

VIIème Congrès de l'AFDC
Paris, 25-27 septembre 2008

Atelier 6 – Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs

LA LÉGITIMITÉ
DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE
AUX ÉTATS-UNIS À L'ÉPREUVE
DU « CONSTITUTIONNALISME POPULAIRE »

Idris FASSASSI *

« Les écrits du prêtre français étaient bien assez connus à New York pour que la presse veuille l'interviewer. Son bateau à vapeur dépassa le goulet et se dirigea vers le fond de la baie et North River. Il contempla l'horizon, respirant profondément, comme tant d'autres l'ont fait en de tels instants... Il se retourna vers les reporters. « C'est magnifique », dit-il « de respirer le doux air de la légitimité »¹.

Le professeur Charles Black utilisait cette histoire pour mettre en exergue ce qu'il considérait être l'une des qualités majeures du régime américain : le contrôle de constitutionnalité². Ce que le prêtre avait senti dans l'air ce jour-là, cette fragrance qui jusqu'alors lui était inconnue, n'était autre que le « doux parfum de la Cour suprême ».

La Cour suprême, une des rares institutions dont il n'est pas nécessaire de préciser la nationalité, a toujours fasciné les observateurs étrangers, d'Alexis de Tocqueville au jeune prêtre auquel fait référence Charles Black. La raison tient sans doute à ce que pendant longtemps, elle symbolisa à elle seule la justice constitutionnelle. De l'arrêt *Marbury v. Madison*³ jusqu'au développement des mécanismes de contrôle de constitutionnalité en Europe au cours du XX^e siècle, les tribunaux américains, au premier chef desquels la Cour suprême, sont apparus comme les seuls organes dotés du pouvoir de sanctionner une loi contraire à la Constitution. Aujourd'hui encore, alors que ce pouvoir de *judicial review* n'est plus l'apanage des juridictions américaines, la Cour demeure unique parce que, plus que toute autre, elle « illustre l'influence d'une juridiction constitutionnelle sur la société politique »⁴. Par une série de décisions historiques, la Cour a pesé sur le cours de la vie politique de l'État

* Allocataire de recherche – Moniteur à l'Université Paul Cézanne Aix Marseille III, GERJC Institut Louis Favoreu CNRS UMR 6201.

¹ BLACK C., *The People and The Court*, MacMillan, New York, 1960, p. 34.

² STONE A., *The Birth of Judicial Politics in France : The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 1992, p. 93.

³ *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803).

⁴ SCOFFONI G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 1999, p. 245.

et a profondément affecté la vie même de ses citoyens. L'« immense pouvoir politique »⁵ dont elle a fait montre au titre de ses prérogatives de juge constitutionnel contraste avec l'affirmation des Pères fondateurs selon laquelle, « le pouvoir judiciaire est sans comparaison le plus faible des pouvoirs »⁶. Cette assertion relevant de l'évidence selon Hamilton, il y a plus de deux cent ans de cela, n'est, en effet, plus valable à ce jour. Si la Cour ne dispose toujours pas de l'« épée », ni de la « bourse »⁷, elle supporte à tout le moins la comparaison avec les autres branches du pouvoir. En conséquence, elle supporte elle aussi le poids des critiques.

Celles-ci sont consubstantielles à l'existence même du pouvoir qui a fait son prestige. Depuis l'arrêt *Marbury v. Madison*, la Cour n'a cessé d'être remise en cause au titre de son pouvoir d'écarter les lois qui s'avèreraient inconstitutionnelles et ce, d'autant plus que la Constitution ne consacre pas expressément ce pouvoir⁸. En vertu de quels impératifs neuf juges qui ne sont ni élus ni révocables sont-ils autorisés à s'élever contre la volonté exprimée par plusieurs centaines de représentants de la souveraineté nationale qui eux, sont choisis par le peuple et responsables devant lui⁹ ? L'argument majeur avancé à l'encontre de la Cour, et du juge constitutionnel en général, est ainsi celui de son illégitimité en raison de son caractère anti-démocratique. Le *judicial review* apparaît, en effet, comme une « force contre-majoritaire » dans le système américain¹⁰. La *counter-majoritarian difficulty*, selon l'expression consacrée d'Alexandre Bickel, est donc le paradigme dominant du débat constitutionnel américain. Loin d'être une objection récente, la difficulté contre-majoritaire est liée depuis l'origine au *judicial review*¹¹, mais c'est en particulier lors des phases d'activisme judiciaire que la contestation réapparaîtra avec vigueur.

⁵ DE TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, l'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 117.

⁶ « *It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power* », Hamilton in *Federalist Papers* n° 78.

⁷ *Ibidem*. Hamilton souligne que le pouvoir judiciaire n'exerce d'influence ni sur l'« épée », référence au pouvoir exécutif, ni sur la « bourse », référence au pouvoir législatif : « *The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse* ».

⁸ Voir en ce sens LAMBERT J., « Les origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1931, p. 1-69, et HENNINGER J., *Marbury v. Madison. Un arrêt fondateur, mal fondé*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, 116 p. ; ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1998, p. 120 et s.

⁹ VERDUSSEN M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Labor, Bruxelles, 2004, p. 6.

¹⁰ BICKEL A., *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, p. 16.

¹¹ Pour une étude historique de la difficulté contre-majoritaire, voir FRIEDMAN B., « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One : The Road to Judicial Supremacy », *New York University Law Review*, volume 73, n° 2, 1998, p. 333-433 ; FRIEDMAN B., « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Two : Reconstruction's Political Court », *The Georgetown Law Journal*, volume 91, n° 1, 2002, p. 1-65 ; FRIEDMAN B., « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Three : The lesson of *Lochner* », *New York University Law Review*, volume 76, n° 5, 2001, p. 1383-1455 ; FRIEDMAN B., « The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Four : Law's politics », *University of Pennsylvania Law Review*, volume 148, n° 4, 2000, p. 971-1064 ; FRIEDMAN B., « The Birth of an Academic Obsession : The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five », *The Yale Law Journal*, volume 112, n° 2, 2002, p. 153-259.

Depuis quelques années, le débat a été relancé autour de la politique jurisprudentielle de la Cour Rehnquist¹², et il s'est poursuivi sous la Cour Roberts. Le mouvement de remise en cause de la justice constitutionnelle qui s'est développé au sein de la doctrine américaine porte le nom de « constitutionnalisme populaire » (*popular constitutionalism*). Regroupant d'éminents constitutionnalistes, il prône, comme son nom l'indique, un rôle accru du peuple tant dans l'interprétation que dans l'application de la Constitution et stigmatise les dérives contre-majoritaires de la Cour. Parce que la Cour aurait privé le peuple de ses prérogatives constitutionnelles, le pouvoir de *judicial review* devrait être sinon aboli, au moins strictement encadré.

L'objectif est ici d'envisager la résurgence du débat autour de la légitimité de la justice constitutionnelle aux Etats-Unis, qui, près de quatre vingt-dix ans après l'œuvre d'Edouard Lambert sur le « gouvernement des juges », semble lui faire écho¹³. L'étude sera centrée sur la Cour suprême, parce qu'elle symbolise, par sa position au sommet du pouvoir judiciaire fédéral, cette fonction de juge constitutionnel. Sans se livrer à une étude exhaustive sur la légitimité de la Cour, il convient de considérer les arguments de la contestation actuelle et d'envisager comment, au final, l'analyse des rapports entre le juge et l'opinion publique, entendue comme « la façon inorganique dont un peuple fait savoir ce qu'il veut et ce qu'il pense »¹⁴, limite assurément la critique.

Outre-Atlantique, cette question fait l'objet, depuis plus d'un demi-siècle, de recherches de plus en plus poussées¹⁵, dont les conclusions, particulièrement en ce qui concerne la prise en compte de l'opinion publique par le juge, sont riches d'enseignements. De même, la jurisprudence récente de la Cour concernant l'infliction de la peine de mort aux malades mentaux et aux mineurs¹⁶ offre de nouvelles perspectives quant à l'étude des rapports entre le juge et l'opinion publique, et atteste du lien consubstantiel entre les deux. Au demeurant, elle illustre le fait que la Cour doit rester en prise avec les aspirations du corps social, « qu'elle ne saurait s'affranchir indéfiniment de l'air du temps »¹⁷. C'est justement parce que la Cour ne possède ni « la bourse », ni « l'épée » que son autorité repose de manière ultime sur la confiance de l'opinion publique¹⁸. L'acceptation par le peuple des décisions de la Cour, ainsi que la prise en compte par la Cour des aspirations du peuple constituant, à n'en pas douter, des exigences finales de légitimité.

¹² Parmi les décisions de la Cour les plus controversées : *United States v. Lopez*, 514 US 549 (1995), *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997), *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000), *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2000).

¹³ LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, Paris, 1921, 276 p.

¹⁴ HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Vrin, Paris, 1975, p. 318. L'opinion publique sera, en effet, ici comprise sous son acception générale, c'est-à-dire la manière de penser la plus répandue dans une société, celle de la majorité du corps social.

¹⁵ Voir PERSILY N., CITRIN J., EGAN P., *Public opinion and constitutional controversy*, Oxford University Press, New York, 2008, 364 p.

¹⁶ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) et *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

¹⁷ COHEN-TANUGI L., *Le droit sans l'État*, PUF, Paris, coll. Quadrige, p. 88.

¹⁸ Voir en ce sens l'opinion dissidente du juge Frankfurter dans la décision *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962).

L'argument des tenants du constitutionnalisme populaire, celui selon lequel le peuple aurait été dessaisi par la Cour (I) se voit ainsi renversé par le constat que la Cour se trouve, en réalité, saisie de manière médiate par le peuple (II).

I - LE PEUPLE « DESSAISI » PAR LA COUR OU L'EMERGENCE DU CONSTITUTIONNALISME POPULAIRE

Intitulé « *We the Court* », l'article du professeur Larry Kramer publié dans la *Harvard Law Review* en 2001 était destiné à être remarqué¹⁹. En reprenant les premiers termes de la Constitution américaine et en substituant le terme « *Court* » à « *People* », le doyen de la faculté de droit de Stanford exprime clairement l'idée selon laquelle la Cour s'est accaparée les pouvoirs du peuple en matière constitutionnelle. Est ainsi posée de manière claire l'idée directrice du constitutionnalisme populaire dont Larry Kramer est, avec Mark Tushnet, Richard Parker et Jeremy Waldron, la figure de proue. Ce mouvement se caractérise notamment par son essence idéologique (A). S'il soulève de manière pertinente la question du rôle respectif des cours et du peuple en matière constitutionnelle, les solutions préconisées n'emportent pas la conviction et révèlent le caractère paradoxal de la contestation (B).

A - Une contestation idéologiquement marquée et hétérogène

Le constitutionnalisme populaire est un mouvement de remise en cause du *judicial review* qui se détache difficilement d'une critique idéologique. Bien que rejoignant sur certains points la philosophie du pouvoir judiciaire retenue par les conservateurs, il apparaît comme un mouvement d'essence libérale²⁰. Il n'est toutefois pas monolithique, dans la mesure où il regroupe des auteurs dont les revendications présentent des différences sensibles. Au surplus, il n'apparaît pas défini de manière précise par ceux qui s'en réclament.

1 - L'essence idéologique de la contestation

L'appréhension du constitutionnalisme populaire ne peut se faire qu'en prenant en considération le contexte dans lequel il s'est développé. À ce titre, il apparaît que ce mouvement se pose en réaction à l'activisme essentiellement conservateur de la Cour Rehnquist. Parce qu'elle n'est pas sans rappeler les critiques formulées il y a près d'un siècle, la contestation actuelle met en évidence l'existence d'un cycle dans le débat constitutionnel américain.

a) Un mouvement en réaction à l'activisme conservateur de la Cour Rehnquist

¹⁹ KRAMER L. « The Supreme Court 2000 Term - Foreword : We the Court », *Harvard Law Review*, volume 115, n° 4, 2001, p. 4-169.

²⁰ Le terme « libéral » doit ici s'entendre dans le contexte américain.

La notion d'activisme judiciaire est incontournable dans le débat constitutionnel américain²¹. Elle est toutefois rarement définie de manière précise par ceux qui l'emploient, et lorsqu'elle l'est, les définitions retenues apparaissent tellement éloignées les unes des autres qu'au final, sa signification demeure tout aussi incertaine²². L'idée commune que l'on retrouve dans les différentes acceptions de la notion d'activisme judiciaire est celle selon laquelle le pouvoir judiciaire serait allé au-delà des limites inhérentes à sa fonction. L'activisme s'oppose donc à la réserve judiciaire (*judicial self-restraint*). Ainsi, un juge se montre activiste lorsqu'il entend « légiférer depuis son prétoire »²³. Au-delà de cet aspect, l'activisme renvoie à une certaine lecture de la Constitution, idéologique et basée sur des convictions personnelles, que le juge entendrait imposer aux autres pouvoirs, par le biais de son immixtion dans leurs sphères de compétences ou de la censure de leurs actes. Et si les manifestations de l'activisme de la Cour peuvent être envisagées sous différents aspects²⁴, le révélateur le plus probant est la mesure dans laquelle elle invalide les actes des autres branches du pouvoir, et plus spécifiquement ceux du Congrès²⁵.

Les périodes historiques au cours desquelles il est reconnu que la Cour a fait preuve d'activisme, que ce soit dans un sens conservateur ou libéral, sont identifiables. De manière logique, ces périodes sont celles au cours desquelles les remises en cause de la légitimité de la Cour furent les plus virulentes.

Aujourd'hui, le bilan de la Cour Rehnquist²⁶ révèle, paradoxalement, un activisme sans précédent dans l'histoire américaine²⁷. Le paradoxe réside dans le fait que cette Cour, composée majoritairement de conservateurs, se pose en réaction à l'activisme libéral de ses devancières, la Cour Warren et, dans une moindre mesure, la Cour Burger. Elle se voulait donc, à l'origine, respectueuse d'une certaine réserve judiciaire, conforme à la conception traditionnelle du pouvoir judiciaire des conservateurs. Or, en réalité, entre 1995 et 2003, la Cour a invalidé plus de trente-trois lois fédérales alors même que dans les deux cent premières

²¹ Voir en ce sens KMIEC K. « The Origin and Current Meaning of Judicial Activism », *California Law Review*, Vol. 92, n° 5, 2004, p. 1441-1477, dans lequel l'auteur relève qu'entre 1990 et 2004, plus de cinq mille articles de doctrine ont porté sur l'activisme judiciaire.

²² Pour Randy Barnett, si « l'expression activisme judiciaire est clairement péjorative, elle est généralement vide » in BARNETT R., « Is The Rehnquist Court an « Activist » Court? The Commerce Clause Cases », *University of Colorado Law Review*, Vol. 73, n° 4, 2002, p. 1276.

²³ KMIEC K., *art. cit.*, p. 1471.

²⁴ *Ibidem* p. 1463 et s. Voir aussi CROSS F. B., « The scientific study of judicial activism », *Minnesota Law Review*, Vol. 91, n° 6, 2007, p. 1762 et s.

²⁵ Voir en ce sens SUNSTEIN C., *Radicals in Robe : Why Extreme Right Wing-Courts Are Wrong for America*, Basic Books, 2005, p. 42 et s. Bien entendu, il convient ici de préciser que l'invalidation de lois par la Cour n'est pas en soi une preuve de son activisme. Si la loi est inconstitutionnelle, alors la censure est justifiée, de même que la Cour pourrait se montrer activiste en refusant d'invalider une loi qui, elle, serait inconstitutionnelle. Sur ce point, voir BARNETT R., *art. cit.* Dès lors, la véritable manifestation de l'activisme serait l'invalidation de lois dont l'inconstitutionnalité est douteuse. Voir en ce sens SUNSTEIN C., « Taking over the Courts », *New York Times*, 9 novembre 2002. On est ici proche de la doctrine exposée par James Thayer selon laquelle le juge ne devrait censurer que les actes dont l'inconstitutionnalité est patente, au-delà de tout doute raisonnable. THAYER J., « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, vol. 7, 1893, p. 129.

²⁶ William Rehnquist a présidé la Cour de 1986 à 2005.

²⁷ Voir en ce sens KECK T., *The Most Activist Supreme Court in History : The Road to Modern Judicial Supremacy*, University of Chicago Press, 2004, 370 p.

années d'application de la Constitution, seules cent trente-trois lois fédérales furent écartées²⁸. Ce ratio est « historiquement anormal »²⁹. Par une série de décisions rendues à la majorité de cinq contre quatre, la Cour a sensiblement orienté sa jurisprudence dans un sens conservateur dans des matières déterminantes du droit constitutionnel américain. C'est, en particulier, en matière de fédéralisme que sa jurisprudence fut la plus « agressive » à l'égard du Congrès. Elle a considérablement limité les prérogatives du pouvoir fédéral, en interprétant de manière restrictive la clause de commerce, ainsi que le paragraphe 5 du XIV^e Amendement, se faisant ainsi l'ardent défenseur des États fédérés³⁰. La décision *Bush v. Gore* par laquelle elle scelle l'issue du scrutin présidentiel³¹, ainsi que la réaffirmation régulière du principe de suprématie judiciaire³², sont autant d'illustrations de l'activisme de la Cour Rehnquist.

C'est donc bien en réaction à l'activisme essentiellement conservateur³³ de la Cour que s'inscrit le constitutionnalisme populaire. Parce que les dernières nominations effectuées par le Président Bush ont résolument ancré la nouvelle Cour Roberts du côté conservateur, ce mouvement traduit aujourd'hui la réaction de certains libéraux face à une Cour activiste, dont ils savent qu'elle leur sera défavorable pour une longue période³⁴.

À travers les changements d'attitude respectifs des libéraux et des conservateurs vis-à-vis de la Cour, en fonction des solutions adoptées par celle-ci, affleure le caractère idéologique des contestations. Surtout, ils permettent la mise en évidence d'un cycle, la critique d'aujourd'hui faisant écho à celles adressées sous l'ère *Lochner*.

b) La mise en évidence d'un cycle dans le débat constitutionnel

Les conceptions relatives au *judicial review* apparaissent nécessairement liées aux décisions de la Cour³⁵. Et, lorsque survient un basculement idéologique au sein de la Cour,

²⁸ CAMINKER E., « Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule : Lessons from the Past », *Indiana Law Journal*, Vol. 78, 2003, p. 74.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *United States v. Lopez* 514 US 549 (1995). Dans cette décision, la Cour invalide une loi fédérale interdisant la vente d'armes dans un certain périmètre autour des écoles (*Gun Free School Zones Act*), car elle estime que la matière relève de la compétence des États fédérés. Elle considère que le Congrès a outrepassé les pouvoirs qu'il détient en vertu de la clause de commerce. Cette décision historique marque le renouveau des droits des États. Voir dans le même sens *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000).

³¹ Voir en ce sens ROSENFELD M. « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2002, p. 81-90.

³² Voir *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000).

³³ Si l'activisme de la Cour a principalement œuvré dans un sens conservateur, que ce soit au sujet du fédéralisme, de la procédure criminelle, ou de la religion, il convient de préciser qu'il a aussi joué dans un sens libéral, dans une moindre mesure. Notamment, *Romer v. Evans* 517 US 620 (1996) ; *Lawrence v. Texas* 539 US 558 (2003) ; *Grutter v. Bollinger*. 539 US 306 (2003). Voir KECK T., « Activism and restraint on the Rehnquist Court : Timing, Consequence, and Conjecture in constitutional Development », *Polity*, vol. 35, n° 1, 2002, p. 135 et s.

³⁴ Voir en ce sens CHEMERINSKY E., « In Defense of Judicial Review : A Reply to Professor Kramer », *California Law Review*, 2004, p. 1023.

³⁵ FRIEDMAN B., « The Cycles of Constitutional Theory », *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, n° 3, 2004, p. 149 et s.

du fait par exemple de nouvelles nominations, il se répercute inmanquablement en doctrine à travers la formulation de théories visant à justifier les nouvelles solutions adoptées, ou au contraire, à les fustiger. Les remises en cause de la Cour apparaissent ainsi liées, au moins dans une certaine mesure, à des considérations idéologiques. Cette affirmation est confirmée par l'histoire, plus particulièrement par les changements d'attitude des libéraux vis-à-vis de la Cour.

Ces derniers ont presque toujours été les adversaires de la Cour. *Dred Scott v. Stanford*³⁶, *Plessy v. Ferguson*³⁷, *Lochner v. New York*³⁸ sont autant d'arrêtés qui ne pouvaient que heurter les sensibilités progressistes. L'âge d'or de la contestation progressiste est représenté par l'ère *Lochner* (1890-1937), au cours de laquelle se sont affinées les premières argumentations autour de l'illégitimité de la Cour. Les grands universitaires que furent Learned Hand, Felix Frankfurter, ainsi que leurs prédécesseurs et maîtres, James Thayer et Oliver Holmes, ancrèrent résolument les libéraux dans une opposition à la Cour, sur le fondement des dérives contre-majoritaires de cette dernière. En réponse à l'invalidation répétée, « fondée sur une interprétation à la fois contraignante et très extensive de la liberté contractuelle et du *due process of Law* »³⁹, d'une série de lois économiques et sociales visant à réglementer les conditions de travail, ils se firent les partisans de la réserve judiciaire.

Plus tard, lorsque dans les années soixante, la Cour Warren s'engagea dans un activisme, libéral cette fois-ci, les libéraux se trouvèrent confrontés à un dilemme. Que faire face à cette Cour dont ils approuvaient les solutions au fond, mais dont le caractère activiste heurtait leurs conceptions⁴⁰ ? Au milieu des années soixante, une grande partie des libéraux s'affranchit de l'héritage intellectuel de l'ère *Lochner* et adhéra à une philosophie favorable à un large pouvoir de la Cour. D'opposants à la Cour, ils devinrent alors ses défenseurs⁴¹.

Depuis quelques années, à travers le constitutionnalisme populaire, un nouveau changement s'est produit au sein des libéraux⁴². L'espoir de la Cour Warren est passé, la Cour Rehnquist et maintenant la Cour Roberts sont résolument conservatrices. En conséquence, ils préconisent dorénavant un rôle restreint de la Cour.

Ainsi, si le constitutionnalisme populaire ne saurait se réduire à une critique opportuniste, il apparaît toutefois qu'il est indéniablement marqué idéologiquement, en ce qu'il s'insère dans un contexte particulier dont il ne peut être fait abstraction.

2) Le caractère protéiforme de la contestation

³⁶ *Dred Scott v. Sandford*, 60 US 393 (1857).

³⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

³⁸ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

³⁹ RAYNAUD P., « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps », *Droits*, n° 30, 2000, p. 115.

⁴⁰ « Des innovations jurisprudentielles telles que *Brown*, *Miranda* et *Roe* mirent à l'épreuve de façon déchirante le traditionnel engagement des libéraux en faveur de la limitation du pouvoir judiciaire », in KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2005, p. 1039.

⁴¹ Voir en ce sens SUNSTEIN C., « Role Reversal and the High Court », *The Washington Post*, 10 juillet 2005.

⁴² CHERMERINSKY E., « In defense of judicial review : the perils of popular constitutionalism », *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 673 et s.

Le constitutionnalisme populaire est un mouvement qui, au delà de l'affirmation de la primauté légitime du peuple en matière d'interprétation de la Constitution, ne parvient guère à se définir clairement. Il se révèle être hétérogène dans la mesure où il est possible de distinguer plusieurs formes de ce mouvement en fonction des idées défendues par ses représentants. Un point de convergence apparaît toutefois nettement parmi tous les auteurs : la remise en cause de la suprématie judiciaire.

a) Les revendications diverses des tenants du constitutionnalisme populaire

Un des premiers griefs susceptible d'être adressé au constitutionnalisme populaire est l'absence de définition précise de ce qu'il recouvre⁴³. La notion se voit surtout définie par son contraire : la suprématie judiciaire. Celle-ci renvoie à « l'idée selon laquelle les juges décident en dernier ressort et pour l'ensemble de la population ce que la Constitution signifie »⁴⁴. Partant, le constitutionnalisme populaire traduit en réalité l'idée selon laquelle « le peuple assure un contrôle actif et continu de l'interprétation ainsi que de l'application du droit constitutionnel »⁴⁵. Larry Kramer y voit l'essence du constitutionnalisme américain, que le peuple aurait plébiscité tout au long de l'histoire. Dans son ouvrage *Taking the Constitution away from the Courts*, Mark Tushnet, autre membre éminent du mouvement, affirme que « le constitutionnalisme populaire repose sur l'idée que nous devrions tous participer à la création du droit constitutionnel à travers notre action politique »⁴⁶.

L'absence de définition précise de ce qu'il convient d'entendre par « constitutionnalisme populaire » est, en réalité, liée au caractère hétérogène du mouvement. En effet, il regroupe des auteurs dont les thèses présentent des différences sensibles, si bien que certains vont jusqu'à différencier cinq courants au sein du constitutionnalisme populaire⁴⁷. Toutefois, il semble qu'il faille distinguer de manière pertinente entre ceux qui prônent l'abolition pure et simple du pouvoir de *judicial review* et ceux qui, tout en acceptant le *judicial review*, préconisent l'élimination de la suprématie judiciaire. À la lecture de ces auteurs, cette ligne de démarcation apparaît plus qu'évidente ; elle symbolise la différence de degré dans la contestation.

Mark Tushnet est le représentant le plus emblématique du premier courant. Selon lui, « supprimer le contrôle de constitutionnalité aurait un effet clair : il rendrait le processus de décision constitutionnelle au peuple. Il ferait du droit constitutionnel issu du peuple le seul droit existant »⁴⁸. Ce courant, le plus radical du constitutionnalisme populaire, repose sur une

⁴³ *Ibidem* p. 676.

⁴⁴ KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1027.

⁴⁵ KRAMER L., « Popular Constitutionalism, circa 2004 », *California Law Review*, Vol. 92, n° 4, 2004, p. 959.

⁴⁶ TUSHNET M., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, p. 157.

⁴⁷ Voir en ce sens FLEMING J., « Judicial Review without Judicial Supremacy : Taking the Constitution Seriously Outside the Courts », *Fordham Law Review*, 2005, p. 1378 et s., dans lequel l'auteur distingue cinq courants au sein du constitutionnalisme populaire. Erwin Chemerinsky en distingue trois, in CHEMERINSKY E., « In defense of judicial review : the perils of popular constitutionalism », *art. cit.*, p. 677 et s.

⁴⁸ TUSHNET M., *op. cit.*, p. 154.

certaine sacralisation de la volonté majoritaire, doublée d'une méfiance excessive à l'égard de l'institution judiciaire. Là apparaissent ses premières limites, puisqu'il ne tient pas compte, entre autres, des progrès permis par le *judicial review*.

Le second courant du constitutionnalisme populaire est représenté par Larry Kramer. La contestation porte ici sur la suprématie judiciaire, le *judicial review* étant en soi accepté.

La remise en cause de la suprématie judiciaire est donc la pierre angulaire du constitutionnalisme populaire, dans la mesure où elle représente le point de convergence des critiques. Se trouve ainsi mise en exergue « l'une des clés du débat contemporain sur le rôle du juge aux États-Unis »⁴⁹.

b) La convergence des griefs autour de la suprématie judiciaire

La suprématie judiciaire désigne le principe selon lequel l'interprétation de la Constitution donnée par la Cour s'impose aux autres branches du pouvoir. La Cour a posé ce principe en 1962 dans l'arrêt *Cooper v. Aaron*, en se référant à l'arrêt fondateur *Marbury* : « En 1803, le *Chief Justice* Marshall [...] déclara dans l'arrêt Madison que “c'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit”. Cette décision posa le principe fondamental selon lequel le pouvoir judiciaire fédéral est l'ultime énoncé du texte de la Constitution, et ce principe n'a depuis, cessé d'être considéré par la Cour et le Pays comme une caractéristique permanente et indiscutable de notre système constitutionnel »⁵⁰. La Cour Rehnquist a réaffirmé ce principe en 2000 : « y compris depuis *Marbury*, cette Cour n'a cessé d'être l'ultime énoncé du texte de la Constitution »⁵¹.

Selon Larry Kramer, cette seule affirmation traduit le fait que la Cour s'est substituée au peuple, car en réalité, et conformément à la doctrine du constitutionnalisme populaire, l'ultime interprète du texte de la Constitution n'est autre que le peuple lui-même. Dans son ouvrage remarqué *The People Themselves*⁵², l'auteur affirme, au terme d'une analyse historique détaillée, que le peuple américain a toujours rejeté la théorie de la suprématie judiciaire au profit de celle du « départementalisme » (*departmentalism*), en vertu de laquelle chaque branche du pouvoir dispose du droit égal d'interpréter la Constitution. La suprématie judiciaire ne se serait imposée que de manière récente, au cours des années soixante, à la faveur du scepticisme général à l'égard du « gouvernement par le peuple » et du changement d'attitude des libéraux vis-à-vis de la Cour⁵³. Larry Kramer prône, dès lors, un retour aux sources du constitutionnalisme américain, avec une Cour qui serait, selon les termes de Theodore Roosevelt, « le serviteur et non le maître du peuple américain ».

⁴⁹ MODERNE F., préface p. XVIII, in LAMBERT E., *Le gouvernement des juges*, Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

⁵⁰ *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958).

⁵¹ « *Even since Marbury, this Court has remained the ultimate exposition of the Constitution text* » in *United States v. Morrison* 529 US 598 (2000).

⁵² KRAMER L., *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004, 376 p.

⁵³ KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1037. Voir *supra*.

La critique vise donc la prétention de la Cour selon laquelle elle aurait « le dernier mot » en matière constitutionnelle à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif. Et même vis-à-vis du peuple, serait-on tenté d'ajouter. Si l'on distingue deux formes « de dernier mot », l'une à l'égard des pouvoirs constitués et l'autre à l'égard du pouvoir constituant, la problématique envisagée ici à travers la suprématie judiciaire est liée à la première mais rejoint inéluctablement la seconde, en raison de la rigidité de la Constitution américaine. En effet, la procédure de révision constitutionnelle est très difficile à mettre en œuvre, à tel point « qu'elle est impossible en pratique »⁵⁴. Dès lors, si la Cour a le dernier mot au sein des pouvoirs constitués, elle l'a donc aussi à l'égard du pouvoir constituant, puisque l'intervention de celui-ci sera particulièrement rare⁵⁵.

B - Une critique contestable et paradoxale

Si le constitutionnalisme populaire soulève des problématiques qui méritent réflexion et nourrissent le débat quant à la légitimité du juge, il apparaît néanmoins que les arguments de ses tenants sont contestables. De manière plus générale, la contestation repose sur un certain paradoxe.

1) Les limites intrinsèques de la contestation

Les limites opposables à la critique sont de deux ordres. En premier lieu, le mouvement tout entier repose sur une vision particulière et dépassée du constitutionnalisme américain, envisagé uniquement sous le prisme majoritaire. En second lieu, l'alternative proposée à la suprématie judiciaire, la théorie du « départementalisme » (*departmentalism*), n'apparaît pas convaincante.

a) Un postulat dépassé

À la lecture de Mark Tushnet et des autres leaders du mouvement, il apparaît clairement que la conception du constitutionnalisme qui est la leur, repose tant sur une exaltation des vertus de la volonté populaire que sur la minimisation des progrès occasionnés par le *judicial review*. Le constitutionnalisme populaire place, en effet, une confiance excessivement élevée dans la capacité du peuple ou de ses représentants à respecter les droits garantis par la Constitution. Or, que signifie concrètement l'élimination du *judicial review* ou la réduction de la suprématie judiciaire à sa plus simple expression quant au respect des droits des minorités ? Ces dernières ne seront-elles pas dès lors livrées au bon vouloir de la majorité ?⁵⁶ Apparaît ici

⁵⁴ KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1028.

⁵⁵ Pour la liste des amendements à la Constitution intervenus en réaction à des décisions de la Cour, voir SCOFFONI G., « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *art. cit.*, p. 260 et s.

⁵⁶ Voir en ce sens CHEMERINSKY, « In Defense of Judicial Review : A Reply to Professor Kramer », *art. cit.*, p. 1022.

l'argument majeur opposable à l'encontre du constitutionnalisme populaire, celui tiré de la protection des droits fondamentaux, en particulier ceux des minorités. Le mythe rousseauiste de l'infailibilité de la loi, expression de la volonté générale, a vécu. Au demeurant, il était dépassé dès l'élaboration de la Constitution américaine. La faveur des Pères fondateurs pour la démocratie était, en effet, empreinte d'une réserve liée aux travers des excès majoritaires, tels qu'avaient pu les subir sur le Vieux Continent les premiers migrants. De plus, l'histoire récente de l'Amérique et le sort longtemps réservé à la minorité noire appelle à la plus grande prudence. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Carolene Products*⁵⁷, les minorités « discrètes et isolées » ne peuvent s'en remettre uniquement au « marché politique » pour assurer leur protection. Elles doivent donc pouvoir compter sur l'intervention d'un arbitre, le juge, qui aurait pour mission « d'assurer la police du bon fonctionnement de la règle majoritaire, tout en accordant aux minorités une protection juridictionnelle renforcée »⁵⁸.

L'intervention du juge constitutionnel s'avère dès lors nécessaire puisqu'il pallie les failles éventuelles du système démocratique en contrôlant plus strictement et le cas échéant, en censurant les lois qui lui apparaissent être le résultat de préjugés majoritaires auxquels sont soumises les minorités. La doctrine *Carolene Products* justifie donc une certaine forme d'activisme des cours, en tant qu'arbitres du marché politique, « mais un activisme axiologiquement neutre, juridiquement fondé, et compatible avec les principes de la démocratie représentative »⁵⁹.

Le constitutionnalisme populaire, en ce qu'il prône la réduction, sinon l'élimination du pouvoir de *judicial review*, prive donc les minorités du seul recours à leur disposition lorsqu'elles ne peuvent se faire entendre sur le marché politique. Il ne faudrait pas ici faire preuve d'une confiance aveugle dans la capacité des cours à exercer ce rôle de protection. Pendant longtemps, elles ne l'ont pas ou mal rempli, de même que les majorités n'ont pas toujours été « tyranniques » à l'encontre des minorités. Il est toutefois indéniable que la présence d'un garde-fou aux excès de la majorité est une garantie dont un État de droit moderne ne saurait se passer. Assurément perfectible, le rôle du pouvoir judiciaire en matière de protection des droits fondamentaux n'en demeure pas moins essentiel.

Mal fondé car reposant sur le paradigme majoritaire, le constitutionnalisme populaire n'emporte pas la conviction dans l'alternative qu'il propose à la suprématie judiciaire.

b) les limites de la théorie du départementalisme

Au sein de la doctrine constitutionnaliste américaine, et plus particulièrement chez les tenants du constitutionnalisme populaire, la théorie du « départementalisme » est souvent présentée comme l'alternative idéale à la suprématie judiciaire⁶⁰. Cette théorie, apparue dès

⁵⁷ *United States v. Carolene Products Co*, 304 US 144 (1938).

⁵⁸ CALVES G., *L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour suprême des États Unis*, LGDJ, 1998, p. 295.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Voir notamment, concernant l'opposition entre suprématie judiciaire et départementalisme, JONHSEN D., « Functional Departmentalism and Nonjudicial Interpretation : Who determines Constitutional Meaning? », *Law*

les premiers jours de la République, signifie, appliquée à notre sujet, « que chacun des pouvoirs serait habilité à faire état de son point de vue sur la Constitution et à agir en conséquence toutes les fois qu'il serait nécessaire à l'occasion de ses tâches ordinaires »⁶¹. Non seulement le pouvoir d'interpréter la Constitution ne serait pas l'apanage du pouvoir judiciaire, mais plus encore, l'interprétation donnée par les juges ne lierait pas les autres pouvoirs.

Apparaissent immédiatement les risques d'une telle solution : les hypothèses de divergences d'interprétation. Que faire si l'interprétation de la Constitution donnée par le Président ou le Congrès s'oppose à celle donnée par la Cour ? Selon Larry Kramer, dans un tel cas, l'autorité de la décision de la Cour dépendrait de la réaction des autres branches du pouvoir, et à travers elle, du peuple⁶². Ce mécanisme de résolution des conflits, pour le moins vague, apparaît peu convaincant. Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Le choix entre l'interprétation donnée par la Cour et celle du Congrès n'est pas sans incidence. Selon Larry Kramer, donner le dernier mot à la Cour revient à priver le peuple de ses prérogatives constitutionnelles. Mais inversement, que reste-t-il de l'autorité de chose jugée des décisions de la Cour si le Congrès peut les ignorer ? Appliqué en matière d'interprétation constitutionnelle, le départementalisme – théorie qui se situe essentiellement dans le champ de la séparation des pouvoirs – mène donc à un dilemme auquel chacune des réponses envisageables comporte des inconvénients majeurs.

Il est intéressant de remarquer que Madison lui-même combinait son engagement théorique en faveur du départementalisme avec la reconnaissance pratique des avantages du caractère ultime de l'interprétation judiciaire. Dans une lettre adressée au juge Roan datant de 1834, il affirme que parce que « les cours sont l'endroit où les questions de constitutionnalité et de légalité sont généralement tranchées, parce que la confiance du peuple en leur jugement résulte de la qualité de leurs membres, et parce que leur composition leur confère un avantage sur l'unicité de l'Exécutif et la multitude du Législatif, le pouvoir judiciaire doit être envisagé comme l'interprète ultime de la Constitution le plus fiable et respectable »⁶³.

Parce que, verticalement, la chaîne des interprètes possibles de la Constitution ne peut être remontée à l'infini, il faut bien qu'il y en ait un qui soit final. Parce que, horizontalement, le départementalisme ne permet pas de résoudre les hypothèses de divergence d'interprétation entre les branches du pouvoir, il convient de confier le dernier mot à l'une d'entre elles. Et, pour les raisons tant pratiques que théoriques énoncées précédemment, il apparaît que le pouvoir judiciaire est le mieux placé pour exercer cette fonction. Ainsi, la Cour n'est pas le seul interprète de la Constitution, mais elle a le dernier mot à l'égard des pouvoirs constitués, et elle est, en dernier lieu, soumise à l'intervention du pouvoir constituant.

and Contemporary Problems, 2004, p. 105-147 ; MURPHY R., « The Brand X Constitution », *Brigham Young University Law Review*, 2007, p. 1247-1316 ; POST R., « Popular Constitutionalism, Departmentalism and Judicial Supremacy », *California Law Review*, 2004, p. 1027-1043.

⁶¹ KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1030.

⁶² KRAMER L., *The People Themselves : Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 252.

⁶³ MADISON J., *Letter to Judge Roan*, p. 349, cité in MURPHY R., *art. cit.*, p. 1267.

Cette solution ne représente pas le danger invoqué par les tenants du constitutionnalisme populaire, ou du moins, il s'agit d'un moindre mal à la lumière de ce que signifierait le constitutionnalisme populaire quant à la protection des droits des minorités. Il est clair, toutefois, que la rigidité de la Constitution américaine est une limite à cette solution. À moins d'un hypothétique amendement à la Constitution en vue d'en faciliter les modalités de révision, il convient de s'accommoder de ce système imparfait, qui repose dès lors, en partie, sur la reconnaissance par la Cour de ses propres limites. À ce sujet, une première garantie repose sur le fait que, comme nous le verrons dans la deuxième partie de cette étude, la Cour ne saurait s'opposer de manière durable aux solutions qui ont clairement la faveur du peuple.

S'il est vrai que la théorie de la suprématie judiciaire n'est pas inscrite dans le texte même de la Constitution, elle s'est néanmoins imposée en tant que traduction d'une certaine forme d'équilibre entre les pouvoirs, au point d'être acceptée par le peuple lui-même⁶⁴. Apparaît alors un paradoxe dans le raisonnement des tenants du constitutionnalisme populaire, puisqu'ils rejettent, au nom du peuple, une solution que ce dernier aurait acceptée.

2) le paradoxe inhérent à la contestation

Le postulat de base de Larry Kramer est que le constitutionnalisme populaire constitue l'essence même du constitutionnalisme américain, auquel le peuple aurait montré son attachement tout au long de l'histoire⁶⁵. L'idée moderne de suprématie judiciaire ne se serait imposée que récemment, à la faveur d'un contexte particulier⁶⁶. Selon le doyen de la faculté de droit de Stanford, la décision *Bush v. Gore*, ou plutôt le fait qu'elle n'ait pas suscité de révolte au sein du peuple, atteste du changement opéré⁶⁷. Désormais, l'idée que la Cour a le dernier mot, même dans une matière aussi importante que le choix du Président, a été acceptée par le peuple lui-même.

Au-delà du fait qu'il faille nuancer l'approche historique adoptée par Larry Kramer⁶⁸, il apparaît que le raisonnement des tenants du constitutionnalisme populaire présente un certain paradoxe.

Ils soutiennent, en effet, que la méfiance à l'égard du processus démocratique a conduit à ce que les individus soient considérés comme des « enfants vulnérables et manipulables »⁶⁹. Dès lors, les juges, en vertu d'une conception élitiste, se seraient imposés comme les

⁶⁴ Voir en ce sens KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1040 et s.

⁶⁵ *Ibidem* p. 1034 et KRAMER L., « Popular Constitutionnalism, circa 2004 », *art. cit.*, p. 962 et s.

⁶⁶ Voir *supra*.

⁶⁷ L'auteur établit une comparaison avec le précédent de 1876, lorsque l'élection fut remportée par Rutherford Hayes à l'issue d'un vote contesté au sein du collège des grands électeurs. KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1040 et s.

⁶⁸ Comme le montre le professeur Whittington, la suprématie judiciaire est une « construction des représentants du peuple qui a souvent été acceptée par le peuple lui-même » in WHITTINGTON K., « Give the people what they want », *Chicago-Kent Law Review*, 2006, p. 922.

⁶⁹ KRAMER L., « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle ? », *art. cit.*, p. 1041.

interprètes ultimes de la Constitution. Cette prise de pouvoir aurait même été entérinée par une acceptation tacite du peuple. Mais, en raisonnant de la sorte, ce sont les tenants du constitutionnalisme populaire qui font preuve d'une défiance excessive à l'égard du peuple américain. Si leur postulat de base repose sur la confiance qu'il est impératif d'accorder au peuple, dès lors, pourquoi ne pas accepter le choix, même tacite, de celui-ci en faveur de la suprématie judiciaire ? Comment de manière cohérente, soutenir qu'il faille faire confiance au peuple et avancer, dans le même temps, que la Cour l'a évincé sans qu'il ne réagisse ? De deux choses l'une : si le peuple s'est laissé priver de ses prérogatives sans mot dire, voire même en acquiesçant tacitement, c'est qu'il n'était pas aussi apte que certains le pensent, ou alors c'est un choix résolu qu'il faut en conséquence respecter.

Le mouvement actuel de remise en cause de la légitimité de la Cour est riche d'enseignements et atteste de la vigueur du débat sur la scène constitutionnaliste américaine. Animé de louables intentions, il n'en demeure pas moins critiquable pour les raisons ci-dessus exposées et principalement, parce que le remède proposé apparaît pire que le mal allégué. Le mouvement a néanmoins le mérite de soulever la question légitime des rôles respectifs du peuple et de la Cour en matière constitutionnelle.

Toutefois, la Cour et le peuple ne s'opposent pas de manière aussi radicale que le constitutionnalisme populaire ne le présente. La prémisse selon laquelle le *judicial review* serait par nature contre-majoritaire doit assurément être relativisée. Il est en effet patent que la Cour et sa politique jurisprudentielle s'inscrivent dans ce que Robert Dahl appelait « l'alliance nationale dominante »⁷⁰. Il suit dès lors que la Cour traduit et soutient le plus souvent les choix de cette alliance et qu'elle ne saurait, sauf sur de courtes périodes, s'opposer à cette dernière, sous peine de remettre en cause sa légitimité, mais aussi son existence.

Cela ne signifie pas que la Cour ne serait qu'un simple « agent » au service de l'alliance dominante⁷¹, mais cela limite considérablement les griefs invoqués par les tenants du constitutionnalisme populaire.

En réalité, le système américain relève plutôt d'un « constitutionnalisme populaire médiat » (*mediated popular constitutionalism*) comme le soutient le professeur Friedman. Il s'agit d'un système dans lequel les interprétations de la Constitution données par la Cour ne reflètent pas nécessairement de manière immédiate la volonté populaire, mais la traduisent sur le long-terme, parce que la Cour est soumise à une véritable exigence de légitimité sociale⁷². Dès lors, l'argument premier des tenants de la critique, celui selon lequel le peuple aurait été

⁷⁰ DAHL R., « Decision-making in a Democracy : the Supreme Court as a National Policy-maker », *Emory Law Journal*, 2001, p. 580. Il s'agit de la réimpression de l'article paru en 1957 in *Journal of public Law*, p. 279-295. Selon l'auteur, la politique américaine serait caractérisée par l'existence d'alliances politiques stables et durables, dont ferait partie la Cour suprême. Celle-ci ne pourrait, sauf à de rares occasions, se situer en dehors de cette alliance.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Voir en ce sens FRIEDMAN B., « Mediated Popular Constitutionalism », *Michigan Law Review*, 2003, p. 2596-2636. Le terme « médiat » fait référence au fait que les décisions de la Cour ne sont pas nécessairement en adéquation de manière immédiate avec l'opinion publique. Il renvoie par ailleurs au fait que le processus d'acceptation des décisions de la Cour est indirect, en ce qu'il est conditionné par les moyens par lesquels le peuple est informé des décisions, et réciproquement, par les moyens par lesquels la Cour est au fait des aspirations majoritaires du corps social.

dessais par la Cour, se voit renversé par le constat que la Cour se trouve en réalité saisie par le peuple.

II - LA COUR « SAISIE » PAR LE PEUPLE OU L'EXIGENCE CONTINUE DE LEGITIMITE SOCIALE

« Quelque part, dehors, par delà l'enceinte de ce palais, ondulent les courants de l'opinion publique qui clapotent à la porte de la Cour. [...] Ces courants, s'ils sont suffisamment importants et soutenus auront, à n'en pas douter, un effet sur le sens de certaines des décisions rendues par la Cour »⁷³. Le *Chief Justice* Rehnquist met ici en exergue une vérité incontestable dont la signification concrète est cependant difficilement saisissable⁷⁴. En effet, le lien entre la Cour et l'opinion publique, fait d'interactions réciproques, est éminemment subtil et complexe⁷⁵.

Si certains soutiennent, à juste titre d'ailleurs, que la Cour influence, dans une certaine mesure, l'opinion publique, il est toutefois difficile de prouver cette affirmation de manière irréfutable. Les recherches en la matière se concluent souvent par le constat du manque de données disponibles⁷⁶, ou par un aveu d'impuissance face aux difficultés méthodologiques soulevées par l'usage des sondages⁷⁷. En tout état de cause, les trop rares études détaillées sur la question révèlent que si cette influence existe, elle ne peut être décrite de manière générale⁷⁸. L'influence d'une décision sur l'opinion sera, en effet, fonction de la matière particulière dans laquelle celle-ci interviendra. Au surplus, les études sont confrontées au paradoxe suivant. Puisque, par essence, la Cour ne peut influencer, du moins de manière directe, que ceux qui auront connaissance de ses décisions, seules celles qui revêtent une

⁷³REHNQUIST W., « Constitutional Law and Public Opinion », *Suffolk University Law Review*, 1986, p. 768. Traduit par nos soins.

⁷⁴ Le Professeur Caldeira, qui a pourtant beaucoup écrit sur le sujet, pouvait ainsi affirmer que « la vérité est que nous ne savons pratiquement rien des effets de l'opinion publique sur la Cour suprême » cité in FRIEDMAN B., « Mediated Popular Constitutionalism », *art. cit.* p. 2616.

⁷⁵Un certain nombre d'études ont été menées sur le sujet. Voir notamment CALDEIRA G. et GIBSON J., « The Etiology of public support for the Supreme Court », *American Journal of Political Science*, 1992, p. 635-664 ; MISHLER W. et SHEEHAN R., « The Supreme Court as a Countermajoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions », *The American Political Science Review*, 1993, p. 87-701 ; MISHLER W. et SHEEHAN R., « Public Opinion and Supreme Court Decision Making : A Micro-Analytic Perspective », *The Journal of Politics*, 1996, p. 169-200 ; CHEMERINSKY E., « The Supreme Court, Public Opinion, and The Role of the Academic Commentator », *South Texas Law Review*, 1999, p. 943-955 ; DURR R., MARTIN A., et WOLBRECHT C., « Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court », *American Journal of Political Science*, 2000, p. 768-776 ; SCHEB J., et LYONS W., « Judicial Behavior and Public Opinion : Popular Expectations regarding the Factors That Influence Supreme Court Decisions », *Political Behavior*, 2001, p. 181-194 ; ROESCH B., « Crowd Control : The Majoritarian Court and the Reflection of Public Opinion in Doctrine », *Suffolk University Law Review*, 2006, p. 379-423.

⁷⁶CALDEIRA G., « Courts and public opinion », in GATES B., JOHNSON C., (dir) *The American Courts, a critical assesment*, Congressional Quarterly Press, Washington, 1990, p. 312. MARSHALL T., « Public opinion and the Rehnquist Court », *Judicature*, Vol. 74, n°6, 1991, p. 326. Les auteurs regrettent en particulier qu'il n'y ait que trop peu de cas où soient disponibles des sondages avant et après la décision de la Cour.

⁷⁷CALDEIRA G., « Courts and public opinion », *art.cit.* , p. 307 et s.

⁷⁸PERSILY N., CITRIN J., EGAN P., *Public opinion and constitutional controversy*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 9.

importance particulière et qui bénéficieront donc d'un retentissement conséquent, seront susceptibles d'influencer l'opinion publique. Or c'est justement dans ces matières – peine de mort, discrimination positive, avortement etc... - que les opinions sont le plus polarisées, et donc le moins susceptibles d'évoluer.

Concernant l'hypothèse réciproque, celle portant sur l'influence de l'opinion publique sur la Cour, elle semble plus aisément vérifiable, mais toute aussi complexe quant à ses modalités. Elle s'inscrit dans le cadre plus général de l'exigence de légitimité sociale, en vertu de laquelle la Cour ne peut s'opposer sur le long terme aux attentes de la majorité des citoyens. La légitimité, entendue « comme la qualité du pouvoir dont l'acceptation se fonde non sur la coercition comme ressource première, mais sur le consentement réputé libre de la population qui s'y trouve soumise »⁷⁹, postule nécessairement une dimension sociale. Les aspects classiques de la légitimité, institutionnel et fonctionnel, ne sauraient révéler à eux seuls l'essence légitime de la Cour. La légitimité requiert, en effet, un « supplément d'âme »⁸⁰ dont le ressort fondamental est lié à la reconnaissance publique. En définitive, comme l'affirmait le Doyen Favoreu, « la véritable sanction de la légitimité de la justice constitutionnelle est donnée ou apportée par l'opinion publique »⁸¹. Et le juge, parce qu'il est sensible à la réception sociale de son œuvre et qu'il se soucie de sa légitimité, ne saurait donc rester insensible à l'élément dont celle-ci dépend au final.

La théorie du « constitutionnalisme populaire médiat » soutenue par le professeur Friedman met en exergue cette exigence de légitimité sociale. Elle repose sur trois prémisses. La première est que les décisions de la Cour doivent être « acceptables » pour une majorité des citoyens. La seconde est que, même lorsque le peuple désapprouve certaines décisions particulières, il soutient toutefois le *judicial review*. La troisième renvoie à l'idée que si le peuple souhaitait réellement remettre en cause le *judicial review* et les décisions rendues sur la base de ce pouvoir, il disposerait de certains moyens d'actions⁸².

Ici l'accent sera mis sur les deux premières propositions qui ont trait à cette exigence de légitimité sociale à laquelle est soumise la Cour (A), mais dont la recherche n'est pas sans soulever certaines difficultés (B).

⁷⁹ HERMET G., BADIE B., BIRNBAUM P., BRAUD P., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, Armand Colin, Paris, 6^e éd., 2005, p. 170.

⁸⁰ DELPEREE F., « La légitimité du juge » in *La convergence des systèmes juridiques au 21^e siècle*, Bruylant, 2006, p. 264.

⁸¹ FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *Revue internationale de droit comparé*, 1994, n° 2, p. 581.

⁸² FRIEDMAN B., « Mediated Popular Constitutionalism », *art. cit.*, p. 2606.

A - La Cour soumise à l'exigence de légitimité sociale : le nécessaire soutien de l'opinion publique

L'exigence de légitimité sociale revêt une double dimension. Elle implique non seulement que le *judicial review*, en tant qu'institution, soit accepté par le corps social, mais aussi que les décisions rendues sur le fondement de ce pouvoir le soient également.

1 - L'acceptation du *judicial review*

En dépit d'une origine sujette à controverses, et malgré les velléités ponctuelles de remise en cause de son existence, il est indéniable que le *judicial review* a été accepté et intégré dans la société américaine.

Selon le professeur Charles Black, « le *judicial review* a été légitimé par l'assentiment populaire tout au long de l'histoire américaine »⁸³. Poursuivant son idée, il affirme que le peuple lui a manifesté son soutien et son attachement « en le laissant tranquille »⁸⁴ (*leaving it alone*). La légitimité du *judicial review* découlerait donc en grande partie de ce que le peuple n'a jamais entendu retirer à la Cour le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Dans le même sens, le professeur John Hart Ely, citant Eugene Rostow, souligne que « les possibilités d'émasculation judiciaire par réaction du peuple contre le *judicial review* ne se sont en réalité jamais concrétisées. Les tensions ont atteint leur paroxysme sous la Cour Warren [...] et pourtant, rien d'assimilable à une destruction ne s'est produit »⁸⁵.

Par ailleurs, au delà d'une simple « non remise en cause », le peuple a manifesté à l'égard de la Cour et du *judicial review* un véritable attachement et un certain respect et ce, même lorsque la légitimité de l'institution était virulemment critiquée. En 1935, alors que la Cour s'opposait à la politique sociale de Franklin Roosevelt en censurant une série de lois essentielles à la mise en œuvre du *New Deal*, les sondages révélèrent que cinquante-trois pour cent des personnes interrogées ne souhaitaient pas pour autant une limitation du *judicial review*⁸⁶. Ainsi, malgré l'impopularité des décisions de la Cour, le *judicial review* bénéficiait encore du soutien populaire⁸⁷. De même, le célèbre *Court packing plan*, projet de réforme du système judiciaire par lequel Franklin Roosevelt entendait briser l'opposition de la Cour en

⁸³ Charles Black, cité in BERGER R., *Government by judiciary, The transformation of the 14th amendment*, Liberty fund, Indianapolis, 1997, 555 p.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ HART ELY J., *Democracy and Distrust : A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980, p. 47.

⁸⁶ CHEMERINSKY E., « The Supreme Court, Public Opinion, and the Role of the Academic Commentator », *South Texas Law Review*, 1999, p. 946.

⁸⁷ Voir la distinction désormais classique retenue par David Easton entre le « soutien diffus » (*diffuse support*), et le « soutien spécifique » (*specific support*) in EASTON D., « A Re-Assessment of the Concept of Popular Support », *British Journal of Political Science*, 1975, p. 435 et s. Le soutien diffus est entendu comme le soutien témoigné à une institution, matérialisé par « un réservoir de sentiments favorables » et le soutien spécifique comme celui apporté aux « produits » (*outputs*) de celle-ci. Dans cette optique, il ressort que le peuple soutenait le *judicial review* – soutien diffus –, alors même qu'il désapprouvait les décisions que rendait la Cour sur la base de ce pouvoir – soutien spécifique –.

augmentant le nombre de juges, ne fut que faiblement soutenu par l'opinion publique⁸⁸. Par la suite, d'autres enquêtes ont montré que le soutien de l'opinion envers la Cour était équivalent voire supérieur à celui manifesté à l'égard des autres branches du pouvoir. L'étude réalisée en 1994 par les professeurs Scheb et Lyons révèle que les personnes interrogées ont une haute opinion de la Cour et de son travail, qu'elles jugent de meilleure qualité que celui du Congrès⁸⁹. Plus récemment, d'autres travaux ont montré qu'en janvier 2001, après la décision controversée *Bush v. Gore*, la Cour jouissait de près de soixante-dix pour cent d'opinion positive⁹⁰. S'il est vrai que depuis lors, d'autres sondages ont montré un certain recul dans l'opinion⁹¹, il est néanmoins clair que l'idée selon laquelle la légitimité sociale de la Cour serait particulièrement précaire doit être nuancée. Elle reste certes fragile, car elle n'est jamais acquise, mais l'épreuve du temps et des périodes de tensions ont révélé plus que son existence, sa consistance.

La Cour elle-même a reconnu dans l'arrêt *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*⁹² que son pouvoir reposait sur sa « légitimité, faite à la fois d'une existence substantielle et de la perception qui se traduit par l'acceptation par le peuple de l'habileté du seul pouvoir judiciaire de porter à la connaissance de tous le droit de la Nation »⁹³. C'est cette acceptation par le peuple qui se révèle être fondamentale en termes de légitimité sociale.

L'attachement montré par le peuple américain au *judicial review*, y compris lors de périodes de tensions comme sous l'ère *Lochner* ou sous la Cour Warren, rend quelque peu paradoxal l'argument des tenants du constitutionnalisme populaire qui prônent aujourd'hui son élimination. Plus de deux cent ans d'existence, ajoutés au prestige dont jouit la Cour, ne lui confèrent-ils pas une légitimité suffisante ? Outre la dimension rationnelle, les figures traditionaliste et charismatique de la Cour, pour reprendre les composantes de la légitimité définies par Max Weber⁹⁴, lui procurent en réalité un solide ancrage au sein de la société américaine. Au demeurant, les auteurs préconisant la suppression du *judicial review* ne représentent qu'un courant minoritaire de la doctrine.

Le *judicial review* a été accepté par le peuple. Mieux encore, comme le souligne le professeur Moderne, il est assurément devenu aujourd'hui « un des éléments symboliques de la culture juridique américaine »⁹⁵. Cette seule dimension de la légitimité sociale, à savoir l'acceptation du *judicial review* en tant qu'institution, ne saurait pour autant constituer une garantie suffisante de légitimité. Encore faut-il que les décisions rendues sur le fondement de ce pouvoir soient acceptées par l'opinion publique.

⁸⁸ CHEMERINSKY E., *art. cit.*, p. 945. Pour une étude détaillée de l'évolution de l'opinion publique à l'égard du *Court packing plan*, voir CALDEIRA G., « Public Opinion and the US Supreme Court FDR's Court Packing Plan », *The American Political Science Review*, 1987, p. 1139-1153.

⁸⁹ SCHEB J., LYONS W., « Public holds Supreme Court in High Regard », *Judicature*, 1994, p. 273-274.

⁹⁰ Enquête menée par le centre de recherche PEW. Résultats disponibles à l'adresse suivante <http://people-press.org/reports/display.php3?ReportID=247>.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 US 833 (1992).

⁹³ LEVASSEUR A., « De Marbury v. Madison à Bush v. Gore ou de la légitimité du juge aux États Unis », *De tous horizons, Mélanges en l'honneur de Xavier Blanc-Jouvan*, LGDJ, 2005, p. 764.

⁹⁴ WEBER M., *Economie et société*, tome 1, Pocket, Paris, 2003, 410 p.

⁹⁵ MODERNE F., préface p. XI, in LAMBERT E., *Le gouvernement des juges*, Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

2 - L'acceptation des décisions rendues

L'exigence de l'acceptation des décisions de la Cour par l'opinion publique n'est que le prolongement naturel et nécessaire de celle de l'acceptation du *judicial review*. Elle permet de s'assurer que la Cour reste, par sa jurisprudence, en prise avec les réalités de la société américaine.

Le « capital de légitimité » dont dispose la Cour n'est, en effet, pas illimité. Dès lors, le maintien, sur le long terme, de divergences idéologiques entre la Cour et le public entraînerait une érosion du soutien de ce dernier et, à terme, la remise en cause de la légitimité de la Cour⁹⁶.

Pour autant, cela ne signifie pas que le peuple doive approuver immédiatement chacune des décisions rendues par la Cour⁹⁷. Cette exigence générale, déterminante comme l'a révélé l'expérience du *New Deal*, s'apprécie sur la durée. Comme le souligne le professeur Friedman, l'important est que la décision de la Cour soit « acceptée » sur le long terme⁹⁸.

a) Une exigence déterminante

« Il n'y a pas, sauf à de rares moments qui ne durent pas, de "gouvernement des juges" aux États-Unis. Les juges, en fins politiques qu'ils sont, savent jusqu'où ne pas aller trop loin sous peine de détruire un système politique, de fait assez fragile, dont ils sont parties prenantes et à la survie duquel ils ont l'obligation de veiller »⁹⁹. Le changement d'attitude de la Cour à l'égard du *New Deal* à la fin des années trente fait figure, à ce titre, d'exemple probant. L'ère *Lochner*, période sous laquelle la Cour s'opposa aux lois sociales émanant tant des États que du Congrès, prend fin en 1937 avec les arrêts *West Coast Hotel Co v. Parrish*¹⁰⁰ et *National Labor Relations Board*¹⁰¹. La « Révolution de 1937 » est ensuite parachevée par la décision *Carolene Products*¹⁰², dans laquelle la Cour pose le principe d'une présomption de constitutionnalité quasi-irréfragable des mesures adoptées par l'État-Providence en matière économique et sociale.

Ce revirement de jurisprudence était devenu inéluctable afin de préserver non pas la seule légitimité de la Cour, mais son existence même, du moins sous sa forme de l'époque. Il intervient certes avant que le Président Roosevelt, fort de son triomphe aux élections de 1936,

⁹⁶DURR R., MARTIN A., WOLBRECHT C., « Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court », *American Journal of Political Science*, Vol. 44, 2000, p. 768-776.

⁹⁷ L'affaire du drapeau fait figure, à ce titre, d'exemple remarquable. En déclarant, dans l'arrêt *United States v. Eichman* 496 US 310 (1990), que le *Flag Protection Act* méconnaît le 1er Amendement, la Cour fait preuve d'une véritable indépendance à l'égard de l'opinion majoritaire. Dans cette affaire opposant deux valeurs fondatrices de la nation américaine, le patriotisme et la liberté d'expression, la Cour fait prévaloir la seconde. Et, aussi impopulaire qu'elle ait été, cette décision n'a néanmoins pas été contestée, ni même le *judicial review*.

⁹⁸FRIEDMAN B., « Mediated Popular Constitutionalism », *art. cit.*, p. 2602.

⁹⁹TOINET M.-F., « Puissances et faiblesses de la Cour suprême », *Pouvoirs*, n° 59, 1991, p. 17.

¹⁰⁰*West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

¹⁰¹*Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 US 1 (1937).

¹⁰²*United States v. Carolene Products Co.*, 304 US 144 (1938).

ne dépose son *Court Packing plan* devant le Congrès, mais la Cour ne pouvait ignorer les menaces qui pesaient déjà sur elle. D'ailleurs, l'expression consacrée pour qualifier le revirement du juge Roberts – juge pivot dans l'arrêt *West Coast Hotel Co v. Parrish* – est on ne peut plus claire : *the switch in time that saved nine* (le revirement à temps qui en sauva neuf). Il convient de prêter une attention particulière à la référence au temps (« *in time* ») car assurément, l'élément temporel revêt ici une importance décisive. D'une part, le corps social ne saurait tolérer une Cour qui, par ses décisions, se montrerait coupée des réalités de la société américaine sur le long terme. D'autre part, l'exigence de l'acceptation des décisions de la Cour par l'opinion ne saurait impliquer la correspondance immédiate entre les décisions de la Cour et l'état de l'opinion publique.

b) Une exigence médiate

Le « constitutionnalisme populaire médiate » ne postule pas l'adhésion directe du peuple aux décisions de la Cour¹⁰³. Cela reviendrait à dire que la Cour ne serait que le reflet des aspirations de la majorité, et cela réduirait à néant le principe de l'indépendance judiciaire. La Cour peut, en effet, rendre des décisions qui contrarient un sentiment dominant. Il serait d'ailleurs singulier qu'il en soit autrement. Néanmoins, lorsqu'elle censure une mesure recueillant clairement les faveurs de l'opinion publique, elle s'appuie, le plus souvent, sur des valeurs et principes dont elle estime qu'ils sont profondément ancrés dans la société américaine, plus encore que ceux soutenus par l'opinion publique du moment¹⁰⁴. Dans d'autres cas, elle veille à ce que son opinion soit de celles qui, dans un avenir prévisible, recueilleront une adhésion majoritaire. Ce faisant, elle « anticipe un changement plausible des conceptions sociales »¹⁰⁵.

Si le constitutionnalisme populaire dont il est ici fait état est bien « médiate », c'est justement parce qu'il prend en compte et met en exergue le décalage qui existe entre les décisions et leur acceptation par le peuple. Au demeurant, celui-ci s'explique par le fait que l'acceptation des décisions de la Cour est tributaire de la manière dont celles-ci vont être reçues dans l'espace public, par le biais des médias, des mouvements sociaux ou de tout autre moyen. Réciproquement, l'acceptation est conditionnée par la mesure et les moyens dans lesquels la Cour tient compte, en amont, des aspirations populaires.

Il est en effet patent que la Cour, dans le souci que ses décisions soient acceptées par l'opinion, et dans le cadre plus général de cette soumission à l'exigence de légitimité sociale, adopte une stratégie plus ou moins avouée de légitimation. Cette stratégie, basée principalement sur la référence à l'opinion publique, révèle plusieurs tensions dans la démarche de la Cour.

¹⁰³ Voir FRIEDMAN B., « Mediated Popular Constitutionalism », *art. cit.*, p. 2602.

¹⁰⁴ Voir *supra* note 97.

¹⁰⁵ Voir VERDUSSEN M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Labor, coll. « Quartier Libre », Bruxelles, 2004, p. 37 et SCOFFONI G., *art. cit.*, p. 274 et s.

B - Les tensions induites par la recherche de légitimité sociale : l'insaisissabilité de l'opinion publique

Affirmer que la Cour est soumise à une exigence de légitimité sociale semble relever de l'évidence. En tout état de cause, cette proposition n'est pas discutée, du moins dans son principe. Les difficultés apparaissent lorsqu'on s'interroge sur les moyens par lesquels la Cour peut satisfaire à cette exigence et sur la portée de celle-ci eu égard au principe d'indépendance de la Cour.

1) Les moyens de la légitimité sociale

De manière classique, on distingue deux moyens par lesquels la Cour reste en prise avec les aspirations majoritaires : par le biais des nominations à la Cour, d'une part (*judicial replacement model*), et à travers la réceptivité des juges aux changements de l'opinion, d'autre part (*political adjustment model*). C'est à l'égard du second moyen que la question des modalités de la prise en compte de l'opinion publique prend son sens, ainsi que l'illustre la jurisprudence récente de la Cour au sujet de l'infliction de la peine de mort aux handicapés mentaux.

a) Les modèles décrivant l'influence de l'opinion publique sur la Cour

Le premier modèle est le plus évident, et parce qu'il a déjà été abondamment traité, nous ne ferons ici que l'évoquer. Il a trait au mode de nomination des juges à la Cour. Dans ce cadre, l'impact de l'opinion publique sur la Cour est appréhendé par le biais des nominations qu'effectue le Président avec l'accord du Sénat. Robert Dahl a ainsi souligné que le caractère politique de la désignation permet au Président de choisir des juges qui partagent ses convictions idéologiques et ainsi de mettre en adéquation la Cour avec la majorité qui l'a élu. Dès lors, l'idéologie dominante au sein de la Cour n'est jamais éloignée sur la durée de celle du pays. Le professeur Richard Funston estime que, par le biais des nominations, la Cour se « réaligne » avec l'« alliance dominante » dans un délai de quatre à huit ans¹⁰⁶. La théorie soutenue par Dahl et Funston, le *judicial replacement*, met donc en avant un lien indirect entre la Cour et l'opinion publique.

Cette théorie souffre de certaines faiblesses, ou du moins, ne rend pas pleinement compte des modalités par lesquelles la Cour reste en prise avec l'opinion publique. Ainsi, elle repose essentiellement sur le présupposé discuté selon lequel les décisions de la Cour s'expliquent uniquement par les convictions idéologiques de ses membres, convictions considérées au surplus comme étant immuables (*attitudinal model*). De même, le *judicial replacement model* ne tient pas compte du fait que les juges puissent s'« affranchir » des

¹⁰⁶ FUNSTON R., « The Supreme Court and Critical Elections », *American Political Science Review*, 1975, p. 797 et s.

conceptions idéologiques du Président qui les a nommés ¹⁰⁷. Enfin, cette théorie ne prend pas en considération le fait que des changements idéologiques, en lien avec les aspirations de l'opinion publique, puissent intervenir au sein de la Cour, alors même qu'il n'y aurait eu aucune modification de sa composition ¹⁰⁸.

À cet égard, le *political adjustment model* permet d'appréhender l'influence directe de l'opinion publique sur la Cour. Cette théorie postule que la Cour, ou plutôt ses membres sont sensibles aux influences extérieures et qu'ils sont donc réceptifs aux évolutions de l'opinion. Dès lors, si celles-ci sont suffisamment cristallisées pour pouvoir être considérées comme révélatrices, elles influenceront sur le comportement même des juges, ou du moins, certains d'entre eux ¹⁰⁹. Bien qu'il existe des décisions de la Cour qui illustrent cette réalité ¹¹⁰, force est de constater qu'il est difficile de la prouver de manière systématique dans les faits. Cette théorie se voit néanmoins renforcée par le fait que des juges, pourtant résolument hostiles à la prise en compte de l'opinion publique, admettent qu'ils ne peuvent y rester insensibles. Le *Chief Justice* Rehnquist pouvait ainsi affirmer dans son opinion séparée sous l'arrêt *Casey* ¹¹¹ que « le devoir de la Cour est d'ignorer l'opinion publique », et pourtant, ce même *Chief Justice* reconnaissait quelques années plus tôt que « les juges ne peuvent échapper à l'influence de l'opinion publique » ¹¹². Les faits sont têtus, et comme l'a mis en image le professeur Cardozo, « les courants de l'opinion qui emportent le reste des hommes ne s'écartent pas devant les juges pour les éviter » ¹¹³.

Il n'est pas ici question d'affirmer que les juges seraient des « girouettes » soumises au souffle de l'opinion, loin de là, mais plutôt de reconnaître que parce qu'ils vivent dans la Cité, ils sont au fait des courants majoritaires. Dès lors, de manière plus ou moins consciente, par souci de légitimité ou d'efficacité, les juges les prennent en considération, à la marge, afin de rendre compte d'un processus nécessairement collectif et représentatif d'interprétation de la Constitution.

Les deux modèles présentés, *judicial replacement model* et *political adjustment model*, sont en réalité plus complémentaires qu'antagonistes. Pris isolément, ils ne rendent compte que d'une réalité imparfaite. Le *political adjustment model*, parce qu'il postule une influence directe de l'opinion sur le juge, mène logiquement à la question des formes de cette opinion et, le cas échéant, à celle de leurs prises en compte dans la décision du juge.

¹⁰⁷ Voir notamment l'exemple du *Chief Justice* Earl Warren, nommé par un Président républicain, Dwight Eisenhower, et qui se révéla pourtant être le Président de la Cour la plus libérale de l'histoire des États-Unis.

¹⁰⁸ Voir *supra* l'exemple du changement d'attitude de la Cour à l'égard des réformes de Franklin Roosevelt dans le cadre de la « Révolution de 1937 ».

¹⁰⁹ MISHLER W., SHEEHAN R., « The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The impact of public opinion on Supreme Court Decisions », *The American Political Science Review*, Vol. 87, n°1, 1993, p. 89.

¹¹⁰ Les décisions *West Coast Hotel v. Parrish* 300 US 379 (1937), et *Korematsu v. United States* 323 US 214 (1944), sont les plus souvent citées à cet égard.

¹¹¹ 505 US 833 (1992).

¹¹² REHNQUIST W., « Constitutional Law and Public Opinion », *art. cit.*, p. 768.

¹¹³ Cité in MURPHY W., TANENHAUS J., « Publicity, public opinion and the Court », *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, n°3&4, 1990, p. 1023.

b) *Les difficultés liées à la prise en compte de l'opinion publique dans les décisions de la Cour*

La jurisprudence de la Cour relative au VIII^e Amendement, en vertu duquel « des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et inhabituels infligés », est révélatrice des difficultés liées à la reconnaissance formelle de l'opinion publique dans les décisions de la Cour.

Historiquement, la question de la peine de mort a toujours représenté le sujet à l'égard duquel la stratégie de légitimation de la Cour, par référence à l'opinion publique, fut la plus poussée aux fins, notamment, de déterminer ce qu'il fallait entendre par châtiments « cruels » et « inhabituels »¹¹⁴. La Cour a ainsi affirmé dans l'arrêt *Trop v. Dulles*¹¹⁵ que « l'amendement doit puiser sa signification dans les critères évolutifs de décence, qui marquent les progrès d'une société mature ». La référence à l'opinion publique, afin de déterminer ces « critères évolutifs de décence », n'a cessé depuis l'arrêt *Trop* de gagner en importance.

Traditionnellement, la Cour se référait à ce qu'elle considérait comme étant les « manifestations objectives de l'opinion publique », à savoir les législations fédérales et fédérées, et dans une moindre mesure, les verdicts des jurys¹¹⁶. A l'inverse, la Cour rejetait expressément toute référence aux sondages d'opinion ainsi qu'aux avis émis par des organisations professionnelles, qu'elle considérait comme n'étant pas suffisamment sûrs pour déterminer l'existence d'un consensus social¹¹⁷.

Toutefois, la Cour a récemment étendu de manière sensible le champ de la référence à l'opinion publique dans l'arrêt *Atkins v. Virginia*¹¹⁸. En l'espèce, la Cour déclare que l'infliction de la peine de mort à des handicapés mentaux est contraire au VIII^e amendement, revenant ainsi sur l'arrêt *Penry v. Lynaugh* rendu treize ans auparavant¹¹⁹. Après avoir envisagé une des manifestations « objectives » de l'opinion publique, à savoir les législations des États, la Cour affirme qu'il existe un consensus national contre la solution rendue dans l'arrêt *Penry*. Surtout, la Cour énumère, dans une note de bas de page, quatre éléments dont elle estime qu'ils représentent des preuves additionnelles de ce consensus. Elle se réfère ainsi aux positions de certaines organisations disposant d'une compétence particulière en la

¹¹⁴ Voir en ce sens ROBINSON T., « By Popular Demand ? The Supreme Court's Use of Public Opinion Polls in *Atkins v. Virginia* », *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 2004, p. 109 et s.

¹¹⁵ *Trop v. Dulles*, 356 US 86 (1958).

¹¹⁶ Voir *Roberts v. Louisiana* 428 US 325 (1976), également *Coker v. Georgia*, 433 US 584 (1977). Voir également l'opinion dissidente du *Chief Justice* Rehnquist sous *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002) dans laquelle il souligne que les législations ainsi que les verdicts des jurys sont les seuls éléments objectifs par lesquels les Cours peuvent s'assurer de la conception contemporaine de la décence au regard du VIII^e Amendement.

¹¹⁷ « Having failed to establish a consensus against capital punishment for 16- and 17-year-old offenders through state and federal statutes and the behavior of prosecutors and juries, petitioners seek to demonstrate it through other indicia, including public opinion polls, the views of interest groups, and the positions adopted by various professional associations. *We decline the invitation to rest constitutional law upon such uncertain foundations* », (nous soulignons) *Stanford v. Kentucky*, 492 US 361 (1989).

¹¹⁸ *Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002).

¹¹⁹ *Penry v. Linaugh*, 492 US 302 (1989).

matière, aux contributions de certaines communautés religieuses rendues en qualité d'*amicus curiae*, aux solutions retenues en droit comparé, et enfin, de manière plus inattendue, à un sondage d'opinion révélant un consensus au sein de la population à l'encontre de l'infliction de la peine de mort aux handicapés mentaux.

C'est sur ce dernier élément que se sont cristallisés les griefs. Dans leurs opinions dissidentes respectives, le *Chief Justice* Rehnquist et le juge Scalia ont sévèrement critiqué le fait que la Cour soit allée, en se référant à un sondage d'opinion, au-delà des manifestations « objectives » de l'opinion publique, telles que posées dans la jurisprudence antérieure¹²⁰. Ce sondage est, en réalité, inopérant devant la Cour selon le juge Scalia. En outre, le *Chief Justice* Rehnquist met en exergue les problèmes méthodologiques que soulève la référence aux sondages d'opinion. La représentativité de l'échantillon, la formulation des questions, ainsi que l'interprétation des résultats sont autant de facteurs sujets à caution. La critique vise donc tant le degré de scientificité des sondages que leur potentialité à être pris en compte par le juge afin de déterminer l'existence ou non d'un consensus.

La référence expresse aux sondages d'opinion crée, au final, plus de problèmes qu'elle n'en résout¹²¹. Ils constituent un instrument dont la maîtrise s'avère complexe et surtout, dont l'utilité, dans la détermination de l'existence d'un consensus n'est pas avérée, eu égard aux autres moyens dont dispose la Cour.

Aux fins de déterminer l'existence d'un consensus, la Cour ne devrait se référer qu'aux seules manifestations objectives et indirectes (*mediated*) de l'opinion publique, telles que révélées au terme d'un processus politique, pour les lois fédérales ou fédérées, ou judiciaire, concernant les verdicts de jurys. Elle pourrait en outre prendre en considération de manière additionnelle d'autres éléments tels que l'opinion d'organisations professionnelles compétentes en la matière, ou l'éclairage du droit comparé. En revanche, la référence aux sondages d'opinion apparaît maladroite. D'ailleurs, postérieurement à l'arrêt *Atkins*, la Cour l'a abandonnée dans l'affaire *Roper v. Simmons*¹²² relative à l'infliction de la peine de mort aux mineurs. Sur un sujet aussi sensible que peut l'être la peine de mort, il importe que le juge adopte, concernant les formes d'opinion publique qu'il prend en compte, une jurisprudence cohérente et restreinte aux seules manifestations objectives de celle-ci.

Il y a, assurément, quelque chose de « gênant » à voir des sondages d'opinion figurer dans les décisions de la Cour. Le juge pourrait laisser à penser qu'il se met « en harmonie avec les volontés des puissants de l'heure ou avec les pressions des groupes sociaux les plus influents »¹²³. Ainsi, au-delà des difficultés liées aux formes de l'opinion publique auxquelles le juge se réfère dans ses décisions, apparaissent celles liées à la tension entre la nécessaire prise en compte de l'opinion publique et l'indépendance de la Cour.

¹²⁰ Voir *supra* note 116.

¹²¹ Pierre Bourdieu a souligné que « l'opinion publique dégagée par les sondages est un artefact pur et simple dont la fonction est de dissimuler que l'état de l'opinion à un moment donné du temps est un système de forces, de tensions et qu'il n'est rien de plus inadéquat pour représenter l'état de l'opinion qu'un pourcentage » in BOURDIEU P., *Questions de sociologie*, Les Editions de minuit, Paris, 1980, p. 224.

¹²² *Roper v. Simmons*, 543 US 551 (2005).

¹²³ DELPEREE F., « La légitimité du juge » in *La convergence des systèmes juridiques au 21^e siècle*, Bruylant, 2006, p. 264.

2) La portée de l'exigence de légitimité sociale

Aborder la question de la légitimité sociale de la Cour et des moyens par lesquels elle entend tenir compte de cette exigence s'avère délicat et nécessite la plus grande prudence. En effet, l'image traditionnelle que l'on se fait du juge constitutionnel, celui d'un Sage à l'abri des pressions et des passions, est-elle seulement compatible avec l'affirmation selon laquelle il doit prendre en compte l'opinion publique dans sa réflexion, même de manière marginale ? Assurément non, selon le juge Scalia. Dans son opinion dissidente sous l'arrêt *Casey*, il souligne à quel point « il est pénible pour tant de nos concitoyens de penser que nous, Juges, devrions prendre en considération leurs vues, comme si nous n'étions pas engagés dans la détermination d'un droit objectif, mais plutôt dans la réalisation d'une sorte de consensus social »¹²⁴.

De manière plus nuancée, le juge Powell affirma sous l'arrêt *Furman v. Georgia*¹²⁵ que « l'appréciation de l'opinion publique est essentiellement une fonction législative, et non judiciaire ».

A l'inverse, Felix Frankfurter pouvait soutenir que la Cour, sous le couvert de ses interprétations constitutionnelles, est dans une large mesure, le reflet de cette force impalpable mais dominante qu'est l'opinion publique¹²⁶. Le juge Oliver Holmes, réaliste parmi les réalistes, considérait lui que les décisions de justice sont le produit, entre autres, « des nécessités pressantes du moment, des théories politiques et morales dominantes »¹²⁷.

Ces propos, particulièrement le premier, doivent assurément être nuancés, car s'ils mettent en exergue la composante sociale de la légitimité de la Cour, pris à la lettre, ils entrent en conflit avec à un autre élément de sa légitimité, celui tiré de son indépendance. Parce que la Cour est l'incarnation même du pouvoir judiciaire, elle ne saurait être le reflet que du droit, et plus particulièrement, celui découlant de la Constitution. Toutefois, parce que ses membres sont des êtres humains, dont les sensibilités aux aspirations du corps social ne disparaissent pas une fois qu'ils ont revêtu leurs robes de magistrats, et parce que sa légitimité repose, en dernier ressort, sur l'opinion publique, elle ne saurait en faire totalement abstraction lorsqu'il s'agit d'interpréter ce droit. Cette affirmation est d'autant plus vraie lorsque les questions qui lui sont soumises se révèlent être de véritables questions de société.

Aussi, s'il est indéniable que la Cour est influencée par l'opinion publique, la mesure dans laquelle elle l'est doit nécessairement être limitée, parce que dans une société démocratique, c'est principalement « le législateur et non les Cours qui doit répondre aux aspirations et valeurs morales du peuple »¹²⁸. Le maître-mot de la relation entre la Cour et l'opinion publique doit donc être la prudence, afin de se prémunir des écueils d'une référence

¹²⁴ *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* 505 US 833 (1992).

¹²⁵ *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972).

¹²⁶ Cité in MURPHY W., TANENHAUS J., « Publicity, public opinion and the Court », *art.cit.*, p. 1023.

¹²⁷ Cité in ZOLLER E., « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, 2007, p. 216.

¹²⁸ *Gregg v. Georgia*, 428 US 153 (1976).

trop marquée à l'opinion, ou au contraire d'une négation persistante de celle-ci. Il en va de sa légitimité. Le juge doit attester, par sa jurisprudence, qu'il est un juriste prudent, au sens aristotélicien du terme. L'homme prudent, le « bon délibérateur »¹²⁹, celui qui « a la connaissance des faits particuliers »¹³⁰, est en effet celui qui « agit dans le juste milieu, caractéristique de l'action vertueuse »¹³¹. La « médiété » ainsi requise du juge prend dès lors tout son sens dans le système constitutionnel américain dont nous avons vu qu'il relevait, à maints égards, d'un constitutionnalisme populaire médiat.

*

Si Alexis de Tocqueville pouvait constater, en son temps, « qu'aucune nation du monde n'a constitué le pouvoir judiciaire de la même manière que les Américains »¹³², il apparaît aujourd'hui qu'aucune nation n'a, sans doute, autant débattu de la légitimité de la justice constitutionnelle. La légitimité est et restera une question ouverte, plus de deux siècles de débats n'ont fait que l'attester¹³³. Ce débat, loin d'être vain, nourrit en fait la légitimité elle-même, car « plus les discussions sur la légitimité sont vives, moins celle-ci est en danger »¹³⁴.

L'affirmation de la nécessaire prise en compte de l'opinion publique par la Cour, en tant que condition de sa légitimité, mais aussi en tant que fait constaté, ne signifie nullement que les juges seraient soumis à celle-ci. Mais parce qu'il inscrit son action au cœur de la société, il serait pour le moins étonnant que le juge ne soit pas « sensible au phénomène de réception sociale du droit, à l'acquiescement ou la réprobation que peuvent lui témoigner les milieux politiques, économiques et sociaux »¹³⁵.

En définitive, le juge constitutionnel doit nécessairement prêter attention aux « courants de l'opinion publique » qui, selon le *Chief Justice* Rehnquist, « viennent clapoter à la porte de la Cour »¹³⁶. Et, s'il doit bien ouvrir la porte, la prudence impose que celle-ci soit étroite.

¹²⁹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, VI, 5, 1140 a 27.

¹³⁰ *Ibidem*, VI, 8, 1141 b 15.

¹³¹ MASTOR W., « La part prudentielle dans l'œuvre jurisprudentielle », *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 268.

¹³² TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, l'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 117.

¹³³ « Rarement, une décision de justice aura fait l'objet de tant de commentaires ! Deux siècles de controverses incessantes n'ont pas tari la verve imaginative des auteurs ; il n'est guère de revue juridique qui ne publie périodiquement de nouvelles analyses sur *Marbury v. Madison* » MODERNE F., préface p. XI in LAMBERT E., *Le gouvernement des juges*, Dalloz, Paris, 2005, 276 p.

¹³⁴ VERDUSSEN M., *Les douze juges. La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Labor, coll. « Quartier Libre », Bruxelles, 2004, p. 48.

¹³⁵ DELPEREE F., « La légitimité du juge », *art. cit.*, p. 244.

¹³⁶ REHNQUIST W., « Constitutional Law and Public Opinion », *art. cit.*, p. 768. Voir *supra* note 73.