

International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation

Volume 2, Issue 1, 2021

**L'interface du politique et du juridique dans les
jugements de la Cour suprême des États-Unis
Mémoire de maîtrise soutenu à l'École de droit de la
Sorbonne, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne**

DOI:10.21608/IJDJL.2021.67494.1062

Pages 282-307

Ezzat Nouman

Avocat au cabinet Shalakany au Caire.

Maîtrise en droit

Correspondance : Ezzat Nouman, L'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, L'École de Droit de la Sorbonne.

E-mail: ezzat_nauman@hotmail.com

Received Date : 12 March 2021, **Accept Date**: 15 April 2021

Citation : Ezzat Nouman, L'interface du politique et du juridique dans les jugements de la Cour suprême des États-Unis, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation , Volume 2, Issue1, 2021 (282-307)

Résumé

Le sujet que je traiterai concerne la relation entre la justice et les choix ou les préférences politiques et l'influence de ces derniers sur le travail des (Justices) de la Cour suprême des États-Unis. Le sujet sera abordé en suivant un plan de cinq parties : il s'agit tout d'abord d'une introduction suivie d'une étude détaillée de trois décisions rendues par la Cour suprême, pour enfin terminer par une tentative de conclusion. Les trois affaires qui seront abordées sont : *District of Columbia v. Heller* (I), *Citizens United v. Federal Election Commission* (II) et *Bush v. Gore* (III). Je tiens à préciser à ce stade qu'il s'agit d'un choix personnel puisque je pense que les affaires susvisées illustrent bien ma problématique de la dimension politique dans les jugements de la Cour suprême.

Il s'agit donc de déterminer si les énoncés et les décisions que la Cour suprême présente, par la personne de l'un ou l'autre de ses Justices, comme étant juridiques et strictement juridiques, conformément à son rôle constitutionnel et institutionnel, revêtent néanmoins et simultanément un choix ou une préférence politique. Si tel est le cas, il s'agit alors d'examiner si l'inscription d'une telle dimension politique dans l'énoncé ou la décision relève d'un choix de la part du Justice ou si celle-ci est consubstantielle à un énoncé ou à une décision juridique, et dès lors inévitable. Par ailleurs, il s'agit de se demander si la présence d'une valence politique compromet la justice. ? Selon la réponse qu'on donnera à cette question, il conviendra, ou non, d'encourager la Cour suprême à adopter telle ou telle autre attitude, en tout cas face aux situations qui participent d'un choix de la part de ses Justices.

Mots clefs : Droit constitutionnel, La relation entre la politique et le droit, choix politique des juges et leur influences sur leurs jugements.

Introduction

Le sujet que je traiterai concerne la relation entre la justice et les choix ou les préférences politiques et l'influence de ces derniers sur le travail des (Justices) de la Cour suprême des États-Unis. Le sujet sera abordé en suivant un plan de cinq parties : il s'agit tout d'abord d'une introduction suivie d'une étude détaillée de trois décisions rendues par la Cour suprême, pour enfin terminer par une tentative de conclusion. Les trois affaires qui seront abordées sont : *District of Columbia v. Heller*⁽¹⁾ (I), *Citizens United v. Federal Election Commission*⁽²⁾ (II) et *Bush v. Gore*⁽³⁾ (III). Je tiens à préciser à ce stade qu'il s'agit d'un choix personnel puisque je pense que les affaires susvisées illustrent bien ma problématique de la dimension politique dans les jugements de la Cour suprême. Je trouve important aussi de souligner que mon travail ne prétend pas être exhaustif puisque le sujet en question exige un travail beaucoup plus approfondi et une marge de temps plus grande pour s'attarder sur tous les aspects de ce dernier. J'ai prétendu donc cerner le sujet par une étude approfondie des trois affaires susvisées. Mon étude consistera en une analyse critique et personnelle approfondie de l'opinion de la Cour (*The opinion of the Court*) d'une part, et des opinions dissidentes (*The*

⁽¹⁾*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

⁽²⁾*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

⁽³⁾*Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

dissenting opinions), d'autre part, pour les trois affaires en question. Il s'agit d'une mise en lumière de la problématique de l'inévitabilité d'opérer des choix politiques par les Justices de la Cour suprême. Ainsi, je tiens à m'appuyer dans mon approche sur les articles publiés dans les (law reviews) des grandes écoles de droit aux États-Unis rédigés par les commentateurs, qui sont généralement des professeurs de droit constitutionnel ou d'histoire constitutionnelle dans ces écoles.

Il s'agit donc de déterminer si les énoncés et les décisions que la Cour suprême présente, par la personne de l'un ou l'autre de ses Justices, comme étant juridiques et strictement juridiques, conformément à son rôle constitutionnel et institutionnel, revêtent néanmoins et simultanément un choix ou une préférence politique. Si tel est le cas, il s'agit alors d'examiner si l'inscription d'une telle dimension politique dans l'énoncé ou la décision relève d'un choix de la part du Justice ou si celle-ci est consubstantielle à un énoncé ou à une décision juridique, et dès lors inévitable. Autrement dit, est-il possible à la Cour suprême, d'énoncer ou de décider le droit de manière à ce que celui-ci reste à l'écart de tout engagement d'ordre politique ou est-ce le cas que le fait même d'énoncer ou de décider le droit implique un engagement politique (au sens philosophique du terme) ? Par ailleurs, il s'agit de se demander si la présence d'une valence politique compromet la justice. Autrement dit, la justice peut-elle s'accommoder de la dimension politique du droit ? Selon la réponse qu'on donnera à cette question, il conviendra, ou non, d'encourager la Cour suprême à adopter telle ou telle autre attitude, en tout cas face aux situations qui participent d'un choix de la part de ses Justices.

Une remarque préliminaire importante concerne le sens voulu de l'emploi du mot "politique" dans l'expression "un choix ou une préférence politique". Il s'agit plutôt du sens philosophique et plus général que du sens strictement littéral. Ainsi, pour moi, ce sont les choix qui se basent sur des préférences morales, sociales, personnelles, partisans ou idéologiques des juges.

Dans un entretien avec (El Colegio De México⁽⁴⁾), une institution de recherche dans le domaine des sciences sociales et humanitaires, professeur Duncan Kennedy, qui enseigne le droit à (Harvard Law School), a avancé qu'en abordant le sujet de la politique et de son influence sur le droit, il faut faire une distinction primaire. Celle-ci intervient entre la législation ou l'adoption d'une constitution et le travail des avocats, d'une part, et la phase du jugement qui est appréhendée par les juges, d'autre part, et qu'il appelle "The adjudication or the legal process⁽⁵⁾". Il avance que dans le premier domaine, la politique interfère et influence d'une manière forte et même impressionnante, et donc que le droit y est le produit de choix ou d'agendas politiques. Il souligne aussi que les avocats ont des carrières professionnelles politiquement motivées puisqu'on trouve des avocats qui travaillent, par exemple, pour des causes humanitaires ou pour des grandes entreprises, et qui représentent donc leurs intérêts et leurs conceptions politiques en premier et dernier lieu. Selon Kennedy, tout le monde est d'accord pour dire que le travail du législateur et des praticiens est politique, mais la question qui reste sans réponse est celle qui concerne le rôle de la politique dans la phase du jugement. Quel est donc le rôle de la politique dans cette dernière ?

⁽⁴⁾Voir "Entretien avec le Professeur Duncan Kennedy", le 1^{er} décembre 2014, disponible sur : https://youtu.be/FXm_Bk0T_18

⁽⁵⁾Voir *ibid.*

La réponse donnée par une grande partie des juges et des professeurs de droit est nette et simple : les choix et les préférences politiques ne trouvent aucune place dans la phase du jugement qui constitue, selon ces derniers, une activité autonome. Il convient, selon eux, de mettre l'accent sur une distinction cruciale entre les jugements de valeur qui sont des questions subjectives, arbitraires, de préférences et les jugements factuels qui sont juridiques, scientifiques, objectifs et même empiriques. Ainsi, ce mouvement souligne qu'il s'agit de deux cas distincts qui ne connaissent jamais aucun point d'intersection. Cette approche est adoptée, par exemple, par Antonin Scalia, ancien Justice de la Cour suprême, et qui adoptait l'idée prétendant à avancer qu'on est devant une approche juridique complètement neutre qui va soulever la Cour suprême au-dessus de la sphère de la politique⁽⁶⁾.

Kennedy poursuit ainsi avec son argument et propose les grandes lignes de sa théorie : il parle de "hermeneutic of suspicion"⁽⁷⁾, "indeterminacy of the legal reasoning"⁽⁸⁾ et "the manipulability of legal rights"⁽⁹⁾. Il commence par la nature particulière du discours juridique, son indétermination et l'inévitabilité de passer par une interprétation exigeant donc l'opération de choix politiques pour trancher les questions qui se soulèvent. Les juges prétendent, selon Kennedy, mettre en œuvre un processus purement objectif qui n'est pas réellement mis en place. Kennedy avance que, malgré leurs réponses négatives, les juges exercent des choix ou adoptent des préférences politiques en tranchant les affaires et qu'il existe un autre pouvoir qui réside dans l'autorité judiciaire et qui opère des choix non transparents au public. Il justifie cela par une illustration qui concerne les droits garantis aux particuliers par les textes comme la constitution. Ces règles, étant exprimées dans un langage abstrait, exigent donc un travail d'interprétation qui aura comme objectif de combler les écarts, conflits et ambiguïtés du texte et qui va donc receler une préférence politique. Ainsi, on arrive à un point médian entre les faits et les valeurs, entre le droit et la politique. Kennedy développe aussi l'idée de la présence de deux dimensions dans les droits : "Inside and outside rights"⁽¹⁰⁾. Selon cette théorie, l'exigence d'opérer une concrétisation du texte abstrait est inévitable. Ce dernier ne peut pas s'auto-exprimer et c'est ce qui entraîne les choix politiques. Aussi, Kennedy propose une remarque importante : le fait qu'on est libéral ne veut pas signifier qu'on n'opère pas de choix politiques. On est toujours devant des choix et des décisions qui sont mis en place⁽¹¹⁾. Il évoque aussi la place importante que commence à prendre, de plus en plus, le (balancing) ou le contrôle de proportionnalité entre les droits en question dans une même affaire obligeant ainsi le juge à trancher la question par un choix et donc à favoriser un intérêt sur un autre⁽¹²⁾. Ainsi, Kennedy conclue implicitement que si sa critique de la phase du jugement est correcte, une dimension politique serait inévitablement présente dans le travail des juges et que des considérations

⁽⁶⁾Voir Richard Hasen, *The Justice of contradictions: Antonin Scalia and the politics of disruption*, Yale University Press, 2018, la préface, page xii.

⁽⁷⁾Duncan Kennedy, *A critique of adjudication (fin de siècle)*, Harvard University Press, 1997, page 55 [ci-après *Critique of adjudication*].

⁽⁸⁾Duncan Kennedy, "The critique of rights in critical legal studies", in Brown and Halley, eds., *Left legalism/left critique*, Duke University Press, 2002, page 192. [ci-après *Critique of rights in critical legal studies*].

⁽⁹⁾Id., page 199.

⁽¹⁰⁾Voir Kennedy, *Critique of adjudication*, op. cit.

⁽¹¹⁾Voir Kennedy, "Critique of rights in critical legal studies", op. cit.

⁽¹²⁾Voir Duncan Kennedy, "Political ideology and comparative law", dans *The Cambridge companion to comparative law*, Cambridge University Press, 2012.

non juridiques feront parties des motifs au stade de la prise de décision.

La question de la relation ou de l'influence entre le droit et la politique a aussi fait l'objet de réflexions chez Ronald Dworkin, ancien professeur de droit au (New York University School of Law), qui estime que le processus de jugement constitue une phase durant laquelle l'interprétation est inévitable et qu'on est donc devant une exigence obligeant à faire des choix et à prendre des décisions à propos d'un nombre de questions morales⁽¹³⁾. Ces approches qui visent à promouvoir l'idée de la présence de choix et de considérations politiques derrière les décisions des juges sont contrariées par une autre proposition qui avance que peu importe la force que peut avoir la question morale dans la vie quotidienne, les juges sont dans l'obligation de l'ignorer. Dworkin critique, par exemple, ouvertement la théorie avancée par Herbert Hart, ancien professeur de droit à l'université d'Oxford, qui soulignait que l'existence et le contenu des lois peuvent être identifiés en ayant recours uniquement aux sources de droit (les textes adoptés et la jurisprudence) et sans besoin de recourir à d'autres principes ou concepts moraux ou politiques. Hart a même confirmé que le droit et la morale sont deux disciplines totalement distinctes⁽¹⁴⁾. Richard Posner, professeur de droit au (University of Chicago Law School) et ancien juge à la Cour d'appel des États-Unis du Septième Circuit, essaie de nous convaincre que les juges ne sont presque jamais confrontés à des questions de morale et que de nombreuses affaires qui ont été traitées devant la Cour suprême, et il donne l'exemple de l'affaire *Roe v. Wade*⁽¹⁵⁾, n'évoquaient aucune question morale et n'exigeaient donc aucun choix politique⁽¹⁶⁾.

I- La première affaire : *District of Columbia v. Heller* :

Le Deuxième amendement de la Constitution américaine a été adopté en 1791. Cet amendement qui fait partie intégrante, avec les autres neuf clauses de la dite (Bill of Rights), de la Constitution américaine adoptée par la Convention constitutionnelle de Philadelphia le 17 septembre 1787 est composé de vingt-sept mots : "Une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un État libre, le droit du peuple de détenir et porter des armes ne sera pas enfreint."⁽¹⁷⁾ Avant de procéder avec mon analyse en profondeur de la décision *District of Columbia v. Heller* (ci-après *Heller*) et de mettre en exergue les choix politiques opérés par les Justices de la Cour suprême à l'occasion de cette affaire, il convient de rappeler d'abord les faits de cette dernière.

Il s'agit d'un texte législatif destiné à encadrer la détention et le port d'armes à feu ayant été adopté en 1775 par le District of Columbia, ou D.C. (désigné comme capitale nationale des États-Unis et doté d'un statut constitutionnel particulier en tant que district fédéral distinct des autres états fédérés). En 2002, un avocat libertaire, Robert Levy, un chercheur au célèbre centre de recherche (think tank) conservateur américain (The Cato Institute) a décidé de financer un litige afin de mettre la constitutionnalité de cette

⁽¹³⁾Voir Ronald Dworkin, *Justice in robes*, Harvard University Press, 2006.

⁽¹⁴⁾Voir Herbert Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

⁽¹⁵⁾*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, (1973).

⁽¹⁶⁾Voir Richard A. Posner, *The problematics of moral and legal theory*, Belknap Press, 2002.

⁽¹⁷⁾Traduction de professeur Pierre Legrand dans son ouvrage *Pour la relevance des droits étrangers*, dans la collection "les voies du droit", IRJS Éditions, 2014, page 274. Le texte original du (Second amendment) étant : "A well regulated militia being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms shall not be infringed."

loi en épreuve. Son demandeur clé étant Dick Anthony Heller, résidant du D.C., est un policier déjà autorisé à porter un pistolet à son lieu de travail. Monsieur Heller s'était vu refuser la déclaration au fichier gouvernemental du pistolet qu'il souhaitait garder à domicile. La loi en question interdisait, en effet, les procédures d'enregistrement de tout pistolet, quoiqu'elle habilite les autorités policières à émettre des permis d'un an pour les pistolets ("handguns")⁽¹⁸⁾. Aussi, la loi attaquée faisait le port d'une arme à feu non déclarée au fichier d'enregistrement gouvernemental une infraction pénale et obligeait les citoyens à conserver leurs armes démontées et déchargées dans tous les cas. Alors que la décision rendue par la Cour fédérale de première instance avait été défavorable au demandeur, la Cour d'appel infirma ce jugement au motif que le texte législatif portait atteinte au droit constitutionnel garanti par le Deuxième amendement. Ainsi, en réponse à une requête du gouvernement du D.C., la Cour suprême a accepté de se pencher sur ce litige constitutionnel et a déclaré finalement cette loi comme inconstitutionnelle par une majorité 5/4, dans sa décision rendue le 26 juin 2008. Une fois ce rappel fait, je tiens, avant d'aborder le vif du sujet, à introduire les trois Justices qui ont rendu des opinions à l'occasion de l'affaire Heller. Il s'agit d'une part, de Justice Antonin Scalia qui avait rédigé l'opinion de la Cour et d'une autre part, de Justice John Paul Stevens et Justice Stephen Breyer qui ont rédigé les deux opinions dissidentes. Il convient, avant de terminer cette introduction, de souligner que les trois opinions totalisent approximativement 55,000 mots (celle de Justice Scalia comptant pour environ 23,000 d'entre eux). Elles s'étendent sur quelque cent cinquante pages.

Une fois cette introduction faite, je tiens à procéder au vif de mon argumentation. Ceci étant dit, j'aborderai mon sujet en suivant un mouvement argumentatif formé de quatre piliers essentiels. Je tiens à préciser à cet égard qu'il ne s'agit pas d'une division en quatre parties distinctes l'une de l'autre ; mais d'un traitement de la question par le biais d'un raisonnement qui se base sur des idées remontant souvent à deux ou trois ou même les quatre approches en même temps. Mon raisonnement va traiter un nombre de points que je considère importants et significatifs. Finalement, je vais consacrer, à la fin de mon argumentation, un regard vers les conséquences de la décision Heller et l'évolution récente en la question par l'acceptation rendue par la Cour suprême de se pencher sur une nouvelle affaire qui concerne le Deuxième amendement. Il s'agit de l'affaire *New York State Rifle and Pistol Association v. City of New York*⁽¹⁹⁾ dont la première audience se tiendra en octobre 2019.

Une première question qui a suscité mon attention est l'approche donnée à la composition structurelle du Deuxième amendement. Comme on peut le remarquer, ce dernier se constitue d'une phrase énonçant deux propositions et une virgule entre ces dernières. Ainsi, je peux souligner premièrement qu'il s'agit d'un même texte dont la compréhension et la formulation linguistique varie d'un Justice à l'autre. Je peux mettre en valeur à cet égard que dans un premier temps, on trouve Justice Scalia qui considère le Deuxième amendement comme étant divisé "naturellement"⁽²⁰⁾ en deux parties. Il s'agit donc, selon lui, de la clause opérationnelle d'une part et de la clause préliminaire d'une autre part. Il affirme aussi que cette dernière ne limite pas la première grammaticalement ; elle annonce uniquement son "objectif ou fin"⁽²¹⁾. Justice Scalia

⁽¹⁸⁾Voir *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) [ci-après Heller], l'opinion de la Cour, pages 574 et 575.

⁽¹⁹⁾Voir <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/new-york-state-rifle-pistol-association-inc-v-city-of-new-york-new-york/>

⁽²⁰⁾Heller, l'opinion de la Cour, page 577. ("naturally").

(21) Ibid., ("purpose").

tire ainsi les conséquences et décide d'opérer son interprétation en commençant en premier par la deuxième partie de l'amendement et en laissant le préambule à la fin. Justice Stevens adopte une approche différente : celle-ci insiste sur le fait que l'amendement est composé de trois parties qui méritent d'être abordées avec attention particulière dont une qui est exprimée dans un langage introductif utilisé pour définir l'objectif de l'amendement⁽²²⁾ et c'est ce qui le conduit à déclarer que la Cour essaie aujourd'hui de dénigrer l'importance de cette clause introductive de l'amendement en commençant son analyse par la clause opérationnelle. Justice Stevens arrive même jusqu'à avancer : "Et c'est ce que la Cour ne fait pas normalement dans ce genre de texte, et ce n'est pas la manière par laquelle les auteurs du texte ont adopté pour voir le préambule."⁽²³⁾ Justice Stevens invoque encore une fois la question du préambule en soulignant que l'opinion de la Cour a d'une manière ou d'une autre négligé ce dernier. Je peux à cet égard me demander si c'était possible qu'on soit devant des choix politiques qui concernent la manière d'aborder le préambule du Deuxième amendement afin d'arriver au résultat politique voulu du texte. Il convient de rappeler aussi que c'est la deuxième partie, qui a été traitée en premier par Justice Scalia, qui dégage "le droit du peuple de détenir et porter des armes [...]"⁽²⁴⁾ et que la première partie c'est celle qui comporte le mot "milice"⁽²⁵⁾.

La deuxième remarque sur laquelle je voulais me pencher c'est le fait qu'on est devant deux interprétations qui se prétendent être basées sur "un arrière-plan historique"⁽²⁶⁾ et qui arrivent à deux conclusions totalement contraires. On trouve d'une part, Justice Scalia qui prétend suivre une interprétation dite originaliste et proposer "le sens public original de l'amendement"⁽²⁷⁾ dans son opinion de la Cour. Tandis, que d'autre part, on trouve Justice Stevens qui, dans une grande partie de son opinion dissidente, suit un raisonnement qui se base essentiellement aussi sur une lecture historique du texte de l'amendement en question, en faisant référence à plusieurs reprises aux rédacteurs du texte constitutionnel et qui arrive à une conclusion différente que celle de Scalia. Il convient aussi de faire référence au fait que Justice Scalia a lui-même affirmé que Justice Stevens se basait dans son interprétation sur les racines historiques du Deuxième amendement mais qu'il a mal lu ces dernières, selon lui⁽²⁸⁾. Richard Epstein, professeur de droit à l'université de Chicago, a souligné que les deux approches des deux Justices Scalia et Stevens étaient des approches historiques et textuelles faisant part de la tradition originaliste⁽²⁹⁾. Ainsi, pour moi, reste la question importante : quelle différence étonnante entre les deux conclusions et si cette dernière découle du fait qu'on assiste à des choix politiques qui ramènent chaque juge à son résultat voulu ? Je peux me servir à ce stade de l'exemple du statut particulier de D.C. et la justification offerte par Justice Scalia par laquelle il prétendait que le mot "state" dans le texte du Deuxième amendement faisait référence au sens plus général, à la sécurité des individus

⁽²²⁾ Voir Heller, l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 640.

⁽²³⁾ Heller, l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 643, "That is not how this Court ordinarily reads such texts, and it is not how the preamble would have been viewed at the time the Amendment was adopted."

⁽²⁴⁾ Le Deuxième amendement de la Constitution américaine de 1787. ("The right of the people to keep and bear arms [...]").

⁽²⁵⁾ Ibid., ("A well regulated militia [...]").

⁽²⁶⁾ Heller, l'opinion de la Cour, page 592, ("historical background").

⁽²⁷⁾ Id., page 625, ("the original understanding").

⁽²⁸⁾ Voir id., page 603.

⁽²⁹⁾ Voir Richard Epstein, "A structural interpretation of the Second Amendment: why Heller is (probably) wrong on originalist grounds.", *Syracuse Law Review*, volume 59, 2008, page 1.

ou du peuple composant une nation ou une communauté particulière. Scalia a affirmé aussi que le mot “state” figurant dans la Constitution à plusieurs reprises faisait référence à chaque état américain individuel mais que la situation pour le Deuxième amendement était différente⁽³⁰⁾. Je peux prétendre à ce stade que cette remarque renforce mon argument qu’il s’agit d’une progression de choix faite par chaque Justice et qui amène chacun d’eux à une conclusion différente de l’autre ou plus clairement au résultat voulu par chacun de ces Justices. Une remarque importante aussi est celle de Cass Sunstein, professeur de droit à Harvard Law School, qui a souligné qu’on est devant des jugements qui se basent sur des écrits historiques académiques et de professeurs de droit qui supportent d’une manière ou d’une autre l’un des points de vue. Ce dernier a avancé aussi qu’on n’a pas donné la place aux historiens qui sont plus équipés et dans une situation plus favorable à offrir une étude et une conclusion pouvant se prétendre désintéressées⁽³¹⁾ des intérêts politiques.⁽³²⁾

Un autre point qui me semble important aussi est la question des décisions antérieures de la Cour suprême et qui ont une certaine autorité dans les cas où on est devant une affaire récente analogue dans ces faits matériels avec une des décisions antérieures. Mais ce qui est curieux, c’est la manière par laquelle deux Justices voient une même affaire antérieure. Il s’agit de deux approches totalement différentes et de deux conclusions inconciliables. Justice Stevens souligne que le cas devant lui a une analogie parfaite avec l’affaire *United States v. Miller*⁽³³⁾ qui remonte à 1939 ; cette dernière ayant apportée selon lui une réponse claire à la question pendante devant lui dans *Heller*⁽³⁴⁾. L’autre camp, illustré par l’opinion de la Cour rédigée par Justice Scalia, adopte un point de vue totalement différent : on écarte l’application de l’affaire précitée et on justifie cela en avançant que cette dernière concernait le transport d’armes et que l’arme qui était en question n’était pas protégée par le droit individuel garanti par le Deuxième amendement⁽³⁵⁾. Il convient ici de prendre en considération que la Cour suprême avait soulignée dans l’affaire *Miller* qu’en l’absence de preuve démontrant une relation raisonnable entre la possession d’une arme à feu et la préservation et l’efficacité de la milice, on ne peut pas dire que le Deuxième amendement garantissait le droit individuel de détenir et porter des armes⁽³⁶⁾. Ainsi, pour la majorité, il s’agit d’une affaire distincte de celle pendante aujourd’hui devant la Cour. Je peux à cet égard souligner que les deux camps parlaient de la même affaire et que les deux conclusions ne trouvent aucun point en commun et que si la majorité avait souligné qu’il y a une analogie avec l’affaire *Miller*, elle allait être dans l’obligation de respecter le principe du (*Stare decisis*) ce qui allait rendre sa tâche beaucoup plus compliqué à dégager un droit individuel au port d’armes comme elle l’avait fait dans l’affaire *Heller*.

On trouve que ce point a fait écho dans plusieurs articles : Lawrence Solum, par exemple, professeur de droit et de Philosophie à l’université d’Illinois dresse l’état des choses et souligne que l’affaire *Heller* était particulière et que cela tenait au fait que la Cour avait traité le Deuxième amendement juste une fois avant

⁽³⁰⁾Voir *Heller*, l’opinion de la Cour, page 597.

⁽³¹⁾Ce qui n’est pas possible, à mon sens.

⁽³²⁾Voir Cass Sunstein, “Second Amendment minimalism: *Heller* as *Griswold*”, *Harvard Law Review*, volume 122, 2008, page 256.

⁽³³⁾*United States v. Miller*, 307 U.S. 174 (1939) [ci-après *Miller*].

⁽³⁴⁾Voir *Heller*, l’opinion dissidente de Justice Stevens, page 637.

⁽³⁵⁾Voir *Heller*, l’opinion de la Cour, pages 621 et 622.

⁽³⁶⁾Voir *Miller*, page 178.

cela dans *United States v. Miller*. Pour lui, cette situation n'est pas normale puisque dans les affaires ayant lieu dans les années 2000 ; la Cour a un nombre considérable de décisions antérieures sur lesquelles elle peut se référer et ce qui n'était pas le cas dans *Heller*. Solum conclut que c'était clair que pour la majorité de la Cour, l'affaire *Heller* était distincte de *Miller*⁽³⁷⁾. Akhil Reed Amar, le professeur de droit et de science politique à l'université de Yale rejoint cette approche en soulignant que la Cour avait le droit d'écarter l'application d'une décision antérieure si elle estime que la Cour avait mal interprété le texte dans cette dernière⁽³⁸⁾ et qu'en tout cas, la Cour devait suivre la constitution et non la décision antérieure. Un autre point de vue est celui de Cass Sunstein qui souligne le fait que même si le nombre des décisions antérieures ne représentait pas grand-chose, c'était clair pour lui que la Cour n'était pas satisfaite du tout de ce qu'elle avait trouvé à ce stade⁽³⁹⁾ et c'est ce qui laisse penser que des choix politiques étaient présents afin d'écarter à tout prix l'affaire *Miller* et nier toute analogie avec cette dernière d'une part, ou confirmer la présence de cette analogie d'une autre part.

Une question plus profonde, à mon sens, et qui nous démontre l'exigence de passer par une étape d'opération de choix politique est celle de la variété dans la détermination de la problématique de l'affaire pendante devant la Cour. Je peux illustrer mon propos par une référence à Justice Stevens qui énonce dans la première page de son opinion dissidente que la question présente dans l'affaire n'est pas de savoir si le droit garanti par le Deuxième amendement est un droit individuel ou collectif mais si ce droit peut être mis en œuvre dans le domaine non-militaire⁽⁴⁰⁾. Cette précision ne trouve pas grande place dans l'analyse de Justice Scalia qui s'intéresse plus au fait que l'amendement garantit un droit individuel au port d'armes⁽⁴¹⁾. Ainsi, même la problématique d'une même affaire n'est pas partagée et ne trouve pas un accord unanime entre les Justices d'une même Cour et qu'en contemplant l'insistance de Justice Scalia, d'une part, d'assurer le droit individuel au port d'armes et la méfiance de Justice Stevens, d'autre part, vis-à-vis de la même question, on peut prétendre comprendre le choix de chacun d'eux de la problématique qu'il a adopté.

Une autre question marquante, à mon point de vue, est le fait qu'on est souvent devant deux Justices dont les opinions se basent et citent un nombre de textes similaires mais l'interprétation et la manière d'aborder ces derniers varient d'un camp à l'autre et amènent chaque observateur du texte à souligner des conclusions totalement différentes de celles soulignées par l'autre. Je peux à cet égard donner deux exemples de textes retenus par Justice Scalia et Justice Stevens : il s'agit d'une part d'un nombre de textes législatifs remontant au 18^{ème} siècle et des textes de Joseph Story, un juriste et avocat américain célèbre⁽⁴²⁾. Ainsi, un événement curieux a lieu : je remarque deux interprétations inconciliables du même texte par les deux Justices et je vais jusqu'à dire que chaque camp choisi les passages favorables à ses points de vues et exclut d'autres et c'est ce qui peut être remarqué dans le recours des Justices Scalia et Stevens aux écrits de Joseph Story. Le premier se réfère à la partie qui concerne le sens large et général du mot "state" dans le Deuxième amendement

⁽³⁷⁾ Voir Lawrence Solum, "District of Columbia v. Heller and originalism", *Northwestern University Law Review*, volume 103, 2009, page 925.

⁽³⁸⁾ Voir Akhil Reed Amar, "Heller, HLR, and holistic legal reasoning", *Harvard Law Review*, volume 122, 2008, page 151.

⁽³⁹⁾ Voir Cass Sunstein, *op.cit*, page 249.

⁽⁴⁰⁾ Voir *Heller*, l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 636.

⁽⁴¹⁾ Voir *Heller*, l'opinion de la Cour, page 576.

⁽⁴²⁾ Voir *Heller*, l'opinion de la Cour, page 597 et l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 667.

tandis que, le deuxième se réfère à la partie qui précise que les droits garantis par le Deuxième amendement sont attribués à des milices et donc qu'il ne s'agissait pas d'un droit individuel au port d'armes⁽⁴³⁾. Aussi, je peux ajouter ici le cas des références faites au droit anglais et à certaines de ces dispositions qui sont, selon l'opinion de la Cour du Justice Scalia, comparables au droit garanti par le Deuxième amendement⁽⁴⁴⁾. Tandis que, selon Justice Stevens, dans son opinion dissidente, les références au droit anglais ne nous donnent pas grand-chose dans ce cas puisqu'il s'agit d'un autre contexte et d'une autre forme de gouvernement qui n'a rien à faire avec le fédéralisme américain⁽⁴⁵⁾.

Cette démonstration m'amène à un point crucial de mon argumentation et qui est celle de la théorie constitutionnelle suivie par les Justices de la Cour suprême. Ceci étant dit, il s'agit de souligner que le texte constitutionnel n'oblige pas les Justices de suivre tel ou tel raisonnement constitutionnel. Cela a amené Lawrence Solum, à se demander sur le degré de différence entre la théorie constitutionnelle adoptée par Justice Scalia et celle adoptée par Justice Stevens⁽⁴⁶⁾. Ce point fait aussi l'objet de réflexions chez Laurence Tribe, professeur de droit à Harvard Law School, qui a souligné que les choix des sources et du sens des textes retenus par les Justices est une tâche sur laquelle la constitution est restée silencieuse⁽⁴⁷⁾. Aussi, Richard Posner est allé un peu plus loin en soulignant que lui personnellement ne peut pas identifier des principes érigés par la constitution pour être suivis lors de l'interprétation des dispositions constitutionnelles et que cette absence soutient l'hypothèse avançant que l'idéologie et les choix politiques sont les vrais éléments qui guident les choix dans les affaires où les principes libéraux et conservateurs sont en collision.⁽⁴⁸⁾ Ainsi, devant cette absence de texte constitutionnel indiquant une théorie constitutionnelle à suivre, je me demande qu'est ce qui réside derrière l'adoption d'une approche originaliste ou d'une mise en œuvre d'une balance des intérêts en question ? Je peux aussi faire référence à l'idée de donner l'effet plein des mots d'un texte et que le sens varie selon l'effet qu'on donne au texte, ce qui a été souligné par Justice Stevens⁽⁴⁹⁾. Je tiens aussi ici à souligner une remarque faite par Mark Tushnet, professeur de droit à Harvard Law School, et je le rejoins dans son opinion qui s'appuie sur le fait que même si Justice Scalia a essayé implicitement d'invoquer l'idée qu'il a dépassé l'interprétation originaliste ancienne et qu'il instaure une nouvelle qui éviterait, selon lui, les anciens problèmes et qui étaient principalement la présence d'une certaine subjectivité juridique et de choix opérés par les Justices ; Tushnet considère que l'interprétation dite (The new originalism) va faire face aux mêmes difficultés et qu'elle va succomber devant l'inévitabilité d'une certaine subjectivité et d'un certain choix⁽⁵⁰⁾.

Je vais me tourner maintenant vers un point qui concerne les sujets abordés par les Justices et comment est-ce que le choix des sujets peut receler une dimension politique. J'illustre mon propos par deux exemples

⁽⁴³⁾Voir *ibid.*

⁽⁴⁴⁾Voir Heller, l'opinion de la Cour, pages 604 et 608.

⁽⁴⁵⁾Voir Heller, l'opinion dissidente de Justice Stevens, pages 664 et 665 et voir Richard Epstein, *op. cit.*, page 3.

⁽⁴⁶⁾Voir Lawrence Solum, *op. cit.*, page 955.

⁽⁴⁷⁾Voir Laurence Tribe, "An excerpt from the Invisible Constitution", *Experience*, volume 19, 2009, page 2. Le titre original ayant été publié sous forme d'ouvrage chez Oxford University Press en 2008.

⁽⁴⁸⁾Voir Richard Posner, "In defense of looseness", *The New Republic*, 2008, page 6.

⁽⁴⁹⁾Voir Heller, l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 651.

⁽⁵⁰⁾Voir Mark Tushnet, "Heller and the new originalism", *Ohio State Law Journal*, volume 69, 2008, page 616.

: le premier concerne l'opinion de la Cour de Justice Scalia et qui a dédié une partie de cette dernière pour souligner que le peuple américain avait considéré durant la plus grande partie de son histoire le pistolet comme l'arme préférée de légitime défense et il commence à expliquer cette préférence selon lui⁽⁵¹⁾. Tushnet se demande sur la relation entre cette question d'arme préférée et le reste de l'opinion de la Cour⁽⁵²⁾ ; cette relation est selon lui obscure. Tandis que, de l'autre côté, on trouve Justice Breyer qui va consacrer cinq pages de son opinion dissidente pour traiter de statistiques et de chiffres qui démontrent la gravité de la question des armes sur la société américaine. Ainsi, cette approche adoptée par Justice Breyer à ce stade laisse penser qu'il s'agit d'un choix politique pour justifier ces conclusions.

Un point extrêmement important dans cette discussion était la question de l'imprécision structurelle de la langue et spécialement de la terminologie employée dans les textes constitutionnels qui sont d'une manière ou d'une autre vague et imprécise. Ceci étant dit, je peux illustrer mon propos en me référant à un débat qui a eu lieu entre Jack Balkin qui est professeur de droit constitutionnel à l'université de Yale et Larry Solum dans lequel on peut voir surgir l'idée que lorsqu'on est devant un texte vague, on remarque l'intervention inévitable d'une création qui viendra saisir un sens du texte et qui n'est pas présent seul dans ce dernier⁽⁵³⁾. On peut très bien comprendre qu'une telle création exige un choix ou une préférence politique. Cette idée susvisée trouve écho aussi chez Mark Tushnet, qui le dit plus clairement que jamais : il trouve que la grammaire, la syntaxe et l'usage commun du Deuxième amendement proposent des identifications et des sens concurrents et que les Justices sont tenus de choisir entre l'une de ces options⁽⁵⁴⁾. Ainsi, pour lui, on est clairement dans une sphère de choix discrétionnaires opérés par les Justices et qui peuvent se baser sur les préférences politiques. La question a intéressé aussi Cass Sunstein qui a rejoint l'opinion de James Bradley Thayer, un théoricien du droit américain des années 1860, qui suppose que le texte de la Constitution américaine est, à plusieurs occasions, ambigu et imprécis ce qui impose à la personne à la conquête du sens de ce dernier d'opérer un choix discrétionnaire. Thayer conclut son propos en soulignant qu'une déclaration d'inconstitutionnalité ne doit être prononcée que dans le cas où on est devant une grave violation du texte constitutionnel qui est claire et non-équivoque⁽⁵⁵⁾.

Je tiens à conclure mon analyse de l'affaire Heller par un nombre de questions qui se rattachent à ma problématique auxquelles la Constitution américaine n'offre aucune réponse. La première concerne le fait savoir si le juge constitutionnel doit prendre en considération les évolutions de la société et de sa situation actuelle en jugeant les affaires de ces jours-ci vu que la Constitution date aujourd'hui d'à peu près 230 ans et si c'est le cas, est ce qu'une telle prise en considération peut être mise en œuvre hors de tout choix politique. Cette idée est avancée, notamment chez Justice Stevens, qui a souligné dans un entretien que le Justice doit prendre en considération l'histoire de la nation américaine en entier et pas uniquement au moment de l'adoption de la Constitution⁽⁵⁶⁾. Noah Feldman, le professeur de droit à Harvard Law School, s'est demandé

⁽⁵¹⁾ Voir Heller, l'opinion de la Cour, page 629.

⁽⁵²⁾ Voir Mark Tushnet, "Heller and the critique of judgment", *the Supreme Court Review*, volume 61, 2008, page 69.

⁽⁵³⁾ Voir Jack Balkin et Larry Solum "The volokh conspiracy – interpretation v. construction in Heller", 2010, page 2.

⁽⁵⁴⁾ Voir Mark Tushnet, *op. cit.*, page 623.

⁽⁵⁵⁾ Voir Cass Sunstein, *op. cit.*, page 257.

⁽⁵⁶⁾ Voir Jeffrey Rosen, "The dissenter, Justice John Paul Stevens", *The New York Times Magazine*, 2007, page 18.

la même question, dans un article publié au mois de janvier 2019, et qui est celle de savoir si la constitution de 1787 peut continuer de se voir appliquer aux États-Unis d'aujourd'hui ; est-ce que ces derniers peuvent être réglés dans le monde d'aujourd'hui par un texte et par des principes qui relèvent à plus que 200 ans⁽⁵⁷⁾. Feldman fait référence aussi à la théorie de la constitution vivante développée par Justice Oliver Wendell Holmes qui est vu comme un des Justices les plus connus dans l'histoire de la Cour suprême des États-Unis. Je tiens à ce stade à me demander si une telle théorie exige une création jurisprudentielle et des choix politiques par les Justices pour être mise en œuvre.

La question des choix politiques est une question parlante même pour les Justices de la Cour suprême qui ont à plusieurs occasions fait référence implicitement, selon mon point de vue, à cette dernière. J'illustre mon propos brièvement par un exemple qui relève de l'opinion dissidente de Justice Breyer qui confirme le fait que souvent on n'a pas de réponses logiques ou conceptuelles à un nombre de questions ; qu'une telle question n'a pas une réponse prouvée comme étant la correcte et que le Justice reste souvent en position d'indétermination de savoir la conclusion correcte ou le choix à suivre⁽⁵⁸⁾.

Je peux conclure cette analyse de l'affaire Heller en mettant l'accent sur le fait que le débat sur la dimension politique que recèle cette décision était fortement présent et que, suite à cette étude approfondie de l'affaire en question, je peux souligner que cette dernière laisse penser, selon moi, qu'on a assisté à des choix politiques pris par les Justices de la Cour suprême.

Finalement, il convient de souligner que la Cour suprême a récemment, le 22 janvier 2019, accepté de se pencher sur des restrictions au port d'armes posées par une loi de la ville de New York, contestée par l'association de défense des armes à feu, la (National Rifle Association)⁽⁵⁹⁾ (ci-après NRA). En retenant ce dossier, la Cour semble être sensible aux arguments du NRA. Il faudra souligner que la Cour ne s'est pas prononcée sur la question depuis onze ans. On trouve des articles de professeurs de droit qui soulignent qu'on est arrivé au point où on est prêt à élargir le droit individuel au port d'armes garanti par le Deuxième amendement dressé par l'affaire Heller en 2008. C'est ce que pense Adam Winkler le professeur de droit à l'université de Californie à Los Angeles⁽⁶⁰⁾. Je peux conclure que probablement la majorité requise pour élargir le champ d'application du droit évoqué par Heller est d'ores et déjà présente et notamment suite aux deux nominations effectuées par le Président américain Donald Trump de Neil Gorsuch et Brett Kavanaugh comme (Associate Justices) à la Cour suprême.

⁽⁵⁷⁾Voir Noah Feldman, "The Constitution is alive, no matter what Trump does", Bloomberg opinion, le 20 janvier 2019, page 1.

⁽⁵⁸⁾Voir Heller, l'opinion dissidente de Justice Breyer, pages 687, 703 et 704.

⁽⁵⁹⁾Voir le blog de la Cour suprême des États-Unis <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/new-york-state-rifle-pistol-association-inc-v-city-of-new-york-new-york/> et Adam Liptak, "Supreme Court will review New York City gun law", The New York Times, le 22 janvier 2019. <https://www.nytimes.com/2019/01/22/us/politics/supreme-court-guns-nyc-license.html>

⁽⁶⁰⁾Voir Garrett Epps, "Supersizing the Second Amendment", The Atlantic, 2019, page 1.

II- La deuxième affaire : Citizens United v. Federal Election Commission :

Décrite souvent comme “une décision extrêmement importante⁽⁶¹⁾”, ou “qui va ouvrir la voie aux intérêts privés [...] qui pourraient financer sans limite les élections⁽⁶²⁾”, ou “la décision la plus importante dans le domaine de financement des campagnes électorales depuis plusieurs décennies⁽⁶³⁾” ou même “une décision qui est vue généralement comme représentant une immense victoire pour l’aile conservatrice de la Cour suprême⁽⁶⁴⁾”. La décision *Citizens United v. Federal Election Commission*⁽⁶⁵⁾, rendue le 21 janvier 2010 par une majorité 5/4 des Justices de la Cour suprême, a suscité un grand nombre de discussions et de débats aux États-Unis.

Je tiens, par une analyse approfondie de la décision précitée, à démanteler cette dernière et à mettre en lumière les choix politiques opérés par les Justices de la Cour et qui nous ont conduits à *Citizens United v. FEC*. Tout d’abord, il convient de rappeler les faits de l’affaire. Il s’agit d’une “corporation⁽⁶⁶⁾” bénévole (*Citizens United*) qui avait l’intention de sortir un film intitulé “Hillary: The Movie” en 2008 lors des primaires présidentielles du parti démocrate. Ainsi, ayant des craintes de l’application de l’article 441(b) du (Bipartisan Campaign Reform Act de 2002) (ci-après BCRA), *Citizens United* a saisi la Cour fédérale du District of Columbia en décembre 2007 en vue d’obtenir une mesure provisoire contre la commission électorale fédérale (ci-après FEC) en soulignant que le texte législatif ne pouvait pas être appliqué dans le cas de Hillary. Les dispositions de l’article susvisé interdisaient aux corporations de prendre position pour ou contre l’élection d’un candidat en finançant des communications électorales de leurs propres fonds. La Cour a refusé le recours de *Citizens United*. Ainsi, cette dernière a décidé d’interjeter appel devant la Cour suprême qui a, à son tour, refusé l’appel et donc l’affaire est retournée à la Cour fédérale. Cette dernière a décidé de rejeter les demandes de *Citizens United* et de trancher l’affaire en faveur du FEC. La corporation va donc saisir une autre fois la Cour suprême qui va accepter finalement de se pencher sur l’affaire en l’octroyant un (writ of certiorari) qui nécessite le consentement de quatre des neuf Justices de la Cour. La première audience de cette affaire se tiendra au premier trimestre de 2009. La Cour a entendu les plaidoiries orales des parties et devait rendre sa décision aux alentours de l’été de 2009. Mais, cette dernière a surpris tout le monde vers la fin du trimestre judiciaire, en juin 2009, en ordonnant de réexaminer l’affaire de

⁽⁶¹⁾Michael Dorf, “The marginality of *Citizens United*.”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, volume 20, 2011, page 739. (“That ruling is already regarded as extremely important [...]).

⁽⁶²⁾The New York Times, “Text: Obama’s State of the Union Address.”, le 27 janvier 2010, (“that I believe will open the floodgates for special interests [...] to spend without limit in our elections [...]).

⁽⁶³⁾Michael Kang, “After *Citizens United*.”, *Indiana Law Review*, 2010, volume 44, page 243. (“*Citizens United v. FEC* may prove to be the most important campaign finance decision in decades [...]).

⁽⁶⁴⁾Richard Epstein, “*Citizens United v. FEC*: the constitutional right that big corporations should have but do not want.”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, volume 34, 2011, (“a decision that is commonly thought to represent a great triumph of the conservative wing of the Court [...]).

⁽⁶⁵⁾*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010) (ci-après *Citizens United v. FEC*).

⁽⁶⁶⁾J’ai préféré garder le mot en anglais en raison de la particularité du régime juridique de cette institution en comparaison avec le régime juridique français.

nouveau et en demandant aux parties de présenter des dossiers supplémentaires sur la constitutionnalité de l'article 441(b) du BCRA et sur la question d'un potentiel revirement jurisprudentiel de deux affaires, qui seront traitées ultérieurement dans mon analyse, pour septembre 2009. La Cour va finalement rendre sa décision attendue en janvier 2010 : il s'agit d'un revirement de jurisprudence important et d'une déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 441(b) du BCRA.

Le contexte constitutionnel est particulièrement indispensable à la compréhension de cette affaire. En 1976, la Cour suprême a invalidé, dans une affaire *Buckley v. Valeo*⁽⁶⁷⁾, un nombre de dispositions du (Federal Election Campaign Act of 1971) et elle a souligné à cet égard que le gouvernement ne pouvait pas limiter le droit des personnes privées de financer des candidats pour des postes politiques par les montants qu'elles considèrent appropriés pour supporter ou s'opposer à la candidature d'un ou plusieurs de ces derniers. Cette question a postérieurement surgi dans le cas des corporations. Il s'agissait de savoir si ces dernières avaient les mêmes droits, conformément au Premier amendement de la Constitution américaine, que les personnes privées et pouvaient donc financer les campagnes électorales avec leurs propres fonds. En 1990, dans une affaire *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*⁽⁶⁸⁾, la Cour suprême a souligné que les corporations n'avaient pas les mêmes droits que les personnes privées en ce qui concerne le financement des campagnes électorales et que leur pouvoir était plus limité dans ce domaine. Elle a maintenu ainsi, dans une décision à la majorité de 6/3, une loi de l'état de Michigan qui limitait le montant des fonds qu'une corporation pouvait financer pour soutenir ou s'opposer à l'élection d'un des candidats en soulignant que cela revient à l'intérêt de prévenir l'influence que pourrait avoir le pouvoir monétaire des corporations sur le processus électoral. La Cour va adhérer à cette position qui ouvre la voie à l'administration de limiter, dans le cas d'intérêt justifié, le pouvoir de financement des corporations dans le processus électoral pour les vingt années qui suivront la décision *Austin*. Dans une affaire *McConnell v. FEC*⁽⁶⁹⁾, rendue en 2003, la Cour va maintenir la même disposition du BCRA qui sera invalidée ultérieurement dans l'affaire *Citizens United v. FEC*. La Cour avait suivi le raisonnement d'*Austin* et avait souligné que les dispositions législatives du texte de 2002 limitant le pouvoir de financement électoral des corporations ne violaient pas le Premier amendement de la Constitution qui interdit au législateur d'encadrer la liberté d'expression ou celle de la presse⁽⁷⁰⁾.

Ainsi, la Cour a décidé, dans *Citizens United v. FEC*, par une majorité 5/4, de revenir sur les décisions *Austin* et *McConnell* et d'invalider les dispositions du BCRA en question. Justice Anthony Kennedy a rédigé l'opinion de la Cour. (Chief Justice) John Roberts, Justice Antonin Scalia et Justice Clarence Thomas ont rédigé des opinions concourantes, tandis que, Justice John Paul Stevens a rédigé la seule opinion dissidente que les autres Justices de la minorité ont rejointe. Je tiens à souligner que la décision *Citizens United v. FEC* et les décisions dans le domaine du financement des campagnes électorales en général sont hautement

⁽⁶⁷⁾ *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) (per curiam) (ci-après *Buckley*).

⁽⁶⁸⁾ *Austin v. Michigan State Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990) (ci-après *Austin*).

⁽⁶⁹⁾ *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003) (ci-après *McConnell*).

⁽⁷⁰⁾ Voir le Premier amendement de la Constitution des États-Unis adopté en 1791. (Le texte constitutionnel étant adopté en 1787) ("Congress shall make no law [...] or abridging the freedom of speech, or of the press [...]").

techniques et comprennent un nombre de spécificités particulières. Ceci étant dit, je n'aborderai pas un certain nombre de ces questions techniques et je me limiterai dans mon analyse à l'objectif principal de mon sujet, qui concerne la dimension politique dans la décision.

Le premier point sur lequel je vais insister est la question du comportement de la majorité de la Cour vis-à-vis de la question traitée dans l'affaire. Comme je l'ai déjà démontré, la Cour a initialement entendu les plaidoiries orales de l'affaire en mars 2009⁽⁷¹⁾ et une décision était attendue vers la fin du trimestre de la Cour, vers le mois de juin. La Cour a surpris tout le monde en décidant en juin de réexaminer l'affaire et en demandant aux parties de préparer des dossiers supplémentaires qui concernent la question suivante : "Pour la nécessité du règlement de cette affaire, la Cour doit-elle opérer un revirement jurisprudentiel d'une ou des deux affaires suivantes : *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), et la partie de *McConnell v. Federal Election Commission*, 540 U.S. 93 (2003), et qui abordent la validité de la section 203, titre 2, du BCRA de 2002 dans son article 441(b) du Code des États-Unis?"⁽⁷²⁾ Je tiens ici à préciser que ce sont les cinq Justices de la majorité qui ont décidé, de leur propre chef, de se tourner vers la question de la constitutionnalité des dispositions en question et du revirement potentiel de jurisprudence⁽⁷³⁾. Il ne faut pas perdre de vue que *Citizens United* a souligné dans son dossier d'appel plusieurs autres arguments pour la résolution de l'affaire : elle a, d'une part, avancé que le contenu du film en question n'était pas couvert par l'article 441(b) du BCRA et ne violait pas les dispositions de ce dernier puisqu'il ne s'agissait pas, selon *Citizens United*, d'une promotion explicite contre la candidate en question⁽⁷⁴⁾. La corporation a souligné, d'autre part, qu'elle était bénévole et que l'application des dispositions du BCRA en question serait inconstitutionnelle pour son cas particulier⁽⁷⁵⁾. La Cour a même essayé de justifier son recours à l'examen de constitutionnalité en soulignant que les arguments présentés par *Citizens United* concernant l'inapplicabilité de l'article 441(b) à sa situation ne sont pas convaincants et c'est ce qui obligera la Cour à examiner la constitutionnalité de ces dispositions. La Cour a souligné aussi que sa responsabilité judiciaire imposait cet examen et que n'importe quelle autre solution adoptée allait prolonger l'effet dissuasif des dispositions susvisées⁽⁷⁶⁾. Geoffrey Stone, le professeur de droit au University of Chicago Law School, et qui était un (Law clerk) de Justice William J. Brennan, a évoqué cette question qu'il appelle (The judicial overreaching) en soulignant que *Citizens United* et le solliciteur général ont offert à la Cour un nombre de solutions alternatives qui permettaient de trancher l'affaire d'une manière plus restreinte et sans se tourner vers la question controversée de la constitutionnalité du texte et que c'est la Cour qui a choisi

⁽⁷¹⁾ Voir Transcript of Oral Argument, *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876 (2009) (No. 08-205), disponible sur : http://www.supremecourt.gov/oral_argument_transcripts/08-205.pdf.

⁽⁷²⁾ Order Restoring Reargument, 128 S. Ct. 1732 (2009) (No.08-205). "For the proper disposition of this case, should the Court overrule either or both *Austin v. Michigan Chamber of Commerce*, 494 U.S. 652 (1990), and the part of *McConnell v. FEC*, 540 U.S. 93 (2003), which addresses the facial validity of Section 203 of the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002, Section 441(b) in Title 2 of the United States Code?"

⁽⁷³⁾ Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, page 322.

⁽⁷⁴⁾ Voir Brief of Appellants les paragraphes 34-41, *Citizens United v. FEC*, 130 Ct. 876 (2010) (No.08-205).

⁽⁷⁵⁾ Voir *id.*, paragraphe 31 et *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, page 321.

⁽⁷⁶⁾ Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, page 333.

ce raisonnement plus élargi⁽⁷⁷⁾. Stone va plus loin dans son raisonnement en se focalisant sur le fait que traditionnellement les conservateurs insistent sur la nécessité de garder la déclaration d'une loi comme étant inconstitutionnelle à titre de dernier recours de la Cour suprême⁽⁷⁸⁾. Il s'agit, selon ces derniers, d'une dernière solution qui ne se présente qu'après l'épuisement de toute autre solution possible. Le cas pendant devant nous illustre tout le contraire : on est devant une majorité de Justices conservateurs qui font tout afin d'examiner la constitutionnalité du texte en question même si des solutions alternatives étaient clairement présentes et c'est ce qui laisse penser, à mon point de vue, qu'un choix politique est évidemment présent en l'espèce.

Une autre remarque que je considère comme un prolongement de l'idée susvisée est le fait que l'aile conservatrice de la Cour suprême a insisté toujours avec l'écoulement des années sur un point qu'elle considère fondamental. Ce dernier réside dans le fait qu'elle adhère au (judicial restraint) et à la recherche de la signification originale du texte constitutionnel. Les Justices conservateurs de la Cour suprême considèrent ainsi que le (judicial activism) est un exercice illégitime du pouvoir et rejettent tout recours à ce dernier et qu'avec son raisonnement dans *Citizens United v. FEC*, cette aile conservatrice a abandonné cette approche classique. On peut ainsi se demander si la majorité est à l'abri d'une œuvre créatrice qui se base sur des choix politiques dans l'affaire *Citizens United v. FEC*. Le professeur Stone va même plus loin en soulignant que les conclusions de la majorité dans l'affaire susvisée peuvent être uniquement expliquées comme étant le produit de préférences personnelles et idéologiques des Justices sur la question⁽⁷⁹⁾.

Je tiens à ce stade à se focaliser sur un autre point inséparable de mon premier argument et qui est celui du revirement jurisprudentiel opéré par la Cour. Comme je l'ai déjà démontré, la Cour a décidé d'infirmer ses deux décisions *Austin* et *McConnell*. Ce revirement pose, à mon sens, un nombre de questions importantes. Suite à un bref paragraphe dans lequel la Cour rappelle le principe de *stare decisis* et souligne la possibilité de revenir sur les décisions antérieures dans certains cas, la Cour a conclu simplement qu'*Austin* devait être écartée et a souligné que cela revenait au fait qu'elle n'était pas bien raisonnée ou justifiée⁽⁸⁰⁾. Je trouve important ici de noter que Chief Justice Roberts a dédié son opinion concourante de quatorze pages uniquement à la question du *stare decisis* et des cas dans lesquels la Cour pouvait effectuer un revirement jurisprudentiel⁽⁸¹⁾. Je trouve que cela nous montre à quel point ce sujet a posé des difficultés dans l'argumentation de la majorité et que la présence de choix politiques est quasiment confirmée. Il ne faut pas aussi perdre de vue que Chief Justice Roberts et Justice Samuel Alito ont confirmé clairement, lors de leurs auditions de confirmation devant la commission des affaires judiciaires au Sénat, leur respect des décisions antérieures établies de la Cour suprême. Chief Justice Roberts a même insisté sur le fait que c'était un événement violent pour le système juridique de décider de revenir sur une jurisprudence établie de la Cour, que la règle du *stare decisis* jouait un rôle important dans la promotion de la sécurité juridique et que le fait de penser que la Cour a décidé de manière erronée lors d'une décision antérieure n'est pas un

⁽⁷⁷⁾Voir Geoffrey R. Stone, "Citizens United and conservative judicial activism", *University of Illinois Law Review*, volume 2, 2012, page 489.

⁽⁷⁸⁾Voir *Ibid.*

⁽⁷⁹⁾Geoffrey R. Stone, *op. cit.*, page 499.

⁽⁸⁰⁾Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, pages 362 et 363.

⁽⁸¹⁾Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion concourante de Chief Justice John Roberts.

argument suffisant pour justifier un revirement jurisprudentiel⁽⁸²⁾. Justice Alito a aussi avancé que la Cour suprême avait le pouvoir d'opérer des revirements jurisprudentiels mais que ce pouvoir devait être mis en œuvre modérément et que ce dernier doit être limité⁽⁸³⁾. Ceci étant dit, on trouve Ronald Dworkin, l'un des juristes américains très connus, qui souligne que les deux Justices ont fait exactement le contraire de ce qu'ils ont dit lors de l'audition de confirmation afin d'arriver aux résultats souhaités⁽⁸⁴⁾.

Je vais maintenant me tourner vers une autre problématique qui me semble intéressante et révélatrice. C'est la question de la lecture adoptée, par la majorité, du Premier amendement de la Constitution et qui interdit au législateur d'adopter des dispositions qui encadrent la liberté d'expression ou celle de la presse⁽⁸⁵⁾. Justice Kennedy commence son raisonnement par un renvoi à l'opinion concourante de Justice Scalia dans une affaire *FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc*⁽⁸⁶⁾, rendue en 2007, dans laquelle ce dernier avait souligné que la décision *Austin* était une déviation signifiante par rapport aux anciens principes concernant le Premier amendement⁽⁸⁷⁾. Justice Kennedy poursuit en se référant à l'opinion de la Cour, lors de la même affaire, rédigée par Chief Justice Roberts qui avait confirmé que les libertés garanties par le Premier amendement exigent un espace vital pour survivre⁽⁸⁸⁾. Ces références faites, Justice Kennedy énumère des lois qui ont été invalidées, selon lui, à cause de la suppression de la liberté d'expression et des violations apportées au Premier amendement⁽⁸⁹⁾ et il conclue que cette situation est comparable avec celle des dispositions du BCRA en question, que ces dernières constituaient une violation au Premier amendement et qu'elles devaient être invalidées. Cette lecture du Premier amendement est critiquée explicitement par Justice Stevens dans son opinion dissidente. Ce dernier souligne, par exemple, qu'il n'est pas d'accord avec l'approche faite au Premier amendement par la majorité⁽⁹⁰⁾. Face à l'analyse adoptée par la majorité et qui consiste à avancer que la lecture du Premier amendement dans *Austin* et *McConnell* constituait une déviation signifiante des anciens principes gouvernant le texte de l'amendement, Justice Stevens considère simplement que cette analyse est fautive⁽⁹¹⁾. Ceci étant dit, on peut penser que le choix de la lecture adoptée du Premier amendement par les Justices de la majorité constitue un choix politique et leur permet d'arriver au résultat voulu par eux. Cette question a été traitée par Ronald Dworkin et il s'est même appuyé sur le fait que la lecture proposée par Justice Kennedy du Premier amendement était simpliste, superficielle et qu'elle affaiblissait l'objectif primaire de la liberté d'expression qui est, selon lui, la protection de la démocratie⁽⁹²⁾.

⁽⁸²⁾Voir Confirmation hearing on the nomination of John J. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States, hearing before the committee on the judiciary United States Senate, September 12-15 2005, Serial No. J-109-37, page 144.

⁽⁸³⁾Voir Confirmation hearing on the nomination of Samuel A. Alito, Jr. to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States, hearing before the committee on the judiciary United States Senate, January 9-13 2006, Serial No. J-109-56, page 342.

⁽⁸⁴⁾Ronald Dworkin, "The "devastating" decision", *The New York Review of Books*, le 25 février 2010, page 4.

⁽⁸⁵⁾Voir le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, op. cit.

⁽⁸⁶⁾*FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc*, 551 U.S. 449 (2007).

⁽⁸⁷⁾Voir *id.*, l'opinion concourante de Justice Scalia, page 490.

⁽⁸⁸⁾Voir *FEC v. Wisconsin Right to Life, Inc*, l'opinion de la Cour de Chief Justice Roberts, page 469.

⁽⁸⁹⁾Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, pages 336 et 337.

⁽⁹⁰⁾Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion dissidente de Justice Stevens, page 408.

⁽⁹¹⁾Voir *id.*, page 415.

⁽⁹²⁾Voir Dworkin, op. cit., pages 2 et 3.

Une autre remarque que je tiens à évoquer concerne le sujet de la corruption potentielle des dépenses électorales indépendantes dans l'opinion de la majorité. Justice Kennedy s'appuie sur le fait que tant qu'on n'est pas devant une coordination entre ces dépenses électorales et le candidat en question, le risque de corruption ne se présente pas⁽⁹³⁾. Il ne faut pas perdre de vue à cet égard que le même Justice Kennedy avait rédigé récemment, en 2009, l'opinion de la Cour dans une affaire *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*⁽⁹⁴⁾ dans laquelle il a implicitement reconnu la possibilité d'avoir une potentielle corruption à cause des dépenses électorales indépendantes en obligeant un Justice à se récuser et à ne pas entendre une affaire à laquelle l'un des donateurs de sa campagne de nomination était partie. Je souligne que c'est évident qu'il faut prendre en compte les différences entre les deux affaires en question mais tout en gardant à l'esprit que les deux concernaient la possibilité de corruption découlant des dépenses électorales indépendantes. Justice Kennedy a répondu par l'affirmative en 2009 pour ensuite répondre par la négative à la même question en 2010. Michael Kang, professeur de droit à la (Northwestern Pritzker School of Law), a mis en exergue cette question en rappelant aussi que Justice Kennedy a dédié un seul paragraphe de son opinion dans *Citizens United v. FEC*, faisant pourtant cinquante-six pages, pour négliger la pertinence de sa décision récente à la question de l'affaire pendante devant lui aujourd'hui⁽⁹⁵⁾.

Je procède avec mon argumentation par une remarque sur l'opinion dissidente rédigée par Justice Stevens et dans laquelle il ignore presque totalement l'argument d'égalité des armes pour justifier les limites sur le financement électoral par les corporations. Ce choix me paraît inexplicable spécialement que Justice Stevens s'est appuyé précédemment sur cet argument à l'occasion d'un nombre d'affaires qui concernaient aussi le financement des campagnes électorales⁽⁹⁶⁾. Aussi, ce dernier, interrogé lors d'un entretien après sa retraite sur l'erreur la plus grave de la décision *Citizens United v. FEC*, Justice Stevens avait donc répondu que, selon lui, ça serait le fait d'avoir une partie au processus électoral qui aurait beaucoup plus de ressources que l'autre et que cette inégalité pourrait influencer ou même fausser les débats et les choix des électeurs⁽⁹⁷⁾. La question de savoir pourquoi son argument ne figure pas dans son opinion dissidente reste sans réponse. Mais, il s'avère que, selon mon interprétation, il s'agit d'un choix politique dont les raisons restent ambiguës. Richard Hasen, professeur de droit au (UC Irvine School of Law), est même allé plus loin en soulignant que peut-être Justice Stevens était obligé de s'appuyer sur d'autres arguments afin de sécuriser les votes des autres Justices formant la minorité ou peut-être qu'il ne se sentait pas à l'aise d'adopter l'approche d'égalité des armes spécialement avec l'abandon de cette dernière par le solliciteur général.

Un dernier point sur lequel je veux m'attarder dans mon argumentation concerne un événement qui se passe rarement dans le régime constitutionnel américain. Il s'agit du discours sur l'état de l'Union du Président Barack Obama qui a eu lieu le 27 janvier 2010⁽⁹⁸⁾, soit une semaine après la décision *Citizens United v. FEC*, durant lequel il a critiqué ouvertement la décision de la Cour et a même souligné qu'elle

⁽⁹³⁾Voir *Citizens United v. FEC*, l'opinion de la Cour, pages 360 et 361.

⁽⁹⁴⁾*Caperton v. A.T. Massey Coal Co.*, 556 U.S. 868 (2009).

⁽⁹⁵⁾Voir Michael Kang, *op. cit.*, page 246.

⁽⁹⁶⁾*Randall v. Sorell*, 548 U.S. 230 (2006).

⁽⁹⁷⁾Voir 60 minutes: Supreme Court Justice John Paul Stevens opens Up (CBS news television broadcast Nov. 28, 2010).

⁽⁹⁸⁾Voir Barack Obama, *op. cit.*

ouvre la porte aux intérêts privés d'intervenir dans le processus électoral. Au moment de ces remarques qui concernent la décision, Justice Alito a réagi par des petits mots dont on a pu comprendre comme "pas vrai"⁽⁹⁹⁾. Cet incident, qui a surpris tout le monde, m'amène à une dernière observation.

La lecture large donnée au Premier amendement par la majorité et l'insistance sur le fait que l'identité de l'orateur ne pouvait pas justifier la limitation des effets du Premier amendement a suscité une remarque de la part de Justice Stevens deux ans après sa retraite en 2010⁽¹⁰⁰⁾. Ce dernier insiste sur la présence d'une incohérence entre cette approche et celle adoptée dans une opinion per curiam par la même Cour deux ans après *Citizens United v. FEC*, dans une affaire *Bluman v. FEC*⁽¹⁰¹⁾, dans laquelle deux personnes, l'une de nationalité canadienne et l'autre israélo-canadienne, voulaient contribuer financièrement à quelques candidats aux élections fédérales. Les demandes de ces deux personnes ont été refusées et ils ont saisi la Cour fédérale du District of Columbia qui a, à son tour, refusé leur demande. La Cour suprême, saisie pour trancher la question, a affirmé la décision de la Cour fédérale sans commentaire ni dissidence. Peut-on donc dire que n'importe quelle personne peut bénéficier des droits garantis par le Premier amendement? Je termine ma partie sur *Citizens United v. FEC* par une question qui est celle de savoir si la Cour suprême, en tranchant l'affaire *Bluman* avait en arrière-pensée les remarques du Président Obama?

III- La troisième affaire: *Bush v. Gore* :

"Ce n'est pas un grand secret que la décision de la Cour suprême dans *Bush v. Gore*⁽¹⁰²⁾ a ébranlé la confiance d'un grand nombre de spécialistes de droit vis-à-vis de la Cour suprême et du système de contrôle judiciaire [...] la décision ayant tranché le sort d'une élection présidentielle et peut-être même aussi des Justices qui seront nommés à la Cour suprême et dans les Cours fédérales pour les prochaines décennies."⁽¹⁰³⁾ La décision *Bush v. Gore* a été délivrée le 12 décembre 2000. Il s'agit d'une décision rendue par une majorité 5/4 des Justices de la Cour. La majorité a choisi de prononcer sa décision conformément à la technique de l'opinion dite per curiam et c'est ce qui signifie que l'opinion de la majorité n'est pas signée par un Justice particulier qu'on connaît comme étant l'auteur. Chief Justice William Rehnquist a rendu aussi une opinion concourante. Les quatre Justices qui ont formé la minorité dans cette affaire ont rendu chacun une opinion dissidente. On est réellement devant une affaire qui a suscité beaucoup de discussions et de débats et qui était suralimentée de considérations et de conséquences politiques.

Mon analyse de la dimension politique pour cette affaire va se poursuivre tout d'abord par une approche aux différentes opinions de la majorité et des Justices de la minorité pour ensuite m'attarder sur un

⁽⁹⁹⁾Voir "Justice Alito mouths 'not true'", Politico now blog, disponible sur : <https://www.politico.com/blogs/politico-now/2010/01/justice-alito-mouths-not-true-024608>

⁽¹⁰⁰⁾Voir John Paul Stevens, "Beyond *Citizens United*.", *The Journal of Appellate Practice and Process*, volume 13, 2012, pages 5, 6 et 7.

⁽¹⁰¹⁾*Bluman v. Federal Election Commission*, No. 11-275 (U.S. Jan 9, 2012), affg. 800 F. Supp 2d 281 (D. D.C. 2011).

⁽¹⁰²⁾*Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).

⁽¹⁰³⁾Jack Balkin, "Bush v. Gore and the boundary between Law and Politics", *The Yale Law Journal*, volume 110, pages 1407 et 1408. ("It is no secret that the Supreme Court's decision in *Bush v. Gore* has shaken the faith of many legal academics in the Supreme Court and in the system of judicial review [...] The case decided the outcome of a presidential election and may well have determined who would sit on the Supreme Court and the lower federal courts for decades to come.")

nombre de points que j'ai choisis et qui sont, selon moi, les plus significatifs et parlants quant au poids des considérations politiques dans cette affaire. Le premier point en ce qui concerne la décision de la majorité a trait au recours fait par cette dernière à une opinion per curiam. Cette dernière étant traditionnellement mise en œuvre dans le cas d'une affaire non controversée ou qui n'exige pas la rédaction d'une opinion substantielle⁽¹⁰⁴⁾. Cette technique d'opinion per curiam est utilisée, selon la définition du site officiel de la Cour suprême, pour trancher les affaires brièvement et souvent même sans plaidoiries orales⁽¹⁰⁵⁾. Je me demande ainsi comment est-ce que l'affaire Bush v. Gore peut répondre à l'une de ces exigences.

Avant de procéder avec mon analyse de la décision, il convient tout d'abord de rappeler les faits de l'affaire en question. On est dans un moment politique important à la fin de l'année 2000. Le vote populaire pour l'élection présidentielle américaine ayant été tenu le mardi 7 novembre 2000, on attendait donc le vote des grands électeurs qui a lieu normalement au mois de décembre pour être compté finalement par le Congrès des États-Unis qui, une fois le comptage terminé, déclare le vainqueur qui est toutefois normalement connu dès la fin du jour du vote populaire. Ce processus n'ayant pas été tout à fait suivi pour les élections présidentielles de 2000 puisqu'on n'a pas pu connaître le vainqueur jusqu'à la décision de la Cour suprême du 12 décembre, un moment qui aurait d'ailleurs pu être encore différé si la Cour suprême n'était pas intervenue.

C'est donc le vendredi 8 décembre 2000 en Floride. La secrétaire d'État ayant déjà certifié que le candidat républicain George W. Bush avait remporté la majorité des voix en Floride, la Cour suprême de la Floride a ordonné un recomptage manuel sur l'ensemble de l'état pour les bulletins de vote qui n'ont pas pu être lus par les machines de comptage. Le candidat Bush a intenté un recours immédiat devant le Cour suprême des États-Unis afin d'arrêter ce recomptage, craignant l'avancée du candidat démocrate Albert Gore. Il faut souligner à ce stade qu'on avait des doutes sur la possibilité d'accomplir le recomptage ordonné avant le 12 décembre qui était la date limite pour chaque état, conformément à la théorie du (Safe harbor)⁽¹⁰⁶⁾, de délivrer le nom du candidat ayant remporté l'élection pour que le vote des grands électeurs se tienne le 18 décembre conformément aux dispositions de la loi. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis va tout d'abord ordonner, un jour après la décision de la Cour suprême de la Floride, soit le samedi 9 décembre, une décision provisoire d'arrêt du recomptage pour enfin annuler la décision de la Cour suprême de la Floride le 12 décembre 2000 par sa décision Bush v. Gore. Je tiens aussi à souligner que cette élection a été considérée comme l'une des élections les plus tendues dans l'histoire des États-Unis puisque la différence entre les deux candidats en Floride au moment du recomptage était estimée à une centaine de votes seulement.

Ainsi, je débute mon argumentation par un nombre de remarques préliminaires. Tout d'abord, il convient de souligner que la majorité a choisi de commencer son opinion per curiam par des statistiques du pourcentage, en se référant à des études et des articles que j'ai essayés d'accéder sans succès, des votes qui ne

⁽¹⁰⁴⁾Voir Ira Robbins, "The Supreme Court's misuse of per curiam opinions", the Supreme Court of the United States blog, disponible sur <https://www.scotusblog.com/2012/10/scholarship-highlight-the-supreme-courts-misuse-of-per-curiam-opinions/>.

⁽¹⁰⁵⁾Voir <https://www.supremecourt.gov/opinions/opinions.aspx>.

⁽¹⁰⁶⁾J'aurai l'occasion de m'attarder sur la question du Safe harbor à la fin de mon sujet. J'ai préféré aussi garder le mot en langue originale en raison de sa particularité et de la relation entre ce dernier et le régime électoral américain.

sont pas valables lors d'une élection présidentielle et cela peut être afin de discréditer le recomptage ordonné et de démontrer qu'il ne va pas changer les choses⁽¹⁰⁷⁾. La majorité a souligné aussi qu'elle pense que suite à cette affaire, le législateur va probablement prendre des mesures efficaces afin d'éviter les inconvénients et les défaillances du système en place⁽¹⁰⁸⁾. On va même se pencher sur les détails des nouvelles technologies et des machines⁽¹⁰⁹⁾ qui sont utilisées dans le système électoral en soulignant que le système pose, dans certaines situations, des problèmes puisque la machine peut compter un vote sur lequel sont inscrits les noms de deux candidats sauf que la machine n'identifie qu'un seul des deux signes. Je ne vois pas pourquoi la Cour s'attarde sur ces questions purement statistiques et techniques, mais on peut supposer que cela était afin de discréditer le système électoral et essayer de justifier le remède qu'elle va proposer et qui va mettre fin au processus de recomptage ordonné par la Cour suprême de la Floride.

Je vais me tourner maintenant vers un nombre de points que je considère importants et parlants quant à la dimension politique de la décision. Premièrement, la question de savoir pourquoi la Cour suprême est intervenue à un moment où le Douzième amendement de la constitution dressait et organisait une procédure dans laquelle la Cour suprême n'avait aucun rôle et qui concernait un processus purement politique qui est celui des élections. L'insistance de la Cour suprême à se mêler dans cette affaire suscite beaucoup de questions. Je tiens tout d'abord à souligner que la certification des votes dans les différents états n'était qu'une étape du processus électoral parmi plusieurs autres, et que le Douzième amendement de la Constitution des États-Unis déléguait expressément le pouvoir de résoudre les différends découlant de ce processus au Congrès américain⁽¹¹⁰⁾. L'amendement allait même jusqu'à régler les cas dans lesquels on avait deux résultats contradictoires concernant le choix d'un état fédéré de l'orientation de son grand électeur et le pouvoir de décider, dans ce cas, appartenait au Congrès aussi, selon Laurence Tribe. Ce dernier a même souligné que la Cour n'aurait jamais dû accepter de trancher l'affaire dès le premier moment, en ayant recours à l'outil procédural. Elle pouvait simplement s'abstenir, en constatant la situation politique particulière, et refuser d'octroyer le bref de certiorari et éviter ainsi l'obligation de trancher l'affaire⁽¹¹¹⁾. Tribe se demande donc pourquoi la Cour suprême n'a pas laissé le processus politique se cristalliser⁽¹¹²⁾ et va jusqu'à souligner que, du moment que la politique est mise en exercice, il fallait laisser ce processus se déployer jusqu'à sa fin, conformément au texte constitutionnel, et que la Cour ne devait pas du tout se mêler de cette question politique⁽¹¹³⁾. Dans le prolongement de cette idée, je peux faire référence à l'approche de Jack Balkin qui a souligné que c'est la Cour qui a vraiment insisté pour s'impliquer dans l'affaire et que son intervention n'était pas nécessaire⁽¹¹⁴⁾. Ceci étant dit, la Cour suprême a nié cela et a justifié son choix d'intervenir en

⁽¹⁰⁷⁾Voir *Bush v. Gore*, l'opinion per curiam, page 103.

⁽¹⁰⁸⁾Voir *id.*, page 104.

⁽¹⁰⁹⁾Voir *id.*, page 108.

⁽¹¹⁰⁾Voir le Douzième amendement de la Constitution des États-Unis. ("The President of the Senate shall, in the presence of the Senate and the House of Representatives, open all the certificates and the votes shall then be counted [...]").

⁽¹¹¹⁾Voir Laurence Tribe, "The unbearable wrongness of *Bush v. Gore*", constitutional commentary, volume 19, page 592.

⁽¹¹²⁾Voir *id.*, page 591.

⁽¹¹³⁾Voir Laurence Tribe, *op. cit.*, page 598.

⁽¹¹⁴⁾Voir Jack Balkin, *op. cit.*, page 1432.

se référant à la clause de protection égale⁽¹¹⁵⁾ en soulignant qu'elle était obligée d'intervenir et que cela se faisait conformément à sa responsabilité de trancher les affaires constitutionnelles⁽¹¹⁶⁾. Personnellement, je ne trouve pas cet argument convaincant : comment est-ce qu'un recomptage pourrait favoriser un candidat sur l'autre ? N'est-ce pas qu'un recomptage manuel a comme objectif essentiel de garantir l'égalité de tous les votes et comme résultat primaire de déterminer le véritable sort de l'élection ? Tribe défend l'idée qu'en fait, la procédure de recomptage manuel, qui a été interrompue par la Cour, n'était qu'une procédure corrective qui allait garantir que chaque vote soit traité pleinement et équitablement⁽¹¹⁷⁾. Ainsi, je peux souligner que cette intervention controversée et l'insistance sur cette dernière laisse penser que la majorité avait peut-être un motif politique fondant cette volonté de mettre fin à tout prix au recomptage ordonné par la Cour suprême de la Floride. En plus, je tiens aussi à cet égard à avancer un argument qui est, à mes yeux, extrêmement important et qui est celui du conflit d'intérêt évident dans l'affaire *Bush v. Gore*.

Il s'agit ici d'une Cour qui tranche une affaire dont le résultat et les conséquences vont décider un nombre considérable de choses en relation avec cette même Cour. Le sort des Justices de la Cour va dépendre de la décision de cette dernière quant à plusieurs aspects, mais le plus important est celui selon lequel le Président des États-Unis qui sera nouvellement élu sera à l'origine des nouvelles nominations à la Cour suprême dans le cas où un membre décide de prendre sa retraite, ce qui allait être prochainement le cas pour les deux Justices conservateurs Chief Justice William Rehnquist et Justice Sandra O'Connor. Comment peut-on expliquer le fait qu'on écarte ces raisons très importantes et qu'on insiste d'intervenir et trancher l'affaire en prenant en considération en même temps que le texte constitutionnel organisait clairement un processus qui devait être mis en place et dont la Cour suprême n'en faisait pas partie ? Je tiens aussi à souligner que la décision de la Cour suprême de la Floride ordonnant le recomptage a été déclarée le 8 décembre à 16h00 et que la Cour suprême a arrêté le recomptage le 9 décembre à 14h45 ; elle n'a même pas attendu une journée pour prendre sa décision⁽¹¹⁸⁾ ...

Finalement, la position de Justice Clarence Thomas a été considérée par un nombre de commentateurs comme étonnante, puisqu'en prenant position avec la majorité dans *Bush v. Gore*, il tourne le dos à son opinion concourante, dans l'affaire *Holder v. Hall*⁽¹¹⁹⁾, où il avait souligné que le fait de décider quel vote constituait un vote légal et devrait être compté à travers les différents états constituait un travail qui exigeait l'opération d'un choix d'une des théories politiques et c'est ce qui était exclu de la sphère ordinaire des Justices fédéraux⁽¹²⁰⁾. Ceci étant presque le cas dans *Bush v. Gore*, mais Mark Tushnet a souligné ironiquement que peut-être cette affaire ne soulevait pas de problème et était claire et donc que l'opération d'un choix par la Cour était tolérable⁽¹²¹⁾.

⁽¹¹⁵⁾Voir le Quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, adopté en 1868 : "Nor shall any State [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" "Aucun État ne pourra, dans sa juridiction [...] dénier à une personne une protection identique à celle inscrite dans les lois".

⁽¹¹⁶⁾Voir *Bush v. Gore*, l'opinion per curiam, page 111.

⁽¹¹⁷⁾Voir Laurence Tribe, op. cit., page 601.

⁽¹¹⁸⁾Voir David Strauss, "Bush v. Gore: what were they thinking?", *The University of Chicago Law Review*, volume 68, 2001, page 744.

⁽¹¹⁹⁾*Holder v. Hall*, 512 U.S. 874, l'opinion concourante de Justice Clarence Thomas, (1994).

⁽¹²⁰⁾Voir *ibid.*

⁽¹²¹⁾Voir Mark Tushnet, "Renormalizing Bush v. Gore: an anticipatory intellectual history", *The Georgetown Law Journal*, volume 90, page 120.

Le deuxième point qui est aussi important et parlant, à mes yeux, est celui du choix de la Cour suprême de trancher l'affaire même si cette dernière concernait le droit local des états, l'état de Floride dans notre affaire. Il convient de rappeler qu'on est dans le cas d'un état fédéral (les États-Unis) dans lequel chaque état fédéré détient des compétences propres à exercer, des différentes cours qui vont interpréter le droit local et même une Cour suprême. Ainsi, dans ces circonstances, la Cour suprême de la Floride était la Cour compétente pour interpréter le droit local. Exerçant cette compétence, elle a ordonné un recomptage des votes au sein de la Floride. Il ne faut pas aussi perdre de vue que le Code électoral de la Floride venait d'être modifié en 1999, un an avant l'affaire *Bush v. Gore*. Aussi, ce qui fait surgir beaucoup de questions est que les mêmes cinq Justices qui ont formé la majorité dans cette affaire s'étaient engagés, dans la décennie précédant *Bush v. Gore*, dans une évolution de la notion de fédéralisme. Ces derniers ont été en effet à l'origine de la promotion, d'une manière relativement constante, du principe de l'autonomie des états fédérés dans l'organisation de leurs préoccupations et de la protection de ces états face à l'intervention d'une supervision fédérale⁽¹²²⁾. Ce mouvement ne sera pas suivi par cette même majorité dans l'affaire susvisée. L'opinion per curiam va presque ignorer cette question et va justifier son intervention simplement en soulignant que personne n'admire davantage la construction constitutionnelle voulant laisser le choix du président du pays et ses modalités aux différents législateurs (faisant référence, selon moi, aux législateurs au niveau local), mais sa responsabilité l'oblige à intervenir et à trancher l'affaire pendante⁽¹²³⁾. La question a pesé plus lourd chez Chief Justice Rehnquist, mais celui-ci n'a pas présenté d'arguments convaincants, selon moi, pour justifier l'intervention de la Cour. Chief Justice Rehnquist a souligné, dans son opinion concourante, qu'étant généralement une question qui relève de la compétence du juge de chaque état, la Cour suprême allait déférer la question à ce juge. Mais, il y a, selon lui, un nombre de domaines dans lesquels la constitution impose à la Cour suprême de se prononcer et trancher les affaires même si elles concernent le droit local. D'après Chief Justice Rehnquist, l'affaire *Bush v. Gore* entrait dans cette catégorie⁽¹²⁴⁾. Cet argument ne me semble pas convaincant, spécialement avec la réforme substantielle du Code électoral de la Floride qui a eu lieu en 1999. Ainsi, je me demande sur quel principe se basent les Justices de la majorité dans leur interprétation du nouveau texte électoral n'ayant pas beaucoup, ou même, aucune décision précédente par la Cour suprême de la Floride interprétant ce texte. En plus, le texte adopté peut être décrit comme étant ambigu et laissant la définition d'un bon nombre de ses dispositions au juge local : il ne définit pas, par exemple, ce qu'est un vote légal. Jack Balkin s'est attardé longuement sur cette question et est même arrivé jusqu'à se demander pourquoi est-ce que la Cour suprême des États-Unis pensait qu'elle connaissait et comprenait le sens d'une loi de Floride plus que la Cour suprême de la Floride ? Je tiens à souligner aussi ici que la Cour suprême n'était pas, par exemple, devant une situation où on est face à la cour d'un état fédéré qui vient rompre avec une longue chaîne de précédents et qui viole ainsi un droit fondamental avec sa nouvelle décision. On est en fait devant une simple interprétation du droit local par la Cour suprême compétente et cette interprétation intervient suite à une réforme du droit local. Avec ce manque de précédents et de clarté du texte, la Cour

⁽¹²²⁾ Comme par exemple dans les affaires : *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S. 452, 460 (1991), *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999) et *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

⁽¹²³⁾ Voir *Bush v. Gore*, l'opinion per curiam, page 111.

⁽¹²⁴⁾ Voir *id.*, page 114.

suprême vient tout simplement écarter la vision du texte proposée par la Cour suprême de la Floride pour remplacer cette dernière par la sienne. Cette intervention me semble incompréhensible et les arguments de la majorité ne sont pas, à mon sens, convaincants. Mais, une explication est présentée par Jack Balkin, qui tient à dire que la Cour suprême, ayant soupçonné qu'elle faisait face à une autre cour qui est uniquement guidée par des motifs politiques partisans, a décidé de sauver la nation d'un tel danger⁽¹²⁵⁾.

Pour ce qui concerne la solution ordonnée par la Cour suprême des États-Unis de suspendre définitivement toute opération de recomptage, une remarque particulière laisse penser que la Cour voulait à tout prix en finir avec cette question de recomptage. La même Cour suprême avait décidée, le 4 décembre 2000, huit jours avant *Bush v. Gore*, de renvoyer une affaire vers la Cour suprême de la Floride en vue d'avoir plus de clarification. C'était l'affaire *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*⁽¹²⁶⁾. Étant face à une même situation huit jours après, la Cour a décidé de trancher la question directement sans renvoyer l'affaire pour plus de clarification. Je me pose la question de savoir pourquoi la Cour avait pris cette décision et avait écarté l'option du renvoi, en prenant en considération, qu'on est devant une affaire qui peut être considérée comme l'une des affaires les plus compliquées dans l'histoire de la Cour suprême. Le professeur David Strauss, qui enseigne le droit à l'université de Chicago, a traité cette question et a souligné qu'en ce qui concerne le sujet du remède adopté par la Cour suprême et qui a assuré la victoire de Georges W. Bush, la décision de la majorité semble simplement indéfendable. Ce dernier a souligné aussi que la majorité a abandonné la solution normale dans ce genre de situation qui consiste à renvoyer l'affaire à la Cour suprême de l'état en question pour plus de clarification⁽¹²⁷⁾.

La dernière question que je voudrais traiter est celle qui concerne le Safe harbor. Il s'agit d'un délai déterminé à l'intérieur duquel les états fédérés sont invités à certifier les résultats de l'élection et à déterminer le candidat vainqueur pour être préparé pour le moment auquel aura lieu le vote des grands électeurs. La Cour suprême, pour mettre fin aux opérations de recomptage, a souligné que vu que la Cour suprême de l'état de Floride avait considéré que le législateur voulait participer de manière efficace à la procédure électorale fédérale et qu'il avait donc l'intention de se conformer aux dispositions de l'article cinq organisant le Safe harbor. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis, tire la conséquence de cette conclusion et souligne que la date limite pour respecter le Safe harbor étant le lendemain et qu'aucun recomptage ne pourrait se conformer à cette date (à cause de sa décision du 9 décembre d'arrêter les opérations de recomptage), elle a décidé donc de renverser la décision de la Cour suprême de la Floride ordonnant la poursuite des opérations de recomptage⁽¹²⁸⁾. Cette approche adoptée par la Cour a suscité plusieurs questions. Je trouve ce raisonnement contestable puisque le Code électoral de la Floride ne mentionne le Safe harbor en aucune occasion. Le professeur Strauss souligne qu'on assiste à une majorité qui, non seulement attribue au législateur de la Floride une intention qu'il n'a pas exprimé expressément, mais une insistance sur le fait qu'il voulait se conformer à ce Safe harbor même si cette adhésion allait en effet octroyer les élections au candidat perdant,

⁽¹²⁵⁾Voir Jack Balkin, op. cit., page 1434.

⁽¹²⁶⁾*Bush v. Palm Beach Canvassing Board*, 531 U.S. 70, (2000).

⁽¹²⁷⁾Voir David Strauss, "Bush v. Gore: what were they thinking", the University of Chicago Law Review, volume 68, page 740.

⁽¹²⁸⁾Voir *Bush v. Gore*, l'opinion per curiam, page 110.

ce qui est peu probable à titre d'objectif d'un législateur⁽¹²⁹⁾. Ceci étant dit, une autre remarque me semble importante et a été mise en lumière par Richard Friedman, professeur de droit à (Michigan Law School) et qui souligne que le respect du délai du Safe harbor allait bien sûr faciliter les choses ; l'état de la Floride n'était pas quand même obligé de se conformer à ce délai. Friedman va ensuite conclure que le dernier mot reste, conformément au texte constitutionnel, au Congrès et il illustre son propos par une référence faite aux élections présidentielles de 1960 dans l'état d'Hawaii⁽¹³⁰⁾. Ainsi, cette insistance inexplicable et l'ignorance totale de la possibilité de renvoyer l'affaire devant la Cour suprême de la Floride pour avoir plus de clarification laissent penser que la Cour voulait à tout prix arrêter toute tentative de recomptage et qui pourrait changer les résultats des élections. Il s'agirait là d'une décision éminemment politique.

Conclusion

À la fin de mon analyse, j'en arrive à une conclusion en deux volets : un volet qui peut être considéré, à mon sens, clair et un autre plus complexe et ambigu. Ainsi, suite à cette étude approfondie de trois affaires de la Cour suprême des États-Unis, je peux enfin me prononcer quant aux questions soulevées par la problématique.

Pour ce qui concerne le premier volet de la problématique, que je considère le plus complexe et ambigu, et qui traite de la question de savoir si les énoncés et les décisions que la Cour suprême présente, par la personne de l'un ou l'autre de ses Justices, comme étant juridiques et strictement juridiques, conformément à son rôle constitutionnel et institutionnel, revêtent néanmoins et simultanément un caractère politique. Je me trouve dans une grande difficulté quant à ma conclusion à ce sujet, et cela tient au fait qu'on ne peut pas conclure et répondre à cette partie de la problématique par une réponse nette et précise. Ce problème réside, selon moi, dans le fait qu'on reste de simples observateurs des décisions de la Cour et des opinions de ses Justices. Ainsi, pour conclure, je me trouve dans l'impossibilité de conclure ; l'analyse s'arrête à un certain point qu'on ne peut pas dépasser puisqu'on est, et on est destiné à rester, de simples observateurs face aux Justices et on ne peut pas accéder à leur pensée pour savoir si de leur point de vue, leurs décisions revêtent un caractère politique ou non. Mais, et comme le souligne clairement l'écrivain irlandais Samuel Beckett: "Déjà essayé. Déjà échoué. Peu importe. Essaie encore. Échoue encore. Échoue mieux [...]"⁽¹³¹⁾ Ceci étant dit, je tiens à préciser que cette difficulté ne nie pas le fait qu'on se situe face à des manifestations et une attitude de la part des Justices de la Cour sur lesquels on peut se baser pour tirer une conclusion.

Suite à cette étude détaillée, je peux conclure que celle-ci laisse penser que des choix politiques sont présents lors de la phase du jugement. Je vais même aller un peu plus loin dans mon analyse et avancer que les Justices en question peuvent eux-mêmes ignorer le fait qu'ils tranchent les affaires pendantes devant eux en ayant recours à des préférences ou choix politiques puisque ces derniers peuvent très bien intervenir inconsciemment; la culture joue à ce stade et les choix sont effectués dans l'inconscience⁽¹³²⁾.

⁽¹²⁹⁾Voir David Strauss, *op. cit.*, page 741.

⁽¹³⁰⁾Voir Richard Friedman, "Trying to make peace with bush v. Gore", *Florida State University Law Review*, volume 29, pages 821 et 823.

⁽¹³¹⁾Samuel Beckett, *Worstward Ho* (dans *Nohow on*), 1989, page 101 ("Ever tried. Ever failed. No matter. Try again. Fail again. Fail better [...]").

⁽¹³²⁾Voir Duncan Kennedy, *Critique of adjudication*, *op. cit.*

La deuxième partie de la problématique, que je considère plus simple à trancher, est celle qui concerne la question de savoir si c'était possible à la Cour suprême d'énoncer ou de décider le droit de manière à ce que celui-ci reste à l'écart de tout engagement d'ordre politique. Ou est-ce le cas que le fait même d'énoncer ou de décider le droit implique un engagement politique ? Personnellement, je trouve que tout discours juridique implique la présence de choix, politique ou non, puisque le fait même d'employer un argument ou même un mot lors d'un discours juridique exige le choix des mots ou des arguments utilisés et c'est ce qui n'est pas toujours un choix politique. Cette sphère de choix peut toutefois englober des choix politiques parmi d'autres et peut même s'étendre à un choix en relation avec la culture de la personne à l'origine du discours. Aussi, ce qui complique la question c'est le fait qu'on est devant un juge qui intervient, dans la plupart du temps, de manière réactive ; il reçoit les dossiers des parties, entend les arguments et les demandes de ces dernières et tranche finalement l'affaire. Ainsi, il est face aux avocats et aux parties qui ont recours beaucoup au discours juridique-politique afin de soutenir et justifier leurs demandes. Il convient de prendre en considération qu'une fois qu'on aborde un sujet, on est dans l'interprétation et c'est ce qui exige l'opération de choix qui ne sont pas toujours politiques mais qui peuvent très bien l'être.

Le dernier point est celui de savoir si la présence d'une valence politique compromet la justice. Voilà une question simpliste en apparence, qui ne l'est pas en réalité, en tout cas selon moi. Tout d'abord, je tiens à souligner que la présence de considérations et de choix politiques au stade du jugement est un phénomène qui n'est pas du tout souhaité. Le principe, en effet, est que le rôle primaire et ultime d'un juge est celui de trancher les affaires pendantes devant lui en appliquant des textes abstraits aux faits matériels devant lui sans prendre en compte n'importe quel autre élément. Le symbole même de la Justice est d'ailleurs représenté par la déesse grecque Thémis avec une épée ou un glaive à la main, symbole du châtement, une balance dans l'autre, pour l'équilibre qu'elle maintient, et les yeux bandés en signe d'impartialité⁽¹³³⁾. Mais est-il possible au juge d'arriver à cet état d'impartialité absolue ? Je défends l'idée que ce n'est pas le juge qui se prononce mais c'est un ensemble d'éléments : il s'agit de son passé, son entourage, sa culture, sa formation etc. En dernière analyse, il ne faut pas du tout encourager les Justices à adopter cette approche qui ouvre les portes à l'intervention de la politique dans le processus juridique, mais reste la question de savoir comment éviter, ou même écarter, toute dimension politique du discours juridique, consubstantielle, à un certain degré, selon moi, à ce discours.

⁽¹³³⁾ Voir <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/les-symboles-de-la-justice-21974.html>