce dernier point de vue n'emporte pas une adhésion généralisée. Il est plusieurs auteurs pour penser que les sénateurs devraient être empêchés d'extirper du candidat des engagements et des assurances sur des problèmes ou des cas particuliers (55). Le professeur Freund parle de *self-serving post-litem decla-*

(53) Pour plus de détails, voy. M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 44-47.

(54) E. CHERMERINSKY, « Ideology and the Selection of Federal Judges », *U.C. Davis L. Rev.*, 2003, vol. 36, p. 621. Voy. égal. D.A. STRAUSS and C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1494.

(55) T. McCONKIE, « The Senate's New Battlefield : The Role of Ideology in Supreme Court Confirmation Hearings », *Geo. J.L. & Pub. Pol'y*, 2002, vol. 1, p. 191.

rations (56). Et puis n'est-il pas difficile d'anticiper sur les questions majeures dont la Cour pourrait être saisie dans un futur plus ou moins éloigné ? (57) Le témoignage du juge Breyer est, à cet égard, très éclairant : « Quand j'ai été nommé à la Cour suprême, je suis convaincu que les avocats des groupes écologistes, du patronat, des syndicats et d'autres ont lu plusieurs des opinions que j'avais rédigées à la cour d'appel pour se faire une idée de la manière dont je pourrais opiner sur les sujets qui les concernent. Alors que je n'ai aucune idée de ce que je vais penser d'un futur dossier qui impliquerait une loi sur l'environnement ou une réglementation du ministère de l'Intérieur sur le pacage des troupeaux ! Les écologistes et les éleveurs ont vraisemblablement, d'avance, une idée de ce que je pourrais faire. Leurs avocats, après avoir lu mes jugements antérieurs, peuvent bien avoir été conduits à demander à un sénateur de m'interroger, lors de mon audition, sur certains sujets particuliers, afin de déduire quelles pourraient être mes prises de position à venir » (58).

Le procédé consistant à interroger le candidat sur les positions qu'il pourrait adopter – et d'en faire des *political litmus tests* – a été vivement critiqué par le professeur Carter, dans un livre au titre évocateur : *The Confirmation Mess* (59). L'auteur observe notamment qu'un tel procédé est de nature à entraver la disposition du candidat, une fois nommé, à examiner chaque dossier avec impartialité. Le candidat peut, en effet, se sentir lié par les déclarations qu'il a faites, ou qu'on l'a contraint à faire, pendant la procédure de confirmation.

C'est ainsi qu'en 1987, la candidature de Robert Bork provoqua des débats houleux au Sénat (60). Il lui a été reproché d'épouser des opinions très conservatrices dans des domaines aussi sensibles que

(56) P.A. FREUND, « Appointment of Justices : Some Historical Perspectives », *Harv. L. Rev.*, 1988, vol. 101, p. 1163.

(57) R.D. ROTUNDA, « Innovations Disguised as Traditions : A Historical Review of the Supreme Court Nominations Process », *U. Ill. L. Rev.*, 1995, p. 131.

(58) R. BADINTER et S. BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003, p. 52.

(59) S.L. CARTER, *The Confirmation Mess – Cleaning Up the Federal Appointments Process*, New York, Basic Books, 1994, pp. 54-56. Cet ouvrage, très virulent à l'égard de la procédure de nomination en général, a suscité de nombreuses réactions : voy. not. M.J. GERHARDT, « The Confirmation Mystery », *Geo. L. J.*, 1994, vol. 83, pp. 395-431 ; E. KAGAN, « Confirmation Messes, Old and New », *U. Chi. L. Rev.*, 1995, vol. 62, pp. 919-942.

(60) Voy. not. E. BRONNER, *Battle for Justice : How the Bork Nomination Shook America*, New York, Norton, 1989. Voy. égal. le numéro spécial de la *Cardozo Law Review* (1987, vol. 9).

la vie privée et l'égalité raciale. Finalement, les sénateurs refusèrent d'entériner sa nomination. Cette affaire est très révélatrice des stratégies de diabolisation parfois mises en œuvre pour écarter un candidat.

Quoi qu'il en soit, la phase de confirmation offre l'avantage de contribuer à l'information du candidat sur les sujets de préoccupation de la population. Elle a donc aussi une vertu pédagogique, ce que plusieurs auteurs n'ont pas manqué de souligner (61).

Sur le plan procédural, la confirmation obéit aujourd'hui à des pratiques fort éloignées des usages antérieurs. Pendant longtemps, le *Judiciary Committee* procédait à l'examen de la candidature sans éprouver le besoin d'entendre le candidat. Quant à l'assemblée sénatoriale elle-même, elle ne recourait pas nécessairement à un vote formel. Depuis les années soixante, il ne saurait être question pour un candidat de voir sa nomination confirmée sans être convoqué et interrogé par le *Judiciary Committee*. Les séances d'audition se prolongent parfois plusieurs jours. Il arrive qu'elles soient retransmises à la télévision, ce qui peut être considéré comme une forme d'intrusion de la démocratie directe dans un processus représentatif. En somme, la procédure de confirmation est devenue pour le candidat un périlleux parcours du combattant – « *the toughest job interview in the land* » (62) –, parsemé d'embûches, de questions et de suspicions. Celles-ci proviennent des sénateurs eux-mêmes, mais aussi des groupes de pression et de la presse (63). Les uns et les autres prennent appui sur les éléments recueillis grâce aux logiciels informatiques LexisNexis et Westlaw, tantôt sur les jugements rédigés par le candidat, tantôt sur les articles ou les commentaires qu'il a publiés. En fin de compte, la procédure de confirmation se transforme vite en une guerre par procuration entre les forces en opposition sur la scène politique (64). N'est-il pas paradoxal que l'importance exagérée accordée aux auditions – dont le principe n'est pas contes-

(61) Voy. B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », *Mich. L. Rev.*, 1993, vol. 91, p. 676; W.G. ROSS, « The Role of Ideological Factors in the Federal Judicial Selection Process », *Nexus J. Op.*, 2002, vol. 7, p. 42. Sur le thème plus général de la place de la population dans la procédure de confirmation, voy. N. TOTENBERG, « The Confirmation Process and the Public : To Know or Not To Know », *Harv. L. Rev.*, 1988, vol. 101, pp. 1213-1229.

(62) M.C. RAHDERT, « The Toughest Job Interview in the Land », *Temple Pol. & Civ. Rts. L. R.*, 1993, vol. 2, p. 293.

(63) Voy. R. DAVIS, « Supreme Court Nominations and the News Media », *Alb. L. Rev.*, 1994, vol. 57, pp. 1061-1079.

(64) R.J. McKEEVER, *op. cit.*, p. 127. Voy. égal. J.E. GAUCH, *op. cit.*, pp. 362-364.

table (65) – finit par nuire à l'indépendance du Sénat dans le processus de confirmation (66) ?

A cet égard, l'examen par le Sénat de la candidature de Robert Bork a marqué un tournant décisif dans la procédure de confirmation. A eux seuls, les chiffres sont éloquentes : l'audition du candidat s'est prolongée douze jours durant et elle a donné lieu à un dossier de plus de 6500 pages.

Dans le processus de confirmation, le Président lui-même est censé jouer un rôle stratégique déterminant (67). En effet, un refus de confirmation par le Sénat est pour lui un signe embarrassant de faiblesse (68). On comprend mieux, dès lors, les efforts consentis par la Maison-Blanche – avec l'aide du Département de la Justice –, d'abord, pour trouver un candidat qui soit *unobjectionable* et donc *confirmable* et, ensuite, pour aider ce candidat à franchir le cap de la confirmation sans trop d'encombres. La probabilité que le candidat ne soit pas écarté par les sénateurs doit désormais être rangée parmi les critères de choix présidentiel (69). Les Présidents G. Bush et Clinton l'ont parfaitement compris, obsédés qu'ils étaient de ne pas subir les revers malheureux de leurs prédécesseurs (70).

Certains auteurs vont même jusqu'à considérer que ces initiatives stratégiques procèdent d'une volonté déterminée des présidents de « vendre » leurs candidats et ainsi de peser sur le processus judiciaire (71). A cet égard, l'époque où survient la vacance peut être crucial. Ainsi, le Sénat sera enclin à être d'autant plus scrupuleux que la nomination interviendra juste avant l'élection présidentielle, de telle sorte que la prudence incitera le Président à porter son

(65) Un ouvrage récent souligne que les séances d'audition par le Sénat sont parfaitement conformes à la tradition judiciaire anglo-américaine, mais très éloignées du modèle français : A. GARAPON et I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 168.

(66) D.A. STRAUSS and C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 1517.

(67) Voy. J. MASSARO, *Supremely Political : The Role of Ideology and Presidential Management in Unsuccessful Supreme Court Nominations*, Albany, State University of New York Press, 1990.

(68) R. DAVIS, *op. cit.*, p. 1064 ; D.O. STEWART, « Appointing Strangers », in *The Supreme Court and Its Justices*, *op. cit.*, p. 394 ; D.A. YALOF, *op. cit.*, p. 4.

(69) Y.M. BARKSDALE, « Advise and Consent », *Case W. Res.*, 1997, vol. 47, p. 1400. « For a president, the choices are virtually unlimited, and at the same time, unduly narrow » (D.A. YALOF, *op. cit.*, p. 187).

(70) « For better or worse, the ill-fated 1987 nomination of Robert Bork had continued to cast its long and influential shadow over all high court nominations in its wake » (D.A. YALOF, *op. cit.*, p. 207).

(71) Voy. not. J.A. MALTESE, *The Selling of Supreme Court Nominees*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1995. Pour une critique, voy. O.A. HATHAWAY, « The Politics of the Confirmation Process », *Yale L. J.*, 1996, vol. 106, pp. 235-240.

choix sur un candidat consensuel. Le fait que le Président bénéficie d'une majorité au sein de l'institution sénatoriale, ou qu'il n'en bénéficie pas (*divided party government*), s'avère également déterminant, tout comme la popularité dont il jouit au moment de la nomination.

Le professeur Yalof distingue trois stratégies différentes dans les choix présidentiels effectués depuis 1945 (72). La première stratégie est celle de l'ouverture : le Président ne découvre pas anticipativement ses intentions. La deuxième stratégie est celle de la fermeture : le candidat du Président est choisi avant même que la place soit déclarée vacante. La troisième stratégie se situe entre les deux premières : le Président dévoile les critères qui détermineront son choix lorsque, et pour le cas où, il devra procéder à une nomination. De toute évidence, c'est cette dernière stratégie qui a emporté les préférences du Président G.W. Bush, celui-ci ayant affirmé à plusieurs reprises qu'il nommerait des candidats faits sur le même moule que les juges Scalia et Thomas.

Des évolutions, plus ou moins sensibles, sont observables. C'est ainsi qu'il a été soutenu qu'au cours du dix-neuvième siècle, la désignation des juges de la Cour suprême était l'occasion fréquente de tensions politiques, et donc idéologiques, entre le Président et le Sénat, ce qui – si l'on excepte le cas singulier de la candidature malheureuse de Robert Bork – ne serait plus observable aujourd'hui, les sénateurs faisant généralement preuve d'une plus ou moins grande déférence politique à l'égard des choix présidentiels, en évitant les débats de principe sur les options idéologiques liées à la nomination des candidats. Tel est, en tout cas, le constat d'une partie de la doctrine (73). Concrètement, depuis la moitié du XX^e siècle, seules trois candidatures ont été refusées par le Sénat, celles de Clement Haynsworth (1969), de Harrold Carswell (1970) et de Robert Bork (1987). Quant à Douglas Ginsburg, la révélation de sa consommation passée de marijuana et donc la menace d'un veto le convainquirent de retirer sa candidature (1987). Quelques années auparavant, Abe Fortas et Homer Thornberry avaient également renoncé à leur candidature, le premier comme *Chief Justice* et le second comme *Associate*

(72) D.A. YALOF, *op. cit.*, pp. 6-7.

(73) Voy. T.J. PERETTI, *op. cit.*, pp. 93-99; J.K. TULIS, « Constitutional Abdication : The Senate, The President, and Appointments to the Supreme Court », *Case W. Res.*, 1997, vol. 47, pp. 1331-1357.

Justice (1968). Depuis 1789, environ 20 % des nominations se sont soldées par un échec, lié au contrôle sénatorial.

Ces évolutions sont le reflet des changements plus généraux ayant affecté l'équilibre entre les pouvoirs présidentiels et ceux du Congrès (74).

Les auditions des candidats à la Cour suprême par le *Judiciary Committee* ont suscité quelques polémiques liées à la nature particulière de certaines questions. Elles touchent, pour l'essentiel, à la vie privée des candidats et à leurs convictions religieuses.

A plusieurs reprises, des candidats ont vu leur vie privée exposée à l'opinion publique. Un cas illustre mérite, à cet égard, d'être cité, celui de Clarence Thomas (75). En 1991, alors qu'il était candidat à un siège à la Cour suprême, il dut subir des allégations de harcèlement sexuel de la part de Anita Hill, qui avait été son assistante quelques années plus tôt. Sa confirmation fut acquise à une très courte majorité (52 voix contre 48).

Les convictions religieuses des candidats font également l'objet d'un examen attentif. Or, en vertu de l'article VI, section 3, de la Constitution américaine, « aucune profession de foi religieuse ne sera exigée comme condition d'aptitude à quelque fonction ou charge publique de confiance dépendant des États-Unis que ce soit ». Cette disposition – la *Religious Test Clause* – est généralement interprétée dans le sens où elle interdit aux sénateurs de questionner un candidat à la Cour suprême sur sa religion et, ainsi, de faire de ses croyances – ou non croyances – religieuses un critère d'appréciation de son aptitude à occuper le siège convoité (76). Le maintien ou non de la jurisprudence constitutionnelle en matière d'avortement étant devenu un enjeu majeur – si pas l'enjeu principal – de toute nouvelle désignation à la Cour, l'on comprend que l'article VI ait pu être malmené et que le risque que cela se reproduise à l'avenir est inéluctable.

(74) H.P. MONAGHAN, *op. cit.*, pp. 1208-1209.

(75) Voy. K.M. SULLIVAN, « The Hill-Thomas Mystery », *The New York Review of Books*, Aug. 12, 1993.

(76) J.G. SIDAK, « True God of the Next Justice », *Const. Comment.*, 2001, vol. 18, p. 9.

CONCLUSION

La Cour suprême des Etats-Unis n'est pas une Cour constitutionnelle d'inspiration kelsénienne. En effet, la mission qui lui revient de contrôler, en dernière instance, la constitutionnalité des lois et des autres normes juridiques procède d'une conception particulière de la justice constitutionnelle, qui n'est pas celle qui domine sur le continent européen. Et pourtant, à bien des égards, sa composition repose sur des règles ou des pratiques comparables à celles qui sont utilisées dans le modèle européen. On pense, tout particulièrement, à l'intervention des parlementaires et à la politisation des désignations.

Le système de désignation des juges de la Cour de Washington n'est pas pour autant à l'abri de tout reproche. Il souffre d'un certain nombre de travers et de lacunes qui en compromettent l'efficacité, voire la légitimité (77). Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que des propositions de réforme aient été formulées.

Les propositions les plus radicales supposent l'adoption d'un amendement à la Constitution. Il s'agit, par exemple, de subordonner la confirmation du Sénat à une majorité renforcée des deux tiers ou, en amont du processus, de permettre au Sénat de soumettre au Président une liste de candidats potentiels. Il s'agit, autre exemple, de limiter la durée du mandat de juge ou de fixer une limite d'âge. Plus radicalement, il se trouve des auteurs pour envisager l'élection des juges de la Cour suprême par la population. Or, la procédure américaine de révision constitutionnelle doit être comptée parmi les plus strictes au monde. Le Constituant de 1787 l'a voulu ainsi pour préserver l'autonomie des entités fédérées. Il paraît hautement improbable que, sur un sujet aussi délicat, une modification de la Constitution puisse être menée à son terme. « *Any attempt at sweeping reform is going to be hard to come by and is likely to backfire* » (78).

D'autres propositions sont orientées sur la manière dont le Président et le Sénat usent de leurs prérogatives respectives. Elles préconisent, par exemple, l'organisation d'auditions moins inquisitoriales,

(77) Voy. cependant S.L. MARTINO, *op. cit.*, p. 187 : « Undoubtedly, the nomination and confirmation process may be imperfect, but it has never brought the nation to its knees ».

(78) M.H. REDISH and S.B. GOLDBERG, « What's the Alternative? A Roundtable on the Confirmation Process », in *The Supreme Court and Its Justices*, *op. cit.*, p. 428 (citation du juge Alex Kozinski).

qui ne soient pas retransmises par la voie télévisuelle, voire la suppression pure et simple de la pratique des auditions.

Il reste que la qualité d'un système de justice constitutionnelle ne se mesure pas « à l'aune du petit ou grand nombre de ceux qui l'exercent mais du petit ou grand nombre de choses qu'il lui est autorisé de faire » (79). C'est une manière de souligner que les règles qui président à la composition d'une juridiction constitutionnelle, aussi importantes soient-elles, sont pourtant insuffisantes à asseoir la légitimité de celle-ci. L'approche organique doit être complétée par une approche procédurale et fonctionnelle, qui intègre des limites substantielles à l'action des juges. Car, « la naïveté démocratique, qui fait l'impasse sur les imperfections de l'homme, n'est pas acceptable » (80). Pas plus que les autres hommes, les juges ne sont des dieux.

(79) N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, trad., Paris, Cerf, 1996, p. 70.

(80) J. JULLIARD, *Le choix de Pascal*, Paris, Desclée de Brouwer, 2003, p. 304.