



HAL
open science

Une révolution conservatrice à la Cour suprême ?

François Vergniolle de Chantal

► **To cite this version:**

François Vergniolle de Chantal. Une révolution conservatrice à la Cour suprême ?. Conservatismes en mouvement, 2016. halshs-02076165

HAL Id: halshs-02076165

<https://shs.hal.science/halshs-02076165>

Submitted on 21 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Une révolution conservatrice à la Cour suprême ?

Les républicains et le droit constitutionnel

Tocqueville écrivait dès 1835 que toutes les questions politiques, aux États-Unis, devenaient à un moment donné des questions juridiques¹. Rien dans l'évolution des dernières décennies ne contredirait ce diagnostic car toutes les grandes transformations politiques depuis le New Deal sont allées de pair avec des tensions autour de la Cour suprême. La tentative de réforme de sa composition en 1937 (*Court-Packing Plan*) fut un tournant de la présidence Roosevelt, tandis que la révolution conservatrice entamée avec la candidature de Barry Goldwater en 1964 fit de la Cour l'«œil du cyclone» (*storm center*) de la vie politique nationale².

Dès 1968, le candidat Nixon transformait la Cour suprême en enjeu électoral, ce qui n'était généralement pas le cas, en s'engageant à désigner (*nominate*) des juges qui se contentent d'appliquer la loi et non pas de la créer – une allusion transparente à la façon dont la Cour Warren avait supervisé une «révolution des droits» dans les années soixante tout en permettant l'émancipation des Noirs, en dehors de tout contrôle politique direct. Dans les années quatre-vingt, la présidence Reagan organisa ensuite un véritable programme politique de transformation des

-
1. «Il n'est presque pas de question politique, aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire» (Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, vol. 1, 2e partie, chap. VIII, p. 370, Paris, Garnier-Flammarion, 1982 [1835]).
 2. David M. O'Brien, *Storm Center: the Supreme Court in American Politics*, New York, W.W. Norton, 5e éd., 2000.

cours fédérales, supervisé par Edwin Meese, un conseiller politique qui accompagnait Reagan depuis son élection comme gouverneur de Californie et qui fut ministre de la Justice (*Attorney General*) entre 1985 et 1988, afin de faire du judiciaire fédéral le garant de la pérennité de la révolution conservatrice.

Cette tactique se heurta très vite à l'opposition des démocrates, comme l'illustra le calvaire que fut la tentative de nomination de Robert Bork à la Cour suprême en 1987. Reagan connut en l'espèce l'une des plus grandes défaites de son mandat. Conservateur revendiqué et avocat d'une lecture restrictive de la Constitution – l'originalisme³ – Bork commit l'erreur de se lancer dans une véritable confrontation avec les sénateurs sur des questions politiques de première importance comme le droit à la vie privée ou celui à l'avortement. Il défendit avec acharnement un originalisme constitutionnel qui, poussé à ses limites, aurait menacé des décennies de jurisprudence et des précédents historiques comme *Griswold* pour la vie privée ou *Roe* pour l'avortement. Dans ces conditions, le Sénat rejeta sa candidature par une majorité de 58 voix (contre 42), soit la plus importante dans toute l'histoire des nominations qui ont échoué.

Néanmoins, les présidents républicains surent ensuite présenter des candidats qui évitèrent toute controverse de ce type, sans pour autant dissimuler leurs valeurs conservatrices, à l'instar du président de la Cour suprême (*Chief Justice*) John Roberts, confirmé par le Sénat en 2005. Les nominations présidentielles se firent en fait de plus en plus « idéologiques » dès le milieu des années quatre-vingt, de sorte que le basculement de la Cour suprême dans le camp des conservateurs était entériné en 1986 avec les nominations réussies d'Antonin Scalia comme juge (*Justice*) et de William Rehnquist comme président de la Cour suprême. Cette tactique fut poursuivie et approfondie par les Bush – père et fils – en dépit de son prix, celui de mettre en crise permanente le processus de nomination.

La tactique électorale de Nixon puis la reprise en main reaganienne illustrent la façon dont la Cour suprême, en tant qu'institution, a pu jouer dans la formulation et le développement de la révolution conservatrice : d'abord en tant que « bouc émissaire » idéal, c'est-à-dire un condensé de

3. Le terme est attribué à Paul Brest, un juriste classé à gauche, dans un article de 1980, « The Misconceived Quest for the Original Understanding », *Boston University Law Review*, 60, p. 204-238.

cet élitisme bien pensant, non démocratique et donneur de leçons que les conservateurs d'alors décrivaient comme l'*establishment* (intellectuel et politique) de Washington DC. Ensuite, la Cour fut perçue par ces mêmes conservateurs comme un outil de préservation des conquêtes et des accomplissements des républicains au pouvoir. Grâce à son pouvoir d'interprétation de la loi (*judicial review*), la Cour, en inscrivant dans la longue durée du droit les succès éphémères du politique, peut contribuer à pérenniser l'héritage conservateur.

Cette contribution est divisée en trois points. Il va d'abord s'agir de rappeler la profonde mutation de la Cour suprême sous la direction d'Earl Warren (1954-1969), qui n'hésita pas à accompagner les changements sociaux et politiques de l'époque au risque de donner aux conservateurs des munitions pour dénoncer cet « activisme » inconnu depuis les années trente. Avec les succès des républicains aux présidentielles, la composition de la Cour se modifia en faveur des conservateurs ; mais cette évolution institutionnelle n'explique pas l'ensemble du processus de construction d'une cour conservatrice car il faut aussi prendre en compte la constitution d'un « contre-*establishment*⁴ » juridique, notamment par le biais de la Federalist Society. Enfin, il conviendra de s'interroger sur les limites de la révolution juridique menée par les conservateurs, et notamment par la Cour Rehnquist. Si le pari d'une Cour rejetant l'activisme au bénéfice d'une « retenue » (*self-restraint*) a échoué, en revanche, le projet idéologique, plus que jamais en cours, a permis d'enregistrer des succès indéniables.

L'importance du hasard en politique n'est nulle part mieux illustrée que dans les évolutions de la Cour suprême. En dépit de l'adage washingtonien qui veut qu'un juge à la Cour ne « démissionne jamais et meurt rarement », l'histoire de la Cour est ponctuée d'imprévus qui bousculent les stratégies les mieux établies. Il en alla ainsi de la nomination d'Earl Warren, appelé à remplacer Fred Vinson qui, nommé par Truman en 1946, était mort soudainement en septembre 1953. En le désignant, Eisenhower ne faisait que respecter une promesse faite au gouverneur républicain qu'était Warren, qui lui avait apporté le soutien de la délégation de Californie lors de la convention de 1952. Sa confirmation comme président de la Cour suprême en mars 1954 fut rapide et facile.

4. Sidney Blumenthal, *The Rise of the Counter-Establishment: The Conservative Ascent to Political Power*, New York, Union Square Press, 2e éd. 2008 [1986].

Un simple vote par acclamations (*voice vote*) dans un Sénat en majorité démocrate valida sa nomination « hors session » (*recess appointment*⁵) en janvier, ce qui illustrait la nature consensuelle de ce choix. Eisenhower s'attendait, comme beaucoup, à un républicanisme modéré, « moderne » et capable de définir des compromis. D'autant que le nouveau président de la Cour avait un parcours politique⁶, à l'image de la très grande majorité des juges jusqu'alors, ce qui assurait, pensait-on, un respect « instinctif » des actes des pouvoirs élus. Cette attente, rationalisée par la vieille doctrine des « questions politiques » au terme de laquelle les juges doivent s'abstenir de décider sur des questions qui sont du ressort des élus, devait prendre la forme d'une « retenue » (la Cour est libre de choisir les cas sur lesquels elle veut se prononcer) et éviter la difficulté « contre-majoritaire » contenue dans l'accusation de « gouvernement des juges ».

Earl Warren arrivait dans une institution profondément changée depuis 1937 et la confrontation entre Franklin Roosevelt et la Cour conservatrice de Charles E. Hughes. En quelques années, la recomposition idéologique de la Cour fut radicale. Ainsi, en 1954, tous les juges avaient été nommés par Franklin Roosevelt ou Truman et s'inscrivaient de plain-pied dans l'héritage idéologique du New Deal, que ce soient Hugo Black (1937), Stanley Reed (1938), William O. Douglas (1939), Felix Frankfurter (1939), Robert H. Jackson (1941) et son remplaçant en 1954, John Marshall Harlan II (le « *great dissenter* » de la Cour Warren car plus conservateur), Sherman Minton (1949), Tom Clark (1949) et Harold Burton (1945). Si certains étaient favorables à une « retenue » judiciaire (comme Felix Frankfurter et Robert H. Jackson), les autres, notamment Hugo Black et William O. Douglas, considéraient que la Cour devait avoir un rôle plus affirmatif dans la définition et la protection des droits individuels⁷.

5. Article 2, section 2, clause 3, « Le président aura le pouvoir de pourvoir à toutes les vacances qui viendraient à se produire dans l'intervalle des sessions du Sénat, en accordant des commissions qui expireront à la fin de la session suivante. »

6. Membre du Parti républicain, il fut gouverneur de Californie en 1943 et colistier de Thomas Dewey lors de la présidentielle de 1948.

7. Le départ de Felix Frankfurter en 1962 permit à Earl Warren de consolider sa majorité. Kennedy désigna en effet Arthur Goldberg, un spécialiste de droit du travail, qui fut le 5e vote nécessaire à Warren pour bénéficier d'un solide bloc progressiste. En revanche, la nomination de Byron White en 1962 fut décevante pour les libéraux. Le nouveau juge s'affirma comme centriste et pragmatique, refusant les engagements philosophico-idéologiques et préférant la retenue ou l'approche factuelle des cas. Il

Cette Cour Warren fut, dans l'histoire de l'institution, le troisième grand exemple d'un activisme juridique comme l'a expliqué Robert McCloskey dans son ouvrage classique sur la Cour suprême, où il distinguait un activisme « nationaliste » (John Marshall), « économique » (*Lochner Court*), et « juridique » (Earl Warren⁸). À chaque fois, une solide majorité au sein de la Cour prit le risque d'un engagement politique en faveur d'une philosophie/idéologie distincte, qui anticipait sur les décisions des pouvoirs élus, sans en être complètement déconnectée car les tournants de jurisprudence ne deviennent historiques que lorsqu'ils sont repris et appliqués par les pouvoirs élus, comme ce fut le cas dans chacun de ces exemples. Un activisme que l'on peut mesurer par le nombre de précédents renversés – 32 entre 1954 et 1969, soit le chiffre le plus important jusqu'alors⁹ – et qui repose sur une interprétation « expansive » de la Constitution – baptisée *loose construction* ou *living Constitution* – au terme de laquelle la Constitution est un document « dynamique », dont la signification évolue en fonction des valeurs et des notions dominantes à un moment donné de l'histoire du pays¹⁰.

Earl Warren se révéla beaucoup plus engagé en faveur d'un activisme progressiste de la Cour que ne l'avaient envisagé le président et les sénateurs – y compris ceux issus de la « vieille garde » (*old guard*) républicaine – qui l'avaient désigné sans sourciller. Dès mai 1954, la Cour plaçait le président

fut ainsi un dissident dans la décision *Miranda*. C'est l'arrivée de Thurgood Marshall, premier Noir à la Cour, en 1967, qui fut le 6e vote du camp progressiste. Eisenhower, pour sa part, nomma John Marshall Harlan II (1954), William Brennan (1957), Charles Whittaker (1957), Potter Stewart (1959), soit un total de cinq juges (avec Earl Warren).

8. Robert McCloskey, Sanford Levinson, *The American Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 5e éd., 2010 [1960].
9. Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, New York, Oxford University Press, 2008. Le décompte est fait p. 12 : la Cour Marshall n'a renversé aucun précédent ; la Cour Hughes, 25 ; la Cour Rehnquist, 39.
10. Cette perspective est défendue en référence à certains écrits des Pères fondateurs – notamment Madison – mais aussi à ceux de Woodrow Wilson et des juristes « pragmatiques », comme Oliver Wendell Holmes Jr. (juge de 1902 à 1932). Le terme en lui-même serait utilisé par les juristes depuis l'ouvrage d'Howard L. McBain, *The Living Constitution* (1927). Le meilleur exemple justifiant l'application de cette perspective est sans doute le 8e amendement de la Constitution (1791) interdisant les « châtimens cruels et inhabituels » sans autre précision. De même, les 5e (1791) et 14e (1868) amendements sur l'« égale protection des lois » et la « procédure régulière » sont des textes « ouverts » à l'expansion des libertés civiles, dont les Noirs et les femmes ont bénéficié.

devant ses obligations constitutionnelles. Avec *Brown v. Board of Education*, une décision unanime des neuf membres de la Cour¹¹, la ségrégation raciale était interdite dans les écoles publiques du pays. Un an plus tard, dans *Brown II*, la Cour précisait que la déségrégation devait être menée « avec toute la diligence nécessaire » (*with all deliberate speed*). Le président se devait alors, en tant que responsable de l'exécution des lois nationales, de mettre en œuvre une décision qui, pour Eisenhower, comportait pourtant un risque sérieux, celui de relancer les tensions raciales.

Cette première décision, historique, fut suivie par toute une série d'autres qui, jusqu'en 1969, constituèrent une véritable « révolution des droits », dont William J. Brennan, nommé par Eisenhower, fut, tout autant que Warren, l'instigateur. Non seulement l'engagement de la Cour en faveur de la déségrégation ne faiblit pas, mais Warren et sa majorité finalisèrent l'« incorporation » des droits du *Bill of Rights* de 1791 (les dix premiers amendements de la Constitution) en réalisant le potentiel d'émancipation contenu dans le 14^e amendement, mais minimisé par les Cours conservatrices depuis son adoption en 1868¹². Les droits des accusés furent aussi étendus avec *Gideon v. Wainwright* (1962) et ceux des personnes arrêtées avec *Miranda v. Arizona* (1966), qui garantissent respectivement l'accès à un avocat et la lecture de ses droits. La Cour interdit aussi la prière dans les écoles publiques au titre du premier amendement (*Engel v. Vitale*, 1962). Avec *Baker v. Carr* (1962) et *Reynolds v. Smith* (1964), elle s'impliqua à nouveau dans un domaine politique en élaborant des critères pour guider le redécoupage (*redistricting*) des circonscriptions électorales fédérales et fédérées, dont le plus fameux est « une personne, une voix » (*One man, one vote*), selon la formule de William Douglas dans *Reynolds*. En 1968, la Cour, unanime pour l'occasion dans sa décision *Green v. County School Board of New Kent County*, déclara que les autorités scolaires de l'État de Virginie devaient prendre

11. Même Stanley Reed, un ancien « Bourbon Democrat » du Kentucky, se rallia à la décision.

12. Le 14^e amendement est à lui seul une nouvelle Constitution pour le pays. En créant une citoyenneté commune à tous les Américains, il impose les mêmes droits et les mêmes devoirs à tous dans tout le pays. Dès 1868, l'enjeu juridique devenait celui de la « nationalisation » des droits du *Bill of Rights* à l'ensemble du pays par le biais de la clause de l'« égale protection des lois » (*Equal Protection Clause*). Ce que les juristes désignent comme l'« incorporation » (*incorporation*) désigne cette possibilité donnée à tous les citoyens américains d'invoquer les protections du *Bill of Rights* contre tous les niveaux de gouvernement (fédéral, fédéré, local). Entamée dans les années vingt, elle s'accélère dans les années soixante.

des mesures plus ambitieuses que la simple liberté de choix laissée aux élèves des écoles publiques, comme le *busing* (transport scolaire mixte), pour lutter contre la ségrégation. La Cour reconnut enfin un nouveau droit, qui n'est nulle part inscrit dans la Constitution mais que les juges déduisirent de son contenu, un « droit à la vie privée » (*right to privacy*) dans *Griswold v. Connecticut* (1965) par une majorité de 7 contre 2¹³. Cette innovation juridique, qui vise à protéger l'intimité individuelle de toute intrusion gouvernementale, fut essentielle dans la reconnaissance d'un droit national à l'avortement dans *Roe v. Wade* (1973).

La Cour Warren changea la vie de millions d'Américains en multipliant ainsi les initiatives juridiques. Mais toutes ces avancées furent autant de facteurs de mobilisation pour un mouvement conservateur en train de se construire. En mettant en place des politiques publiques nationales, la Cour avouait sa politisation et devenait ainsi la cible privilégiée des conservateurs. Comme l'expliquèrent Byrne Edsall et Mary Edsall, ces réformes déclenchèrent une « réaction en chaîne » qui donna toute sa force au « *backlash* » conservateur des deux décennies suivantes¹⁴. Les questions de race (*busing*), la lutte contre le crime, la défense de la famille, la morale religieuse furent ainsi autant de moteurs dans le retour politique des conservateurs, le tout aggravé par l'habituelle dénonciation de ces élites non-élues que représentent les juges et qui imposeraient leurs idées à l'ensemble de la nation. Dans les milieux juridiques, les détracteurs de l'activisme critiquèrent aussi la thèse de la « constitution vivante » en soulignant ses lacunes méthodologiques¹⁵, notamment l'absence d'une démarche rigoureuse d'interprétation, ce qui a comme

13. Dans son opinion majoritaire (*majority opinion*), le juge William O. Douglas écrit que le droit à la vie privée existait « dans la pénombre » (*in the penumbras of*) des autres droits explicites, comme le 5^e amendement empêchant un accusé de témoigner contre lui-même (*self-incrimination clause*) ou la clause de la procédure régulière (*due process*) du 14^e amendement. Dans son opinion concourante (*concurring opinion*), le juge Arthur Goldberg invoqua le 9^e amendement qui précise que la liste des droits contenus dans le *Bill of Rights* n'est pas limitative (« *The enumeration in the Constitution of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.* »)

14. Byrne Edsall, Mary Edsall, *Chain Reaction: The Impact of Race, Rights, and Taxes on American Politics*, New York, W.W. Norton, 1991.

15. Ainsi, William Rehnquist prononça en 1976 un discours à l'Université du Texas sur « *The Notion of a Living Constitution* », republié dans le *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29 (2) mars 2006, p. 401-415, sous le même titre.

conséquence de permettre aux juges de projeter leurs préférences au détriment de la règle de droit.

L'embarquée progressiste de la Cour suprême étant un facteur de mobilisation pour la droite, nulle surprise dans le fait que Nixon arriva au pouvoir après une campagne où il plaça l'instance fédérale au centre de ses engagements, promettant de la transformer en une institution plus modeste, pratiquant la « retenue ». Les déclarations tonitruantes sur la nécessité de placer des « conservateurs » restèrent secondaires par rapport à la nécessité de placer des « professionnels » du droit et d'éviter d'anciens politiques et élus qui se serviraient de la Cour suprême comme d'une mini-législature, au profit de techniciens qui s'en tiendront aux faits d'un cas et chercheront à définir une interprétation étroite¹⁶. Ce profil est l'exact inverse de celui d'Earl Warren qui, aux yeux de Nixon et de son équipe, constituait un véritable repoussoir.

La reprise en main de la Cour suprême fut naturellement rendue possible par les victoires électorales des républicains aux présidentielles. La litanie des nominations par les présidents Nixon, Reagan, G.H.W. Bush, puis G.W. Bush est l'aspect le plus évident de cette recomposition « par le haut » du judiciaire fédéral. Mais ce mouvement s'est aussi doublé d'une évolution de la communauté juridique elle-même, au sein de laquelle un réseau de juristes de droite, à l'instar de la Federalist Society, s'est développé au fur et à mesure que se construisait l'ascendant intellectuel et politique des conservateurs. Ce double mouvement – institutionnel et social – a permis de construire la Cour actuelle.

Nixon arriva donc à la présidence, convaincu de la nécessité de mettre un terme à l'activisme de la Cour Warren. Celui-ci avait déjà annoncé sa volonté de quitter son poste un an auparavant, dans l'espoir de voir Lyndon Johnson lui choisir un successeur. Mais la candidature d'Abe Fortas, membre de la Cour depuis 1965, fut un échec retentissant

16. L'abandon des candidats avec expérience politique (législative) et le recours aux juristes professionnels est une tendance forte des dernières décennies, qui va de pair avec l'évolution conservatrice de la Cour suprême. On peut consulter sur ce point le tableau dans Matthew Crenson & Benjamin Ginsberg, *Presidential Power. Unchecked and Unbalanced*, New York, W.W. Norton, 2e éd. 2008, p. 313 : dans les années cinquante, 20 % des candidats nommés juges fédéraux avaient une expérience législative ; dans les années soixante-dix, moitié moins (9,4 %) ; et, entre 2000 et 2005, seulement 4,2 %. Au XIXe siècle, plus de la moitié (et jusqu'à 80 % dans certaines décennies) avaient une expérience législative.

– c’est le dernier exemple d’un *filibuster* (« flibuste ») réussi contre un candidat à la Cour – et il revint à Nixon de désigner le successeur d’Earl Warren. Le président considéra d’abord un membre de la Cour en la personne de Potter Stewart, un pragmatique modéré, choisi par Eisenhower en 1958 et qui avait rédigé une opinion dissidente (*dissent*) dans la décision *Griswold* où il indiquait ne voir aucun « droit à la vie privée » dans la Constitution. Mais devant les réticences de ce dernier, il choisit finalement en 1969 Warren E. Burger, alors à la cour fédérale d’appel de Washington DC¹⁷. Celui-ci présentait l’avantage d’avoir été un critique de l’activisme d’Earl Warren à propos des droits des accusés (*defendant’s rights*) et, plus généralement, de s’en remettre à une interprétation stricte (*strict construction*) de la Constitution. Nixon se retrouvait dans cette perspective et le Sénat, à majorité démocrate, confirma ce choix par une majorité écrasante de 74-3 (juin 1969) car Warren Burger restait suffisamment modéré pour être acceptable. Mais la Cour demeurait progressiste et la marge de manœuvre de son nouveau président était réduite.

La démission d’Abe Fortas dans la foulée constitua une ouverture inespérée. Après l’échec de sa candidature à la présidence de la Cour, il se trouva aussi mêlé à une affaire de conflits d’intérêts qui mettait en doute son intégrité. Nixon se tourna alors vers Clement Haynsworth, un juge au 4^e Circuit des cours d’appel, dont le profil était beaucoup plus conservateur que celui de Warren Burger, notamment dans le domaine du droit du travail. Le choix était d’autant plus malheureux pour remplacer un des juges les plus progressistes que Clement Haynsworth, originaire de Caroline du Sud, fut accusé d’être ouvertement hostile à la déségrégation. Sa confirmation échoua au Sénat devant l’opposition des démocrates et des républicains modérés, avec le soutien de la grande association de lutte contre les discriminations, la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP). Le vote négatif à son encontre (55-45) était le premier depuis 1930. L’administration choisit alors G. Harrold Carswell mais ses prises de position favorables à la ségrégation en 1948 (alors qu’il était candidat à l’assemblée locale de Géorgie), combinée à la médiocrité de son parcours professionnel, aboutirent au rejet de sa candidature en avril 1970 (51-45). Ce ne fut qu’à l’occasion de sa troisième tentative que Nixon réussit à faire passer son nouveau candidat, Harry Blackmun, au siège vacant d’Abe Fortas.

17. Cette Cour d’appel est un vivier de candidats à la Cour suprême de par sa position stratégique dans les procédures impliquant l’État fédéral.

En mai 1970, ce modéré fut confirmé par un vote écrasant de 94-0. Nixon et son équipe venaient de comprendre les difficultés qu'il y avait à assurer la confirmation d'un candidat à la Cour suprême. Ses deux premières tentatives, frontales, pour imposer des juges qui s'inscrivaient de plain-pied dans ses conceptions idéologiques et ses calculs électoraux (la « tactique sudiste »), se heurtèrent au mur sénatorial. Néanmoins, après les rebuffades des deux premières candidatures, Nixon eut plus de chance. Hugo Black, le premier des juges nommés par Franklin Roosevelt, en 1937, fut hospitalisé et mourut en septembre 1971. John Harlan, nommé par Eisenhower en 1955 et souffrant lui aussi, quitta la Cour suprême au même moment. Après quelques hésitations, Nixon se tourna vers Lewis F. Powell Jr., qu'il avait déjà approché en 1969 et qui avait décliné. Ses opinions consensuelles et sa spécialisation en droit des affaires lui permirent d'être approuvé par le Sénat par un vote de 89-1 en décembre 1971. La confirmation suivante, celle de William Rehnquist, fut en revanche plus difficile. Ses écrits antérieurs, et notamment un mémorandum (*A Random Thought on the Segregation Cases*) rédigé alors qu'il était un jeune assistant (*clerk*) du juge Robert Jackson en 1952 et où il défendait la constitutionnalité de la décision *Plessy* reconnaissant la ségrégation raciale, furent source de sérieuses difficultés¹⁸. Toutes les grandes associations progressistes (NAACP) et les syndicats (AFL-CIO, *United Auto Workers*) s'y opposèrent. Le vote final, lui aussi en décembre 1971, fut néanmoins de 68-26. Rehnquist se distanca avec habileté de ce mémo de jeunesse et son parcours professionnel jusqu'alors révélait simplement un spécialiste du droit avec un engagement conservateur qui le rendait précieux aux yeux de l'administration¹⁹. Au total, Nixon bénéficia d'opportunités inhabituelles en désignant quatre nouveaux membres de la Cour suprême, soit le nombre le plus important depuis Franklin Roosevelt. Conformément à ses engagements, il privilégia des juristes qui n'avaient aucune expérience comme élus. Dans l'optique de la nouvelle administration il s'agissait de nommer des « tech-

18. Sur le parcours de Rehnquist et les débats suscités, voir Mark Tushnet, *A Court Divided*, New York, W.W. Norton, 2005.

19. Après son passage auprès du Juge Jackson, Rehnquist travailla dans un cabinet d'avocats en Arizona. C'est à ce moment qu'il eut ses premières expériences politiques en participant à la campagne de Barry Goldwater en 1964. Il retourna à Washington en 1969 pour travailler au ministère de la Justice comme conseiller juridique au sein du *Office of Legal Counsel*. Il y resta jusqu'à sa nomination à la Cour suprême en 1971.

niciens » qui appliqueraient la loi existante tout en respectant les volontés des pouvoirs élus.

Cette nouvelle Cour, plus modérée que la précédente, resta néanmoins en deçà des attentes de certains membres de l'administration, à commencer par le ministre de la Justice John N. Mitchell (1969-1972). La Cour Burger inscrivit en effet son action dans le prolongement de la Cour Warren, de sorte qu'une des premières tentatives de bilan de son action, en 1983, s'intitulait *The Counterrevolution That Wasn't*²⁰. La décision *Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education* de 1971, prise à l'unanimité, soutenait le *busing*; *Furman v. Georgia* (5-4) en 1972 déclarait inconstitutionnelles les lois existantes sur la peine de mort tout en définissant des critères qui les rendraient acceptables; et enfin, la décision créant un droit national à l'avortement sur la base du droit à la vie privée reconnu en 1965, *Roe v. Wade* (7-2), fut prise en 1973. La Cour fut plus conservatrice sur d'autres questions de mœurs, par exemple l'homosexualité, avec la décision *Bowers v. Hardwick* (5-4) qui se prononça en faveur de la constitutionnalité des lois criminalisant l'activité sexuelle homosexuelle (*sodomy law*). Elle accepta aussi les nouvelles lois encadrant la peine de mort dès 1976 avec *Gregg v. Georgia* (7-2), ouvrant ainsi la voie au retour de cette pratique alors que son abolition semblait possible dix ans auparavant. La Cour suprême essaya aussi de trouver un compromis sur la question du *busing* avec sa décision de 1974 *Milliken v. Bradley* (5-4) qui portait sur les transports scolaires dans la région de Détroit. La Cour reconnut à cette occasion une distinction entre ségrégation de fait (*de facto*) et de droit (*de jure*), concluant que le *busing* entre *districts* scolaires ne devenait obligatoire que si ceux-ci avaient un passé explicite de ségrégation. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si la « ghettoisation » résultait d'autres facteurs, alors ils ne pouvaient pas être tenus pour responsables et n'avaient pas à mettre en œuvre la mixité des transports scolaires. Dans la décision *Regents of the University of California v. Bakke* (1978), une Cour très divisée adopta une voie moyenne sur la question de la discrimination positive (*affirmative action*). Elle reconnut la pertinence qu'il y avait à promouvoir la « diversité » dans le corps étudiant mais refusa tout mécanisme automatique, que ce soit par la fixation de quotas ou l'octroi de points supplémentaires en fonction de la race ou de l'ethnie. En revanche, elle prit une position plus conservatrice sur le

20. Vincent Blasi (ed.), *The Burger Court: The Counter-Revolution That Wasn't*, New Haven, Yale University Press, 1983.

financement des campagnes. Elle commença en effet à détricoter le système de 1971 (amendé en 1974), qui encadrait le financement électoral, avec *Buckley v. Valeo* (1976) – une décision complexe où elle fut là aussi très divisée. Le *Federal Election Campaign Act* (1974) limitait les dépenses engagées lors des campagnes, ce que la Cour déclara inconstitutionnel en mettant en avant une lecture extensive des libertés garanties par le premier amendement, lecture au titre de laquelle la liberté de penser et de dépenser devenait une seule et même chose. La Cour Burger se prononça aussi sur des questions constitutionnelles de première importance. La principale décision fut celle prise à l'unanimité en juillet 1974 dans le cadre du Watergate, *United States v. Nixon*. À cette occasion, et en dépit de son mouvement initial en faveur de l'administration, Warren Burger rédigea l'opinion de la Cour pour reconnaître un « privilège de l'exécutif » (*Executive Privilege*) général, mais le dénier dans le cas particulier à Nixon. Ce « privilège », qui autorise l'exécutif à classer des informations au titre de la sécurité nationale, était une vieille revendication de tous les présidents des États-Unis, qui remontait à George Washington lui-même²¹. Même si Nixon ne pouvait en l'occurrence y avoir recours pour dissimuler les enregistrements de ses conversations dans le Bureau ovale, tous ses successeurs le revendiqueront, parfois avec succès. L'autre grande question constitutionnelle traitée par la Cour suprême fut celle des « freins et des contrepoids » (*checks and balances*), le principe au cœur de l'articulation entre les pouvoirs. Cette décision, *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983, 6-3), interdisait au Congrès de créer son propre pouvoir de veto (*legislative veto*²²) pour renforcer son contrôle sur l'exécution de la loi par les agences administratives. Pour technique qu'elle soit, cette décision avait des répercussions fonda-

21. Le terme n'apparaît nulle part dans la Constitution. Il fut utilisé pour la première fois sous la présidence d'Eisenhower. En 1958, le ministre de la Justice William P. Rogers s'en réclama officiellement.

22. Toute loi peut contenir des « vetos législatifs » sous la forme de clauses qui autorisent la suspension d'une décision administrative, généralement pendant deux ou trois mois, période pendant laquelle le Congrès se réserve le droit de l'approuver ou non, sans que la Présidence n'intervienne. Depuis *Chadha*, ce veto doit être le fait des deux chambres simultanément (*concurrent resolution*) ou bien en commun (*joint resolution*). La différence entre les deux n'est pas mince : les *joint resolutions* sont en effet soumis à approbation présidentielle et peuvent donc faire l'objet d'un veto, ce qui n'est pas le cas des *concurrent resolutions*, qui deviennent dès lors le véhicule privilégié des vetos législatifs. *Chadha* a interdit la pratique des *simple resolutions*, qui émanaient d'une seule chambre, car contraire au principe bicaméral.

mentales sur l'équilibre global des institutions dans un contexte où la présidence, après le Watergate, semblait bien plus en péril qu'impériale, pour reprendre l'expression de Gerald Ford. Le Congrès se voyait rappelé à l'ordre au titre de la séparation des pouvoirs, tandis que la marge de manœuvre de l'exécutif était préservée. La Cour Burger confirma ainsi certains des acquis de la révolution des droits, au grand dam des plus conservateurs, mais marqua néanmoins une inflexion par rapport à la Cour Warren. Nixon avait réorienté avec succès la plus grande instance juridique du pays.

Au départ de Warren Burger en septembre 1986, les conservateurs étaient convaincus d'une part de la nécessité d'aller plus loin sur la voie de la recomposition de la Cour et, d'autre part, de l'opportunité inespérée de la configuration politique d'alors. Les succès de Reagan lors des présidentielles de 1980 et de 1984, ainsi que l'accession d'une majorité républicaine au Sénat constituaient une conjoncture qui permettait de faire passer la Cour suprême à droite. À la différence de Nixon, l'administration Reagan fut beaucoup plus explicite dans sa volonté de reconstruire la Cour d'un point de vue idéologique en définissant des critères de conformité politique (*litmus test*²³). En 1981, Reagan avait déjà nommé avec succès la première femme à la Cour suprême, en la personne de Sandra Day O'Connor, lorsque Potter Stewart avait pris sa retraite. Elle fut confirmée à la majorité écrasante de 99 voix contre 0

23. L'administration Reagan a aussi politisé à grande échelle le processus de nomination aux cours fédérales dans tout le pays. Depuis les années 1980 et à l'instigation d'Edwin Meese, ministre de la Justice de Reagan entre 1985 et 1988, elles sont devenues, à l'instar de la Cour suprême, un champ de bataille idéologique entre républicains et démocrates, au point qu'environ 10 % des postes sont en permanence vacants et que le taux de confirmation y a parfois chuté sous la barre des 50 %, notamment en 2005. Certes les conflits partisans autour des nominations ont toujours existé, mais l'accélération des blocages depuis la présidence Reagan est indéniable, notamment pour les « Circuits » où l'équilibre partisan est à parité. La bataille autour des nominations présidentielles fut ainsi intense lors du 108e Congrès, entre 2003 et 2005, exactement comme sous Clinton dix ans auparavant, à la différence près que les républicains se contentaient alors de ne pas agir sur les choix présidentiels (aucune audition, aucun vote). Les démocrates des années 2000 eurent recours au *filibuster* et, si la pratique avait déjà été menée auparavant contre les juges fédéraux, elle fut pour la première fois un succès. Voir Sarah A. Binder, Forrest Maltzman, *Advice and Dissent: The Struggle to Shape the Federal Judiciary*, Washington DC, Brookings Press, 2009. On se reportera aussi à Id., « Advice and Consent in the "Slow" Senate », dans Burdett A. Loomis (ed.), *The U.S. Senate: From Deliberation to Dysfunction*, Washington DC, CQ Press, 2012n p. 178-198.

car elle avait le soutien à la fois des conservateurs (Barry Goldwater par exemple) et des libéraux (Ted Kennedy et la *National Organization for Women*). Mais ce choix consensuel ne fut pas représentatif des décisions de l'administration. Après sa réélection de 1984, Reagan adopta une attitude beaucoup plus engagée sur la voie d'un conservatisme intransigeant. Son ministre de la Justice, Edwin Meese, prononça ainsi une série de discours en 1985 qui firent de l'originalisme la doctrine juridique quasi officielle de l'administration²⁴. Dans ces conditions, le choix suivant de Reagan fut beaucoup plus controversé. Le président choisit d'élever William Rehnquist au rang de président de la Cour suprême en dépit de l'opposition véhémente de la gauche. Les vieilles questions relevées en 1971, comme le fameux mémo en faveur de *Plessy*, revinrent de plus belle et furent complétées par une analyse serrée de son passage au ministère de la Justice entre 1969 et 1971, jusqu'à son rôle d'assesseur aux élections en Arizona au début des années soixante. Le succès fut pourtant acquis avant l'obstacle des élections à mi-mandat (*midterms*): en septembre 1986, William Rehnquist fut confirmé par un vote de 65-33²⁵. Restait maintenant à désigner un remplaçant à l'ancien poste du tout nouveau président de la Cour suprême. Ce fut Antonin Scalia, que le président avait déjà nommé à la Cour fédérale d'appel de Washington DC en 1982, qui devint juge après un vote de 98-0, là aussi en septembre 1986. Le nouveau juge était sans conteste un conservateur militant, notamment par sa défense d'une lecture étroite de la Constitution, fondée sur l'« originalisme », c'est-à-dire un travail de reconstitution des intentions des Pères fondateurs²⁶. Ses qualités intellectuelles et un

24. On se reportera à Edwin Meese, « The Supreme Court of the United States : Bulwark of a Limited Constitution », *South Texas Law Review*, 27, 1986, p. 455-466. Il s'agit de la publication d'un discours du 9 juillet 1985 à la *American Bar Association*.

25. Cette majorité était alors la plus faible pour un candidat à la Cour. Quelques années plus tard, Clarence Thomas battit ce piteux record en étant confirmé par un vote de 52 contre 48.

26. Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997. On trouvera aussi un plaidoyer pour l'originalisme dans l'article de Robert Bork, « Neutral Principles and Some First Amendment Problems », *Indiana Law Journal*, 47 (1), automne 1971, p. 1-35. Les travaux de Raoul Berger dans les années 1970 sont également une défense et illustration de cette doctrine, notamment à propos du contrôle de constitutionnalité (1969), de l'*impeachment* (1973), du privilège de l'exécutif (1974) et du 14^e amendement (1977). À la différence de la doctrine de la « constitution vivante », l'originalisme repose sur une méthode qui définit des critères d'interprétation en donnant la priorité d'abord au texte, puis à la structure de la Constitution et enfin à l'histoire.

sentiment que l'avenir de la Cour venait de se jouer avec la nomination de son nouveau président, se combinèrent pour faciliter la confirmation sénatoriale du troisième choix de Reagan.

La nomination suivante fut en revanche une épreuve pour l'administration. Les démocrates redevinrent majoritaires avec les élections à mi-mandat de novembre 1986. Ce 99^e Congrès était prêt à la confrontation avec la présidence. Le remplacement de Lewis Powell en fut l'une des occasions. Les démocrates, tout comme les républicains, voyaient avec justesse dans cette nomination un enjeu crucial qui allait pérenniser, ou non, l'orientation conservatrice de la Cour. Les modifications effectuées jusqu'alors par les administrations républicaines restaient dans le sillage défini par Nixon, c'est-à-dire une relative modération de l'héritage d'Earl Warren mais sans pour autant tenter un renversement soudain de jurisprudence. En revanche, la désignation de Robert Bork en juillet 1987 fut perçue comme un risque pour l'intégrité de la Cour car ce candidat, au brillant parcours professionnel, professait un conservatisme radical qui faisait de lui un véritable croisé. Les réactions à gauche furent à la hauteur du choix présidentiel. Le sénateur Ted Kennedy fit un discours en séance plénière dressant un portrait apocalyptique de « L'Amérique selon Robert Bork » :

Robert Bork's America is a land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens' doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of the Government, and the doors of the Federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens²⁷.

Dans les mois qui suivirent, les débats au Sénat prirent une tournure encore plus négative pour Bork, notamment en soulignant son rôle lors du Saturday Night Massacre pendant le Watergate²⁸ ainsi que son refus

27. Ce discours sénatorial du 1er juillet 1987 est disponible en ligne : [youtube.com/watch?v=wRZB629o2io](https://www.youtube.com/watch?v=wRZB629o2io).

28. Ce terme fait référence à l'épisode d'octobre 1973 où Nixon demanda à son ministre de la Justice de renvoyer Archibald Cox, le procureur indépendant (*Independent Prosecutor*) enquêtant sur le Watergate. Elliott Richardson démissionna pour protester contre cet ordre, suivi par son conseiller (*Deputy Attorney General*), William French Smith, ce qui laissait Robert Bork, alors *Solicitor General* (avocat du ministère) et de fait numéro trois du ministère, responsable. Bork accepta de renvoyer Archibald Cox, ce qui suscita une réaction indignée de l'opinion publique et du Congrès.

de reconnaître un quelconque « droit à la vie privée » (*right to privacy*). Les débats au sein de la commission judiciaire, sous la présidence de Joe Biden (Delaware), furent uniques en leur genre. Plutôt que d'éviter de répondre aux questions qui lui étaient posées en se dissimulant derrière des formules passe-partout – « je me contenterai d'appliquer la loi » –, Robert Bork engagea un véritable bras de fer intellectuel et idéologique avec une commission dominée par les démocrates. Si les débats furent l'occasion de discuter avec passion des doctrines d'interprétation de la Constitution (comme l'originalisme) ils aboutirent à un désastre politique. Non seulement la candidature de Bork fut rejetée (octobre 1987) – à 9-5 en commission et à 58-42 en assemblée plénière – mais elle fut une humiliation frontale pour l'administration. La situation empira quand le second choix, Douglas H. Ginsburg, dut se retirer lorsqu'une journaliste révéla qu'il avait fumé de la marijuana comme étudiant, puis comme professeur. C'est le troisième choix qui fut le bon. Anthony Kennedy fut désigné par Reagan en dépit des réticences de son entourage qui voyait dans ce candidat un centriste plus qu'un conservateur. Son engagement en faveur de la protection des droits, notamment celui de la vie privée, pourtant sans commune mesure avec ce qui se discutait dans les années soixante, était source de méfiance à droite. Mais après l'épisode Bork – dont le nom devint synonyme de « rejet humiliant » (*to be borked*) –, il était nécessaire d'adoucir les relations avec la majorité démocrate du Sénat. Et ce fut un succès avec une confirmation de 97-0.

Après le départ de Reagan, G.H.W. Bush eut la possibilité de désigner deux juges et, comme Nixon et Reagan avant lui, il choisit d'abord un modéré avant de proposer un candidat plus conservateur. Lorsque William J. Brennan quitta la Cour, le président désigna un centriste, David H. Souter, dont le parcours professionnel était peu susceptible de provoquer des controverses similaires à celles de Bork, car rien ne permettait de connaître ses opinions sur des sujets comme le droit à l'avortement ou la discrimination positive. Les principaux lobbies de gauche – de la NAACP à NOW – s'opposèrent à ce choix précisément à cause de ce manque de clarté. Mais d'un point de vue politique, le choix présidentiel fut adroit car il fut validé par le Sénat par un vote de 90-9. Peu après, Thurgood Marshall, le premier et seul Noir à la Cour, annonça sa retraite. Il revint aussi à George H.W. Bush de choisir un remplaçant de la même communauté en la personne de Clarence Thomas. Cherchant à éviter les accusations de son propre camp qui voyait la nomination de Souter comme une trahison à la cause conservatrice, G.H.W. Bush

désigna un candidat ouvertement conservateur (qui professait un textualisme strict²⁹), de sorte que les auditions au Sénat furent très tendues. Non seulement le droit à l'avortement revint sur le devant de la scène mais le processus fut aggravé par le scandale sexuel et les accusations de harcèlement lancées par Anita Hill, une jeune professeur de droit noire dont Clarence Thomas avait été le supérieur au département de l'éducation et à la *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC). Le vote final fut serré et sa confirmation fut obtenue par un vote de 52-48 en octobre 1991.

Lors de la présidence de George W. Bush, la Cour suprême continua son évolution conservatrice. En quelques années, son centre de gravité s'était déplacé vers la droite, ce qui entraîna un effet de glissement de certains juges, pourtant perçus comme conservateurs lors de leur nomination, vers le centre. Ce fut déjà le cas d'Harry Blackmun (qui siégea de 1970 à 1994), et il en alla de même pour John Paul Stevens, un républicain de l'Illinois nommé par Gerald Ford en 1975 (et qui resta jusqu'en 2010), pour Sandra Day O'Connor (1981-2006) ou encore pour d'Anthony Kennedy (depuis 1988). Blackmun, nommé par Nixon, rejoignit la majorité dans la décision *Roe*, dont il fut le principal architecte, et O'Connor acquit le statut décisif de juge-pivot (*swing vote*) après 2001. À son départ en 2006, ce fut le juge Kennedy, troisième choix des républicains en 1988, qui lui succéda dans ce rôle de pivot. Très attaché au premier amendement et aux droits des minorités, il fit basculer la majorité du côté des conservateurs (financement des élections en 2010 avec *Citizens United v. FEC*) ou des progressistes (droit des homosexuels en 2003 avec *Lawrence v. Texas*). Un an auparavant, la Cour avait connu coup sur coup des changements importants qui pérennisaient la mainmise conservatrice sur l'institution. À l'été 2005, Sandra O'Connor annonça son départ et le président choisit John Roberts, qu'il avait déjà désigné à la cour d'appel de Washington DC en 2003, pour lui succéder. Mais le 3 septembre, William Rehnquist décédait et Bush fit de John Roberts son candidat à la présidence de la Cour suprême. En démontrant aux sénateurs qu'il s'en tiendrait à un minimalisme interprétatif, il fut

29. Si l'originalisme met l'accent sur l'intention des rédacteurs du texte constitutionnel, sa variante, le textualisme, ne s'intéresse qu'à la lettre de la Constitution/au sens des mots au moment de leur rédaction. Sur ce point et sur son rôle dans la jurisprudence de Clarence Thomas, on peut se reporter à Scott D. Gerber, *First Principles: The Jurisprudence of Clarence Thomas*, New York, New York University Press, 1999.

confirmé par une majorité de 78-22 en septembre. Il fallait encore remplacer le départ de Sandra O'Connor et, après une tentative maladroite de nommer sa conseillère juridique Harriet Miers, G.W. Bush désigna Samuel Alito, un juge à la cour d'appel du 3^e Circuit, en octobre. Le débat fut partisan, en particulier dans le contexte de l'affrontement sur les cours fédérales, et Samuel Alito échappa de peu à une tentative de *filibuster*. Il fut confirmé en janvier 2006 par un vote serré de 58-42.

Cette évolution institutionnelle n'est pas le seul élément permettant de rendre compte du glissement conservateur de la Cour suprême. Il faut aussi tenir compte de l'importante mobilisation de la base conservatrice. Les années soixante-dix et quatre-vingt ont ainsi vu la mobilisation de juristes conservateurs, notamment avec la création en 1982 par des étudiants aux facultés de droit de Yale et de Chicago de la *Federalist Society*. Steven Calabresi et Lee Liberman Otis, qui avaient travaillé pour la campagne de Reagan en 1980 avant d'intégrer leurs facultés de droit, ainsi que David McIntosh, venaient de créer une formidable machine de guerre qui rivalise de nos jours avec l'*American Bar Association* (ABA), la prestigieuse association des professionnels du droit³⁰. Ce réseau « fédéraliste » est la principale illustration d'un « contre-establishment » conservateur au sein des milieux juridiques, dont l'extension fut très rapide dans les campus des facultés de droit et qui annonce aujourd'hui regrouper quelque 25 000 membres (universitaires, étudiants, praticiens, juges, politiques, autant d'exemples de « citoyens juristes » (*citizen-lawyers*), avec un budget de 10 millions de dollars provenant des grandes fondations conservatrices comme la Olin Foundation et la Lynde and Harry Bradley Foundation. Sous la direction d'Eugene B. Meyer – le fils de Frank Meyer, théoricien du « fusionisme » entre les branches du conservatisme dans les années soixante –, la Société a aussi bénéficié du patronage d'autorités intellectuelles conservatrices comme Irving Kristol, Russell Kirk, Jean Kirkpatrick, Richard Epstein et Robert Bork. L'objectif est bien entendu de « reformuler » le droit dans un sens conservateur, à l'image de ce que les grandes organisations progressistes – ACLU (*American Civil Liberties Union*) ou NAACP – avaient pu faire dans les décennies précédentes afin de tester, elles aussi, leurs idées devant les cours dans

30. Ainsi en 2001, le conseiller de la Maison Blanche Alberto Gonzales expliquait que l'administration Bush ne consulterait plus l'ABA au moment du choix des candidats à des postes de juges.

l'espoir de les valider³¹. Si la *Federalist Society* est la plus connue de ces associations, elle n'est pas la seule. Dès 1971, juste avant son accession à la Cour suprême, Lewis F. Powell rédigeait ainsi un mémorandum pour la *U.S. Chamber of Commerce*, dans lequel il critiquait l'influence des groupes écologistes et des associations de défense des consommateurs dans les politiques publiques³². Ce petit texte de quelques pages est devenu un quasi-mythe chez les conservateurs car il marque le point de départ de cette prise de conscience de la nécessité de faire contrepoids à l'omniprésence de l'activisme social des progressistes. À court terme, la *U.S. Chamber of Commerce* contribua à la création, en Californie, du Pacific Legal Foundation en 1973, qui est le tout premier groupe conservateur du monde associatif à entreprendre la promotion de causes conservatrices devant les tribunaux³³. Par la suite, d'anciens membres de l'administration Reagan, instituèrent en 1991 deux autres associations similaires: d'abord Defenders of Property Right, créée par Roger et Nancy Marzulla, qui avaient travaillé avec Ed Meese au ministère de la Justice, dont l'objectif était d'affaiblir les réglementations publiques; ensuite, Chip Mellor, du ministère de l'Énergie et Clint Bolick, qui avait travaillé avec Clarence Thomas à l'*Equal Employment Opportunity Commission*, fondèrent un cabinet d'orientation libertarienne, l'*Institute for Justice*. Ces associations purent compter sur des fondations conservatrices pour les financer, au moins dans un premier temps. Ainsi, William Simon, ancien secrétaire au Trésor de Nixon, qui dirigea aussi la John M. Olin Foundation dans les années quatre-vingt-dix, soutenait financièrement un grand nombre d'associations conservatrices. Sous sa

31. Les campagnes de l'ACLU dans les années 1920 pour ridiculiser l'enseignement du créationnisme ou celles de la NAACP pour contester la ségrégation raciale sont les exemples historiques de cet usage stratégique des tribunaux dans le cadre de la campagne nationale menée par des associations. De même, les acteurs économiques ont recours au même stratagème. Ainsi de la contestation des réformes du New Deal par des hommes d'affaires et/ou des grandes entreprises entre 1933 et 1935.

32. Lewis F. Powell Jr., *Attack of American Free Enterprise System*, 23 août 1971. Le mémo ne devint public que bien après l'accession de son auteur à la Cour suprême.

33. C'est dans le cadre de la réforme de l'aide sociale menée par Reagan en Californie que naquit cette fondation. Deux conseillers du gouverneur, Ronald Zumbun et Raymond Momboise, étaient convaincus de la nécessité d'assister les avocats de l'État de Californie dans leur défense de la loi en cas de contestation devant les tribunaux. Ils levèrent assez d'argent, avec le soutien du zélé Edwin Meese, auprès de la *U.S. Chamber of Commerce* pour ouvrir leur fondation. Celle-ci existe toujours et bénéficie du soutien d'autres fondations conservatrices comme la Olin Foundation, les Scaife Foundations et le Lilly Endowment.

direction, la Pacific Legal Foundation (PLF) reçut plus de deux millions de dollars et l'Institute for Justice, 1,3 million³⁴. Mais il ne s'agit pas là d'un cas unique. Le Defenders of Property Right fonctionna en symbiose avec la Carthage Foundation pendant plus de dix ans et la Richard Mellon Scaife Foundation soutint d'autres groupes se présentant comme des défenseurs du droit à la propriété. La Sarah Scaife Foundation, pour sa part, soutint à la fois le PLF, le Defenders of Property Right et l'Institute for Justice.

Si le financement est le nerf de la guerre, il n'a jamais été suffisant pour soutenir des associations avec une assise permettant la reprise en main du droit, tant désirée par les plus activistes. C'est là sans doute que l'action de la *Federalist Society* fut décisive car, à l'inverse de ces groupes conservateurs, la société a mis en place avec succès un réseau permettant de coordonner l'action des conservateurs. Si sa démarche est ouvertement idéologique, son engagement direct est pourtant assez diffus. Son implication dans les procédures judiciaires, son lobbying auprès de responsables et le soutien à des candidats constituent une partie de son action, mais l'essentiel réside sans doute ailleurs, comme l'explique Steven Teles dans un des rares ouvrages tentant d'évaluer son rôle³⁵. Pour lui, il s'agit de créer un réseau intellectuel échangeant et légitimant des idées que la majorité des juristes (comme l'*American Bar Association*) et des observateurs de référence (ainsi Linda Greenhouse du *New York Times*, Nina Totenberg de National Public Radio, ou encore Jeffrey Toobins) considéraient jusqu'alors trop extrêmes. La légitimation d'un capital intellectuel et d'un langage commun, en particulier dérivé de l'originalisme et de la « retenue » judiciaire, est ainsi au centre de l'action de la *Federalist Society*. Cette fonction de production d'un sens commun conservateur dans le judiciaire s'est doublée d'une mise en relation des acteurs du droit dans leur ensemble – universitaires, étudiants,

34. M. Tushnet, *A Court Divided*, *op. cit.*, p. 40.

35. Steven M. Teles, dans *The Rise of the Conservative Legal Movement. The Battle for Control of the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, p. 136, la définit comme un « fournisseur de bien public pour le mouvement des juristes conservateurs » (*provider of public goods for the conservative legal mvmt*), p. 136. Voir aussi Amanda Hollis-Brusky, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*, New York, Oxford University Press, 2015. Pour compléments, on se reportera à John P. Heinz, Anthony Paik, Ann Southworth, « Lawyers for Conservative Causes: Clients, Ideology, and Social Distance », *Law and Society Review*, 37 (1), mars 2003, p. 5-50; et à A. Southworth, *Lawyers of the Right: Professionalizing the Conservative Coalition*, Chicago, The University of Chicago Press, 2008.

juges, avocats – de sorte que la *Federalist Society* pourrait être assimilée à une agence de recrutement. De fait, ses relais peuvent maintenant être présents à toutes les étapes d'une action en justice, quelle qu'elle soit, et à tous les étages de l'institution judiciaire : membres des cours, fonctionnaires du ministère de la Justice, *clerks*, avocats, *amicus curiae*³⁶. Dès 1988, l'*Office of Legal Policy* du ministère de la Justice – une création de William French Smith en 1981 afin de coordonner l'action de son ministère devant les tribunaux – publiait un petit *vademecum* à destination des avocats du gouvernement exerçant à tous les échelons du judiciaire fédéral, qui visait à expliciter leur ligne de conduite et qui illustrait déjà l'emprise des conservateurs sur le *Department of Justice*³⁷. Avoir des alliés ou des partisans de la Société à la Cour suprême – on peut penser à Clarence Thomas, Antonin Scalia, Samuel Alito, John Roberts, ce dernier n'étant pas officiellement membre – n'était pas suffisant. Il fallait non seulement des avocats capables d'identifier les cas permettant une évolution jurisprudentielle et à même de rédiger des plaidoiries de qualité à cet effet, mais aussi des universitaires (comme John Yoo) qui sauraient développer le capital intellectuel nécessaire dans la bataille des idées. C'est ce que les responsables de ce lobby juridique comprirent très vite en orientant leur action pour créer un réseau partageant les mêmes armes intellectuelles et permettant à la Cour suprême de légitimer ses renver-

36. Un *amicus curiae* désigne la possibilité de déposer un texte (*amicus brief*), rédigé par une personnalité ou un organisme non directement lié aux protagonistes d'une affaire judiciaire, qui présente au tribunal des informations ou des opinions pouvant l'aider à trancher. Le texte peut prendre la forme d'un mémoire, d'un témoignage non sollicité par une des parties, ou d'un document traitant d'un sujet en rapport avec le cas. La décision sur l'opportunité d'admettre le dépôt de ces informations ou de ces opinions est à la discrétion du tribunal, qui l'accorde presque systématiquement. Les « amis de la Cour » doivent simplement expliquer pourquoi ils s'intéressent à ce cas. Bien souvent, en dépit des réglementations l'interdisant, les avocats de part et d'autres d'une affaire coordonnent le flot des *amicus curiae* qui remontent à la Cour. Pour une perspective plus générale, Paul M. Collins Jr., *Friends of the Supreme Court. Interest Groups and Judicial Decision-Making*, New York, Oxford University Press, 2008.

37. Office of Legal Policy, U.S. Department of Justice, *Guidelines on Constitutional Litigation*, 19 février 1988, avec une préface d'Edwin Meese III, ministre de la Justice. L'*Office of Legal Council* était alors dirigé par Stephen Markman, membre actif de la *Federalist Society*, qui devint par la suite juge à la Cour suprême du Michigan. Sur ce document, voir M. Tushnet, *A Court Divided*, *op. cit.*, p. 36-38. La mainmise des conservateurs sur le ministère de la Justice remonte aux années Nixon, qui, dans le cadre de son patronage partisan, nomma des républicains conservateurs au *Department of Justice* tandis que les plus modérés étaient placés ailleurs, notamment au *State Department*.

sements de jurisprudence, notamment quand le besoin d'une autorité extérieure se fait sentir en l'absence de fondement dans les précédents – cet impératif de justification étant d'ailleurs ce qui différencie la Cour suprême d'une législature.

Depuis la fin des années quatre-vingt, le mouvement de « tenaille » – par le haut et par le bas – opéré par les conservateurs sur les cours fédérales a permis leur recomposition. La Cour suprême est depuis lors dotée d'une majorité conservatrice indéniable. Mais celle-ci est fragile – les décisions se font le plus souvent avec cinq juges – et changeante – les juges conservateurs ont des engagements distincts. Comme l'explique Mark Tushnet, la Cour conservatrice est restée divisée non seulement entre blocs, mais entre conservateurs³⁸. Sous Rehnquist, le contraste entre des républicains « traditionnels », critiques de l'interventionnisme fédéral mais respectueux de l'héritage jurisprudentiel (O'Connor, Souter et Kennedy), et une minorité plus « radicale », réduite à Scalia et Thomas, plus engagée sur des valeurs conservatrices et favorable à l'originalisme, est resté un clivage insurmontable. Sur bien des points, par exemple le droit à l'avortement, Rehnquist a ainsi été incapable de construire une majorité unie et se résigna à des compromis. Sous sa direction, le mouvement général vers le conservatisme ne s'est pas matérialisé par des renversements spectaculaires de jurisprudence. En revanche, depuis 2005, la Cour Roberts semble plus affirmative, et plus unie, dans sa volonté de mener la « contre-révolution » tant attendue par la droite depuis Nixon.

Pourtant, dès la Cour Burger, l'inflexion de la Cour suprême avait été sensible. Le pari de Nixon, repris par ses successeurs républicains, de désigner des professionnels du droit garants d'une retenue juridique, s'est révélé perdant. Les professionnels en question, bien loin de rejeter l'activisme, le reprirent à leur compte et dépassèrent Earl Warren. En dépit de son image modérée, la Cour Burger renversa en dix-sept ans 76 précédents dans 35 décisions, ce qui reste, à ce jour, le chiffre le plus élevé jamais enregistré. Sous la présidence de Rehnquist, qui elle aussi dura dix-sept ans, la Cour ne renversa « que » 39 précédents mais établit un autre record en annulant plus de lois fédérales (29) que n'importe laquelle des cours précédentes³⁹. Dans les deux cas, les conservateurs à la Cour suprême n'ont pas hésité à pratiquer l'activisme pour ramener la

38. M. Tushnet, *A Court Divided*, *op. cit.*, p. 9.

39. Ruth Colker, James J. Brudney, « Dissing Congress », *Michigan Law Review*, vol.100, octobre 2001, p. 80-144.

« Constitution exilée » (*Constitution in exile*), selon eux, depuis le New Deal, c'est-à-dire restaurer le sens originel de la Constitution et en particulier les limites imposées au pouvoir fédéral.

Le paradoxe est ainsi éclatant. Ces juges furent nommés précisément parce qu'ils avaient envoyé, pendant leurs confirmations, des signaux comme quoi ils ne remettraient pas en cause les précédents (ce fut le cas de Rehnquist comme de Burger). C'est en effet la « règle cardinale » au sein de la Cour, celle qui lui permet de cultiver sa légitimité institutionnelle : respecter les décisions des autres cours constitue une assurance que ses propres décisions ne seront pas traitées avec dédain, et valorise l'institution aux yeux de l'opinion publique. Mais cette « règle cardinale » connaît des inflexions sous l'influence de la *Federalist Society*. Le débat au sein de la Société elle-même a été tranché. Ainsi, pour Clarence Thomas, la « retenue » signifie simplement qu'un juge interprète les mots de la Constitution en respectant leur sens originel⁴⁰. Pour lui, l'« activisme » n'est que la substitution, par un juge, de ses propres préférences à celles de la génération des fondateurs. Dès lors, il n'est pas incohérent qu'un originaliste annule des décisions résultant de l'activisme. Il convient en effet de privilégier le principe constitutionnel à la règle de l'autorité de la chose jugée (*stare decisis*), qui n'est qu'un simple instrument et non une fin en soi. Au sein de la *Federalist Society*, des points de vue plus modestes, comme celui de J. Harvie Wilkinson⁴¹, respectueux du *stare decisis* traditionnel et du processus jurisprudentiel, sont minoritaires. Cette opposition entre le principe constitutionnel et le processus jurisprudentiel s'est résolue en faveur du premier, comme en témoigne par exemple le débat de 2010 entre l'opinion majoritaire et l'opinion dissidente de la décision *Citizens United*. Si le président de la Cour, John Roberts, avait rédigé la première, la seconde prenait la forme d'un texte de quatre-vingt-dix pages signé par John Paul Stevens,

40. Même Antonin Scalia n'allait pas aussi loin que Clarence Thomas sur ce point. Dans un texte de 1989, il admettait qu'il ne voulait – pouvait – pas pousser l'originalisme jusqu'au bout et qu'il restait sur ce point « timoré » (*faint-hearted*): (« Originalism: The Lesser Evil », *University of Cincinnati Law Review*, vol.57, 1989, p. 849-864). À l'inverse, Clarence Thomas revendique volontiers un originalisme sans compromissions, comme l'illustre son discours à l'*American Enterprise Institute* du 13 février 2001, « Be Not Afraid ». Le texte est disponible en ligne.

41. En 2002, la faculté de droit de l'Université du Colorado et la *Federalist Society* avaient organisé une conférence sur l'« activisme conservateur » (*conservative activism*) où l'opposition entre les deux points de vue fut très nette.

R. Ginsburg, S. Breyer et S. Sotomayor, texte dans lequel ils évoquaient une « procédure judiciaire en dérélition » à cause de l'abandon du *stare decisis*⁴². Pour les membres de la *Federalist Society*, la fidélité aux principes constitutionnels l'a emporté sur la fidélité à la procédure classique (*stare decisis*).

Cette évolution explique que la Cour Rehnquist soit allée plus loin que celle de Warren Burger. Bénéficiant par ailleurs d'une stabilité assez rare dans sa composition⁴³, elle s'engagea dans une redéfinition des accomplissements de la Cour Warren, modifiant ainsi, du même coup, l'orientation de la jurisprudence. Comme l'explique Gordon Silverstein dans *Law's Allure*, les décisions ont un effet de « cadrage » (*framing*) et définissent le champ des possibles à l'avenir⁴⁴. Ce fut donc sous la supervision de William Rehnquist et d'une majorité conservatrice aux contours fluctuants que fut menée une redéfinition de l'héritage de la Cour Warren. Si cette dernière avait œuvré en faveur de la nationalisation des droits par l'incorporation des protections inscrites dans le *Bill of Rights*, la Cour Rehnquist fit au contraire de la décentralisation du pouvoir aux États fédérés le cœur de son action, au point que de nombreux observateurs firent de la redécouverte du fédéralisme la base de l'ensemble de la jurisprudence Rehnquist⁴⁵. Cette restauration du fédéralisme, oubliée, voire stigmatisée depuis les années soixante, où l'expression de *States' rights* (droits des États) n'était

42. Le texte est disponible en ligne : <https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-205.ZX.html>.

43. La composition de la Cour Rehnquist n'a en effet pas changé entre 1994 (nominations de Ginsburg en 1993 et de Breyer en 1994) et 2005, ce qui est exceptionnel. Il faut remonter à la période 1811-1823 pour retrouver une telle stabilité dans sa composition (elle n'avait par ailleurs que sept membres à l'époque).

44. Gordon Silverstein, *Law's Allure: How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kills Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Cette thèse est une application au droit de la « théorie de l'ornière » (*path dependency*) en science politique.

45. Tinsley E. Yarbrough, *The Rehnquist Court and the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2000. Voir aussi pour compléments, Timothy J. Conlan, François Vergniolle de Chantal, « The Rehnquist Court and Contemporary American Federalism », *Political Science Quarterly*, 116 (2), été 2001. Dans un article de 2003, Thomas W. Merrill distingue aussi entre deux cours Rehnquist, la première de 1986 à 1994 où Rehnquist et les conservateurs essaient de promouvoir un certain nombre de valeurs conservatrices ; et la seconde, à partir de 1994, où les mêmes adoptèrent une jurisprudence néofédérale, qui présente l'avantage de ne pas se confronter directement à des enjeux politiques et idéologiques. (« The Making of the Second Rehnquist Court: A Preliminary Analysis », *Saint Louis University Law Journal*, 47 (3), p. 569-658, printemps 2003.

qu'une euphémisation pour désigner la ségrégation, prit deux formes principales. La Cour chercha d'abord à affaiblir les moyens d'action de l'État fédéral, en rognant deux de ses principaux pouvoirs, celui de la réglementation du commerce d'abord, puis celui de la mise en œuvre des protections du 14^e amendement. Ainsi, dans la décision *Lopez v. United States* (1995), la Cour déclara, pour la première fois depuis la décision *Schechter* de 1935, que le pouvoir commercial du Congrès était limité. Or ce pouvoir attribué par la Constitution au Congrès (Article 1, Section 8) était devenu, en soixante ans, le principal outil d'action de l'État fédéral. En l'occurrence, l'administration avait défendu le *Gun-Free School Zones Act* de 1990, qui interdisait le port d'armes à feu dans les trois cents mètres autour d'une école, en arguant de son pouvoir commercial. La Cour ne trouvant aucun lien entre réglementation du commerce et protection des écoles, déclara la loi inconstitutionnelle. Elle tenta aussi d'encadrer l'action de l'État fédéral au titre du 14^e amendement et de l'« égale protection des lois » (*equal protection of the law*) qu'il garantit. Ainsi, dans *US v. Morrison*, en 1994, la Cour déclara le *Violence Against Women Act* de la même année inconstitutionnel en dépoussiérant pour l'occasion la vieille doctrine de l'« action d'État » (*State action*), datant de la fin du XIX^e siècle, et au terme de laquelle les requis du 14^e amendement ne s'appliquent pas aux individus privés. À chaque fois, ces décisions entraînèrent de vives critiques mais la Cour se retranchait derrière l'argument institutionnel des compétences entre niveaux de gouvernement (fédéral ou fédéré) pour éviter d'aborder les questions de fond (sur les armes près des écoles ou les violences faites aux femmes). Le second axe d'action de la Cour Rehnquist pour redéfinir l'équilibre fédéral portait sur les protections accordées aux États fédérés. Plusieurs décisions tentèrent ainsi de donner un contenu à un amendement oublié, le 11^e (1795), qui proclamait l'« immunité souveraine » des États et les protégeait d'actions en justice par des citoyens d'un autre État. Mais ce furent surtout des décisions comme *New York v. United States* (1992) ou *Printz v. United States* (1997) qui allèrent le plus loin. Dans les deux cas, la Cour décida que le Congrès ne pouvait dicter ses ordres (*commandeer*) aux États fédérés qui, en tant qu'entités cosouveraines, devaient avoir la possibilité de refuser les décisions fédérales. Ainsi, *Printz* annulait une disposition du *Brady Handgun Violence Prevention Act* de 1994, qui rendait obligatoire une enquête sur les antécédents criminels et psychiatriques (*background checks*) pour tout acheteur d'armes à feu, mais dont la responsabilité revenait, pendant une période transitoire, aux officiers locaux de

police. La Cour déclara qu'en l'espèce cette réquisition des officiers locaux était inconstitutionnelle.

Cet accent mis sur un équilibre fédéral renouvelé entre État central et États fédérés permit à la Cour Rehnquist d'éviter toute attaque frontale contre le legs de la Cour Warren. La tactique privilégiée fut de « fédéraliser » certains de ces droits afin d'en limiter la portée. Ce ne fut nulle part plus apparent qu'avec la question du droit à l'avortement. En dépit de la rhétorique enflammée autour de la question depuis *Roe v. Wade*, la Cour Rehnquist ne revint jamais sur cette décision dont la popularité auprès d'une majorité d'Américains est indéniable. C'est bien plutôt une décentralisation relative qui fut privilégiée avec *Planned Parenthood v. Casey* (1992, 5-4). L'opinion majoritaire reprit l'essentiel du contenu de *Roe* en reconnaissant le droit à l'avortement et en faisant de la « viabilité » du fœtus le critère justifiant ou non la réglementation par l'État. Mais, à l'inverse de *Roe*, la décision *Casey* acceptait aussi que l'État fédéré intervienne dans l'exercice du droit à l'avortement, à condition que cela ne constitue pas une « entrave excessive » (*undue burden*) pour les femmes concernées. Ainsi, les États étaient libres d'imposer des notifications parentales, des limites d'âge ou même d'éloigner des villes les cliniques pratiquant des avortements, mais le droit à l'avortement en lui-même était validé.

La jurisprudence néofédérale de la Cour Rehnquist ne doit pourtant pas laisser croire que la Cour aurait rogné ses pouvoirs. Bien au contraire, car ces décisions elles-mêmes illustraient le volontarisme qu'elle était prête à exercer. En relançant le débat sur le fédéralisme, Rehnquist montrait à quel point l'activisme ne lui faisait pas peur : *Lopez*, en 1995, était un renversement inattendu qui, d'un seul coup, jetait le soupçon sur près de soixante ans de jurisprudence⁴⁶. De ce point de vue, la Cour Rehnquist présente un parallélisme certain avec la Cour Warren. Tout comme son prédécesseur, Rehnquist n'a jamais hésité à pousser la Cour à se mettre en avant, même sur des questions qui, aux termes de la veille doctrine des questions politiques, auraient dû être laissées aux élus. Ainsi en 1993, dans *Shaw v. Reno* (5-4), la Cour décida d'annuler le redécoupage électoral de Caroline du Nord en arguant que deux circonscriptions avaient été créées dans le seul but de privilégier la représentation de la communauté noire. Elle reprit aussi à son compte la décision *Miranda*

46. Larry D. Kramer, « Putting the Politics back into the Political Safeguards of Federalism », *Columbia Law Review*, 100 (1), janvier 2000, p. 215-293.

en la validant en 2000 avec *Dickerson v. United States*. Elle se prononça également sur des questions constitutionnelles, par exemple quand elle conclut avec *Jones v. Clinton* (1997) que le président ne jouit pas de l'immunité civile pour des actes commis antérieurement à son entrée en fonction et non liés à l'exercice de ses pouvoirs.

Mais ce fut surtout la décision *Bush v. Gore* (5-4) de 2000 qui, en attribuant à George W. Bush la victoire à la présidentielle, nourrit les pires accusations d'activisme. La Cour ne se contentait pas ici d'empiéter sur le travail des élus, elle désignait un élu qui partageait les mêmes affinités idéologiques qu'une majorité de ses membres. Le raisonnement de la majorité reposait sur une interprétation des dispositions du 14^e amendement, en particulier la clause d'égalité de protection. Après que la Cour suprême de l'État de Floride eut déclaré un recompte (*recount*) des bulletins dans trois comtés, la Cour suprême décida de suspendre ce processus en arguant de la rupture d'égalité que constituait la prolongation du recompte dans des comtés utilisant des critères différents d'appréciation. Cette décision faisait alors basculer la Floride dans le camp des républicains, ce qui permit à G.W. Bush de devenir président grâce à une majorité dans le collège électoral (le candidat démocrate, Al Gore obtint la majorité des voix au niveau national).

Cette décision suscita une réaction indignée dans tout le pays. On ne compte plus les éditoriaux assassins expliquant que la Cour venait de commettre un véritable suicide politique en se posant comme l'arbitre de la volonté populaire par le biais d'un argument constitutionnel bien faible⁴⁷. C'est ce qui explique peut-être que les dernières années de la Cour Rehnquist furent caractérisées par un certain recentrage. L'année 2003 fut ainsi marquée par une série de décisions qui offraient un contraste avec les orientations des années précédentes. La décision *Lawrence v. Texas* (6-3) renversa *Bowers v. Hardwick* et se prononça contre les lois interdisant les relations homosexuelles. La Cour valida aussi, dans *McConnell v. FEC* (5-4), la loi de 2002 (le *Bipartisan Campaign Reform Act*) qui tentait de réglementer un des abus les plus criants du financement des campagnes électorales : la libre circulation de la « *soft money* », c'est-à-dire l'argent qui était utilisé localement pour financer les activités partisans (et non pas les campagnes électorales, une distinction *de facto* très difficile à faire). La Cour rendit aussi deux décisions sur la

47. Jeffrey Rosen, « Disgrace : The Supreme Court Commits Suicide », *The New Republic*, décembre 2000.

discrimination positive, *Gratz v. Bollinger* et *Grutter v. Bollinger*, qui reprenaient les distinctions de *Bakke* en 1978 et qui validaient l'objectif de la « diversité » dans le corps étudiant tout en refusant toute attribution automatique d'avantages pour les représentants de minorités. Enfin, elle s'opposa à la conduite de la guerre contre le terrorisme par l'administration Bush. Les décisions *Rasul*, *Hamdi*, *Padilla*, *Hamdan* et *Boumediene*, entre 2004 et 2008, rappelèrent la compétence des cours pour juger les détenus accusés de terrorisme tout en protégeant les garanties fondamentales que sont l'*habeas corpus*, le droit d'être présenté à un juge civil, et le processus régulier de la justice (*due process*).

Le pic activiste de *Bush v. Gore* en 2000 ouvrit donc une période plus modérée qui se termina en 2005. Depuis lors, la Cour Roberts a semblé d'abord vouloir s'en tenir à des interprétations plus étroites de la loi, afin d'éviter toute confrontation sur des enjeux de substance politique avec les pouvoirs élus, comme le montra son attitude vis-à-vis de la réforme de l'assurance maladie (*National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius*, 2012). Mais cette prudence est peut-être en train de disparaître. La Cour Roberts est la plus conservatrice au moins depuis les années trente et l'influence de la *Federalist Society* en son sein est à son maximum. Ainsi, *Sebelius* valida le « mandat » au titre du pouvoir fiscal du Congrès, sauvant ainsi l'essentiel de la réforme d'Obama, mais annula la disposition sur l'expansion de *Medicaid* en mettant en avant qu'il s'agissait d'une « coercition » des États (*commandeering*) et que cela allait contre le 10^e amendement et les décisions *New York* et *Printz*. Le droit à l'avortement a été encadré avec *Gonzales v. Carhart* (2007), qui accepta le *Partial-Birth Abortion Act* de 2003, et demeure un enjeu des plus sensibles, comme en témoignent la décision *Burwell v. Hobby Lobby Stores* (2014), qui mêle autonomie des entreprises, liberté religieuse et accès à l'avortement, ou le débat en cours sur la définition des « entraves » (*burden*) acceptables avec le cas *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* qui porte sur des restrictions adoptées au Texas en 2013. Par ailleurs, les décisions en matière de financement des campagnes (*Citizens United*, 2010), sur le droit individuel à porter des armes (*Heller*, 2008 ; *McDonald*, 2010), sur le *Voting Rights Act* (*Shelby*, 2013) sur la discrimination positive (*Schutte*, 2013) ou encore sur la séparation des Églises et de l'État (*Town of Greece*, 2014), laissent peu de doute sur la poursuite d'un agenda conservateur sans hésiter à annuler des précédents afin de revenir au sens originel de la Constitution. Même si John Roberts avait déclaré lors de ses auditions au Congrès qu'il respecterait davantage le

processus jurisprudentiel classique du précédent (*stare decisis*) qu'un strict originalisme constitutionnel et qu'il se considérerait avant tout comme un « arbitre » (*umpire*), sa majorité semble le pousser dans une voie plus conservatrice. La mort du juge Scalia, à quelques mois des échéances électorales de 2016, lance d'ailleurs un débat public qui sera sans doute l'occasion de mettre sur le devant de la scène une des évolutions les plus marquantes des dernières années, celle de la prise en main du judiciaire fédéral par un conservatisme radical. De ce point de vue, le pari initial des conservateurs, celui qui voyait dans la Cour suprême un moyen de pérenniser leurs valeurs même si le sort des urnes en décidait autrement, semble non seulement gagné, mais dépassé. Cependant, ce succès porte en lui-même ses propres limites. Il constitue en effet ni plus ni moins qu'un aveu de faiblesse. Tout comme les démocrates, en perte de vitesse électorale dès le milieu des années soixante, durent fonder leurs espoirs sur une Cour de gauche pour mettre en œuvre leur agenda, les républicains actuels sont peut-être dans une situation similaire. Depuis dix ans, l'évolution conservatrice de la Cour suprême s'opère en parallèle avec une remontée – contrariée mais indéniable – des forces progressistes. Le Parti républicain s'enferme dans une logique de surenchère partisane qui risque de lui coûter cher au moment des élections, à l'instar du Parti démocrate des années soixante-dix. La mainmise d'une idéologie sur le judiciaire semble être le meilleur indicateur de la crise du parti qui la porte dans l'arène électorale.

