

Idris Fassassi

La Cour neutralisée ou l'offensive du Congrès contre le contrôle de constitutionnalité des lois sous la *Reconstruction*

« Si la Cour abuse de son pouvoir afin de trancher des questions politiques et défie la volonté du peuple libre, alors il reviendra à ce peuple, insulté et défié, de prouver que le serviteur n'est pas au-dessus de son maître en adoptant un amendement qui mette un terme à l'usurpation judiciaire et supprime le tribunal lui-même ».

John Bingham, 1868¹

L critique du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis a longtemps opéré à la manière d'un phénix opportuniste, réapparaissant périodiquement en réaction à la jurisprudence de la Cour suprême. De *Marbury v. Madison*² aux décisions les plus récentes, en passant par *Dred Scott*³, *Lochner*⁴ ou *Roe v. Wade*⁵, les interventions controversées de la Cour ont ainsi cristallisé la critique du gouvernement des juges, mettant en lumière différents âges de la « difficulté contre-majoritaire », selon l'expression consacrée aux États-Unis⁶. Le moment présent du débat livre des enseignements qui invitent,

¹ Déclaration du représentant John BINGHAM en date du 16 janvier 1867, *Congressional Globe*, Senate and House debates, 39th Congress, deuxième session, p. 502.

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

⁵ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁶ L'expression a été forgée par Alexander BICKEL : « La difficulté fondamentale est que le contrôle de constitutionnalité est une force contre-majoritaire dans notre système [...]. Lorsque la Cour suprême déclare qu'une loi ou un acte de l'Exécutif est inconstitutionnel, elle fait obstacle à la volonté des représentants du peuple réel d'ici et maintenant ; elle exerce son contrôle, non pas au nom de la majorité actuelle, mais contre elle », A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven, 1962, p. 16. L'expression est ambiguë car, s'agissant de la majorité à laquelle ce contrôle fait obstacle, l'auteur se réfère dans le reste de l'ouvrage tantôt à celle des représentants – auquel cas il s'agirait plutôt de la difficulté contre-représentative – tantôt à celle du peuple. Cette critique contre-majoritaire s'exprime en outre de manière différente en fonction du sens accordé aux termes « majoritaire », et donc « contre-majoritaire ». Elle comprend ainsi deux volets distincts, l'un substantiel et

en définitive, à revenir sur une période souvent délaissée s'agissant de la contestation du rôle de la Cour.

Le premier constat porte sur la mise en exergue d'un cycle dans le débat constitutionnel. Près de cent ans après la publication de l'ouvrage d'Édouard Lambert sur *Le gouvernement des juges*⁷, on assiste aujourd'hui⁸, comme sous l'ère Lochner, à la critique par des auteurs progressistes des excès d'une Cour dont l'orientation conservatrice a été profondément cimentée par les nominations de Donald Trump. Selon une belle formule, « l'histoire ne se répète pas mais elle rime »⁹. Il est ainsi singulier de voir aujourd'hui combien les arguments de la critique contemporaine riment et s'accordent avec ceux formulés un siècle auparavant par Louis Boudin, Walter Clark, William Ransom ou Gilbert Roe¹⁰. Les propositions formulées pour répondre aux travers actuels s'appuient d'ailleurs pour l'essentiel sur celles du début du XXe siècle, qu'il s'agisse de l'imposition d'une majorité qualifiée pour l'invalidation des lois fédérales ou de la possibilité de contourner les décisions de la Cour. Le tableau dressé par Édouard Lambert sur les dérives d'un mécanisme assurant « la suprématie politique du pouvoir judiciaire »

l'autre procédural, qui seront mobilisés tout au long de l'histoire des États-Unis pour remettre en cause l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois. Le premier versant met l'accent sur les *résultats* produits par le contrôle de constitutionnalité. C'est donc une conception substantielle, quantitative, de la difficulté contre-majoritaire qui est ici mobilisée. La Cour est ainsi contre-majoritaire lorsqu'elle rend des décisions qui vont à l'encontre de l'opinion majoritaire, c'est-à-dire, par exemple, des décisions qui s'opposent à l'opinion publique cristallisée sur un point donné. Le volet procédural a trait à l'intervention de la Cour dans un domaine dans laquelle elle n'est pas reconnue comme légitime en raison du fait que les juges (fédéraux) ne procèdent pas de l'élection et sont irresponsables politiquement. Le fait de ne pas être élus et d'être irresponsables politiquement, sur le plan procédural, dessine en effet, sur le plan matériel, une sphère dans laquelle l'intervention des juges de la Cour est réputée illégitime car la matière en question est présumée relever des branches *majoritaires*, c'est-à-dire politiques dans ce sens, et en particulier du législatif. Cette sphère est mouvante dans la mesure où elle est le reflet des conceptions de l'époque quant au champ approprié du contrôle de constitutionnalité. L'intervention de la Cour dans un domaine particulier à un moment *t* peut être considérée illégitime puis légitime à un moment *t1*. Qu'il nous soit permis de renvoyer à notre ouvrage, I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, 2017, notamment p. 33 et s.

⁷ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Giard, 1921, 276 p.

⁸ Si la critique est particulièrement forte actuellement (voir, par exemple, M. Lemley, « The Imperial Supreme Court », *Harv. L. REV. F.*, Vol. 136, 2022, p. 97-118) et traduit la dénonciation d'une Cour présentée comme « réactionnaire », elle s'inscrit plus largement dans la lignée de celle qui, à partir de la fin des années 1990, avait dénoncé l'« activisme » de la Cour Rehnquist puis de la Cour Roberts, tel que matérialisé selon les critiques par les décisions *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997), *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000) ou *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). Voir *infra* note 14.

⁹ Selon les propos souvent attribués à Mark Twain. Voir H. RAWSON, M. MINER, *The Oxford Dictionary of American Quotations*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 305.

¹⁰ Voir L. BOUDIN, « Government by Judiciary », *Political Science Quarterly*, Vol. 26, 1911, pp. 238-270 ; W. CLARK, « Government by Judges. Address delivered at Cooper Union in New York City on January 27, 1914 » in Senate document n° 610, 63d Cong., 2d session, 1914, 20 p. ; W. RANSOM, *Majority Rule and the Judiciary*, New York, 1912, 183 p. ; G. ROE, *Our Judicial Oligarchy*, B.W. HUEBSCH, New York, 1912, 239 p.

et la domination des forces conservatrices est ainsi largement transposable et repris aujourd'hui¹¹.

Le deuxième constat renvoie à l'extrême versatilité d'une doctrine aux positions fluctuantes, parfois contradictoires, elle-même reflet des instabilités du contentieux constitutionnel. À titre d'exemple, il est manifeste aujourd'hui, en particulier après la décision *Dobbs*¹² dans laquelle la Cour a jugé que la Constitution fédérale ne garantissait pas le droit de recourir à l'avortement, que la contestation des *pouvoirs* de la Cour, et non pas simplement du *sens* dans lequel elle les exerce, se développe chez les auteurs progressistes¹³. Rappelons néanmoins qu'il y a quelques années à peine, lorsque ces mêmes thèses furent développées par des auteurs se réclamant du « constitutionnalisme populaire »¹⁴, elles furent largement et parfois très sèchement rejetées¹⁵. Que les arguments de Mark Tushnet ou Larry Kramer soient aujourd'hui *populaires* au sein de la doctrine illustre le fait que l'on a parfois tort d'avoir raison trop tôt. Les mêmes auteurs qui, encore récemment, louaient le rôle actif de la Cour, dénoncent aujourd'hui son intervention illégitime. Côté conservateur, on assiste également à des revirements abrupts, à travers les mutations de l'originalisme et un argumentaire prônant dorénavant un rôle accru du juge, délaissant l'attachement rhétorique à la retenue judiciaire sur lequel s'est pourtant construit le conservatisme juridique moderne¹⁶. Ces revirements tous azimuts traduisent le manque de cohérence d'une grande partie de la doctrine constitutionnaliste qui, fixée sur le sens dans lequel s'exerce le contrôle de

¹¹ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, op. cit., p. 221.

¹² *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

¹³ Voir par exemple N. BOWIE, « The Contemporary Debate over Supreme Court Reform: Origins and Perspectives », 30 juin 2021, Presidential Commission on the Supreme Court of the United States, 30 juin 2021, accessible en ligne.

¹⁴ Regroupant des figures de la doctrine, ce courant prônait, comme son nom l'indique, un rôle accru du peuple dans l'interprétation et l'application de la Constitution et stigmatisait les dérives contre-majoritaires de la Cour. Selon ses tenants, le contrôle de constitutionnalité devrait être sinon aboli, au moins strictement encadré dans sa portée. Voir notamment L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, 376 p.; « The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court », *Harv. L. Rev.*, Vol. 115, n° 1, 2001, pp. 5-169 ; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton University Press, Princeton, 1999, 235 p. ; J. WALDRON, « On Judicial Review », *Dissent*, 2005, Vol. 52, n° 3, pp. 81-86 ; « The Core of the Case Against Judicial Review », *Yale L. J.*, Vol. 115, 2006, pp. 1346-1406; *Law and Disagreement*, Oxford University Press, 1999, 344 p. ; *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, 224 p. ; R. PARKER, « Here, the People Rule ». *A Constitutional Populist Manifesto*, Harvard University Press, Cambridge-Londres, 1994, 144 p. Sur les thèses développées par les tenants de ce « mouvement », voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., pp. 241-326.

¹⁵ Voir le compte rendu de l'ouvrage de Larry Kramer rédigé par Laurence Tribe et leurs échanges ultérieurs dans les colonnes du *New York Times* : L. TRIBE, « The People's Court », *The New York Times*, 24 octobre 2004, p. 32 ; L. KRAMER, « To the Editor, Kramer v. Tribe », *The New York Times*, 21 novembre 2004 ; L. TRIBE, « To the Editor, Kramer v. Tribe », *The New York Times*, 21 novembre 2004.

¹⁶ Voir, entre autres, les thèses développées par A. VERMEULE in « Beyond Originalism », *The Atlantic*, 31 mars 2020, accessible en ligne ; *Common Good Constitutionalism*, Polity Press, 2022, 270 p. Sur ces évolutions au sein du mouvement conservateur, voir I. FASSASSI, « L'originalisme dépassé ? Tensions et transitions au sein du conservatisme juridique aux États-Unis », in J. ARLETTAZ (dir.), *Statu quo ? Constitution et conservatisme*, 2024, à paraître.

constitutionnalité, semble réagir à l'air du temps et non pas développer une position de principe sur les mérites du contrôle de constitutionnalité des lois¹⁷.

Enfin, on mesure que si la remise en cause du contrôle de constitutionnalité a longtemps été cyclique, revenant par vagues en fonction de l'« activisme » de la Cour, elle est aujourd'hui quasiment permanente. Elle s'est en quelque sorte *banalisée* depuis la fin du XX^e siècle, nourrie par un profond déséquilibre structurel au sein du constitutionnalisme américain résultant de deux mouvements de fond opposés : la montée en puissance de la Cour et l'érosion des moyens de contraintes externes sur celle-ci. C'est en effet ce déséquilibre qui produit la « suprématie judiciaire » en vertu de laquelle, entre autres, « les juges décident en dernier ressort et pour l'ensemble de la population ce que la Constitution signifie »¹⁸, qui, elle-même, suscite la critique.

Il est dès lors intéressant de prendre du recul et de s'extraire du contexte institutionnel actuel ainsi que du référentiel doctrinal présent, englué dans une répétition des arguments, pour envisager un moment singulier de la contestation du contrôle de constitutionnalité, parfois délaissé mais néanmoins porteur d'enseignements, à savoir la Reconstruction (1865-1877)¹⁹. À l'heure où, précisément, beaucoup militent pour la réhabilitation du Congrès et appellent, dans le cadre du débat sur la réforme de la Cour²⁰, à l'usage de mesures autrefois employées mais aujourd'hui discréditées²¹, la contestation à l'œuvre au cours des années 1870, à une époque caractérisée par la suprématie législative – c'est-à-dire une domination par le Congrès des deux autres branches du pouvoir – est particulièrement révélatrice.

¹⁷ Voir I. FASSASSI, « La doctrine et la réforme de la Cour : "Ce n'est pas la girouette qui tourne, c'est le vent" », in I. FASSASSI (dir.), *La Cour suprême des États-Unis en question*, 2024, à paraître.

¹⁸ L. KRAMER, « Au nom du peuple. Qui a le dernier mot en matière constitutionnelle », *R.D.P.*, n° 4, 2005, p. 1027 ; L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, *op. cit.*, p. 125. 7 1867.

¹⁹ Il s'agit du nom donné à la période suivant la fin de la Guerre de Sécession, entre 1865 et 1877. Après quatre années de guerre civile, il fallait en effet « reconstruire » non seulement les États du Sud, mais aussi l'Union dans son ensemble. Voir E. FONER, *Reconstruction : America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, Harper & Row, New York, 1988, 690 p. Deux sujets cristallisèrent plus particulièrement les oppositions. Le statut des États du Sud qui avaient voulu quitter l'Union et la protection des anciens esclaves, nouvellement affranchis, qui y vivaient. Elle donna lieu, entre autres, à l'adoption de trois amendements constitutionnels. Voir *infra*.

²⁰ Le Président Biden mit en place en avril 2021 une commission composée de 36 membres chargée notamment de fournir une « analyse des principaux arguments pour et contre une réforme de la Cour suprême ». Le rapport de 288 pages fut remis le 7 décembre 2021. Il analyse, entre autres, les arguments relatifs à la modification du nombre de juges siégeant à la Cour, à un encadrement de la durée de leur mandat, à un encadrement du pouvoir d'invalider une loi fédérale à travers l'exigence d'une majorité qualifiée ou encore à la réduction de leurs prérogatives à travers l'exclusion de certains contentieux. Signe des divisions parmi les membres de la commission, le rapport se limite pour l'essentiel à présenter les arguments en faveur et en défaveur des réformes sur ces différents thèmes, sans toutefois se positionner. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <https://www.whitehouse.gov/pscscotus/final-report>.

²¹ Voir N. BOWIE, D. RENAN, « The Supreme Court Is Not Supposed to Have This Much Power. And Congress should claw it back », *The Atlantic*, 8 juin 2022, accessible en ligne ; S. MOYN, R. DOERFLER, « Democratizing the Supreme Court », *Cal. L. Rev.*, Vol. 109, 2021, pp. 1703-1772 ; J. FISHKIN, W. FORBATH, *The Anti-Oligarchy Constitution*, Harvard University Press, 2022, 640 p. Voir les références mentionnées *supra* note 14.

Cette remise en cause du rôle de la Cour s'inscrit dans le contexte plus général de ce qui fut l'une des plus grandes crises constitutionnelles de l'histoire des États-Unis, à l'issue de la guerre de Sécession (1861-1865). En effet, en l'espace de quelques années, entre 1865 et 1870, les États-Unis connurent une série d'événements dont on ne saurait souligner suffisamment le caractère proprement fondamental. Il y eut tout d'abord l'assassinat du Président Lincoln, quelques jours seulement après l'arrêt des combats²², la ratification de trois amendements constitutionnels, dont l'un – le Quatorzième amendement – demeure la plus importante des modifications qu'ait connue le texte constitutionnel depuis 1791²³. En outre, pour la première fois, un Président fut soumis à la procédure de l'*impeachment*²⁴ tandis que la Cour suprême fut l'objet de mesures de contraintes particulièrement poussées, de la modification de sa composition à la neutralisation de sa compétence.

À travers l'affrontement entre le droit et la politique qui caractérisa la période²⁵, la Reconstruction offre ainsi un terrain privilégié pour analyser les relations entre les branches politiques et le contrôle de constitutionnalité incarné par la Cour. Plus précisément, avant la contestation du *gouvernement des juges* au début du XX^e siècle – l'ère Lochner (1897-1937) –, la Reconstruction révèle comment le spectre de l'intervention de la Cour suprême (I) a généré la formulation d'un argumentaire pointant l'illégitimité de son pouvoir et justifié des mesures visant à le neutraliser (II). Il s'agit, en quelque sorte, de l'anticipation d'une difficulté contre-majoritaire qui ne pouvait pleinement se manifester dans un contexte politique encore marqué par la suprématie du Congrès.

I. LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA RECONSTRUCTION EN QUESTION

Trois positions majeures se distinguaient concernant le programme de la Reconstruction. Les républicains radicaux défendaient une stratégie « d'occupation

²² Abraham Lincoln, tout juste réélu Président, fut assassiné le 15 avril 1865, six jours après la fin de la guerre de Sécession.

²³ Le Treizième amendement, ratifié en 1865, interdit l'esclavage. Le Quatorzième amendement, ratifié en 1868, modifie en profondeur la substance et la structure du corpus constitutionnel. Sa section 1 prévoit que : « toute personne née ou naturalisée aux États-Unis, et soumise à leur juridiction, est citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel elle réside. Aucun État ne fera ou n'appliquera de lois qui restreindraient les privilèges ou les immunités des citoyens des États-Unis ; ne privera une personne de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure légale régulière ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois ». C'est sur le fondement de la clause de *due process* (procédure légale régulière) que la Cour bâtit une jurisprudence qui sera au cœur de la controverse sur le « gouvernement des juges », sous l'ère Lochner entre 1897 et 1937. Voir R. BERGER, *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977. Une disposition quelque peu oubliée du Quatorzième amendement est récemment revenue sur le devant de la scène dans le cadre de la contestation de l'éligibilité de Donald Trump lors de l'élection présidentielle de 2024. La section 3 du texte prive en effet d'éligibilité certaines personnes, qui ayant prêté serment de défendre la Constitution, ont par la suite pris part à une insurrection ou à une rébellion. Le Quinzième amendement, ratifié en 1870, interdit les discriminations fondées sur la race s'agissant du droit de vote.

²⁴ Andrew Johnson fut mis en accusation par la Chambre des représentants en 1868 le 24 février 1868. À une voix près, la majorité des deux tiers nécessaire à sa destitution ne fut pas réunie lors du vote au Sénat.

²⁵ Voir *supra* note 1.

et de rigueur »²⁶. Selon eux, la guerre avait été menée pour mettre fin à l'esclavage et les États du Sud devaient donc se soumettre en acceptant l'imposition de conditions strictes avant de pouvoir être réadmis dans l'Union. Ils parviendront ainsi à adopter en 1867 trois *Reconstruction Acts*²⁷ qui divisèrent le sud en cinq zones militaires, chacune commandée par un gouverneur militaire. Pour être réintégrés dans l'Union, jouir d'une représentation au Congrès et mettre ainsi un terme à l'occupation militaire, les États du sud devaient rédiger de nouvelles constitutions, approuvées par la majorité des électeurs et garantissant le suffrage universel masculin, et [ils] étaient également tenus de ratifier le Quatorzième amendement. Les élus démocrates, minoritaires, souhaitaient quant à eux « un retour à la normale », en d'autres termes une paix négociée bouleversant le moins possible l'équilibre des rapports qui avaient cours dans le sud avant la guerre. Entre ces deux lignes défendues au Congrès, se trouvaient les républicains modérés et la Présidence qui soutenaient une position médiane, en faveur à la fois d'une Union forte et d'une Reconstruction qui puisse être « sans malice envers quiconque et avec charité pour tous »²⁸. Avec le remplacement d'Abraham Lincoln par Andrew Johnson, l'Exécutif s'éloigna encore plus des positions prônées par les républicains radicaux, ce qui accrut d'autant les tensions. Au cours de l'année 1866, la Cour rendit une série de décisions défavorables aux républicains radicaux. Ces derniers, alors en plein conflit avec le Président Johnson, s'inquiétèrent de ce que la Cour puisse déclarer inconstitutionnelles leurs mesures (A). Ils se prémunirent contre une telle éventualité en adoptant la mesure la plus radicale qui ait jamais été adoptée à l'encontre de la Cour (B).

A. Le spectre d'une invalidation du programme des républicains par la Cour suprême

En 1850, la Cour suprême jouissait d'une légitimité sans précédent auprès du peuple américain selon l'historien Charles Warren²⁹. Quelques années plus tard, elle était pourtant devenue une institution affaiblie, discréditée, dont le propre Président peinait à croire qu'elle puisse un jour « retrouver l'autorité et le rang que la Constitution lui avait conférés »³⁰. Deux facteurs liés expliquent ce déclin : la décision *Dred Scott*³¹ et la guerre civile, la première précipitant d'ailleurs la Nation dans la seconde. En l'espèce, la Cour invalida une loi du Congrès – le *Missouri Compromise* de 1820 – pour la deuxième fois seulement de son histoire, cinquante-

²⁶ J.-M. LACROIX, *Histoire des États-Unis*, P.U.F., Paris, 2010, p. 253.

²⁷ Le premier *Reconstruction Act* fut voté le 20 février 1867. Le Président opposa son veto et la loi fut revotée le 2 mars. Le deuxième *Reconstruction Act* fut voté le 23 mars 1867, et le troisième *Reconstruction Act* fut voté le 19 juillet.

²⁸ Abraham Lincoln, Second Inaugural Address (4 Mars 1865), in R. BASLER (ed.), *Abraham Lincoln: His Speeches and Writings*, Da Capo Press, 2001, p. 793.

²⁹ C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, Little, Brown and Company, 1926, p. 206.

³⁰ Dans une lettre adressée à un proche, le *Chief Justice* Roger Taney pouvait écrire en août 1863, soit un an avant sa mort : « Nor do I see any ground for hope that it will ever again be restored to the authority and rank which the Constitution intended to confer upon it. The supremacy of the military power over the civil seems to be established; and the public mind has acquiesced in it and sanctioned it. We can pray for better times, and submit with resignation to the chastisements which it may please God to inflict upon us », cité in C. SWISHER, *Roger B. Taney*, MacMillan, New York, 1935, p. 572.

³¹ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

quatre ans après l'arrêt *Marbury*. Elle jugea également que les Africains-Américains n'étaient pas des citoyens, qu'ils ne pouvaient donc pas agir en justice et que le Congrès ne pouvait pas interdire l'esclavage dans certains territoires. La décision est souvent présentée comme la « pire atrocité dans l'histoire de la Cour »³², ou l'illustration de ce que « le contrôle de constitutionnalité peut donner de pire »³³. Aux côtés de *Locher v. New York*³⁴, *Plessy v. Ferguson*³⁵ et *Korematsu*³⁶, *Dred Scott* est l'exemple de l'« anticanon », c'est-à-dire la décision érigée en repoussoir absolu³⁷. Pourtant, *Dred Scott* est davantage le reflet d'une Constitution viciée dès l'origine par le compromis sur l'esclavage que le point de départ du problème³⁸. En d'autres termes, la doctrine refuse souvent de remonter aux origines de l'« immoralité », en stigmatisant la décision, plutôt que le texte aux sources duquel celle-ci a puisé ses développements.

S'agissant de la guerre civile, il est peu surprenant de constater qu'elle a entraîné une mise à l'écart de la Cour suprême. Les mesures d'exception généralement prises par l'Exécutif dans ce type de circonstances laissent peu de prise à l'intervention du pouvoir judiciaire, même lorsque des libertés fondamentales sont en cause³⁹. D'ailleurs, en 1861, lorsque le Président Lincoln suspendit le recours en *habeas corpus* pour des impératifs de sécurité publique, le *Chief Justice* Taney fut impuissant à faire prévaloir la Constitution. Alors qu'il avait ordonné la libération d'un individu emprisonné, il se heurta au refus de l'administration d'appliquer sa décision⁴⁰. Il écrivit alors : « J'ai exercé le pouvoir que la Constitution et les lois me confèrent, mais j'ai été confronté à une force qu'il m'est impossible de vaincre »⁴¹.

L'activité réduite de la Cour lui permit néanmoins de rester à l'abri des critiques. En revanche, à partir de 1865, elle fut replongée dans le chaudron des querelles partisans parce que la nature même des questions qui divisaient la Nation rendait inéluctable son intervention. En effet, le caractère constitutionnel des questions sur lesquelles la Présidence et le Congrès s'affrontaient – le statut des États du Sud, l'occupation militaire et la protection des personnes affranchies – appelaient l'intervention de l'organe censé dire le droit. La pression sur la Cour était d'autant plus forte que les adversaires des républicains radicaux cherchèrent à favoriser l'intervention de la Cour, afin précisément qu'elle invalide les mesures adoptées

³² C. EISGRUBER, « Dred again: Originalism's Forgotten Past », *Const. Comment.*, Vol. 10, 1993, p. 41.

³³ M. FREELEY, S. KRISLOV, *Constitutional Law*, Scott Foresman, Glenview, 1990, p. 34.

³⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

³⁵ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

³⁶ *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

³⁷ Voir J. GREENE, « The Anticanon », *Harv. L. Rev.*, Vol. 125, n°2, 2011, pp. 379-475; R. PRIMUS, « Canon, Anti-Canon and Judicial Dissent », *Duke L. J.*, Vol. 48, 1998, pp. 243 et s.

³⁸ Pour une relecture de *Dred Scott*, voir M. GRABER, *Dred Scott and the Problem of Constitutional Evil*, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2008, 264 p.

³⁹ Voir, par exemple, *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) et en particulier l'opinion dissidente du juge Jackson.

⁴⁰ *Ex parte Merryman*, 17 F. Cas. 144 (C.C.D. Md. 1861).

⁴¹ « I have exercised all the power which the constitution and laws confer upon me, but that power has been resisted by a force too strong for me to overcome », cité in M. PAULSEN, « The Merryman Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation », *Cardozo L. Rev.*, Vol. 15, 1993, pp. 81-112. Pour une étude en langue française sur l'*habeas corpus*, voir N. MATHIEU, *L'habeas corpus*, thèse de doctorat, Université Paris-Panthéon-Assas, 2023.

dans le cadre de la Reconstruction. La Cour était ainsi appelée au soutien des arguments du Président Johnson pour qui les mesures du Congrès étaient inconstitutionnelles.

De leur côté, les républicains radicaux n'avaient pas véritablement besoin de l'appui de la Cour pour légitimer leur politique. Parce qu'ils se considéraient comme « les gardiens de la souveraineté du peuple »⁴², ils avaient seulement besoin que la Cour ne se mette pas en travers de leur chemin. Comme l'a formulé l'hebdomadaire *The Nation*, « la majorité au Congrès ne peut mal faire [...] Pourquoi entraver cette assemblée de sages par quelques restrictions que ce soient ? »⁴³.

La première des décisions de la Cour qui inquiéta les républicains radicaux fut *Ex Parte Milligan*⁴⁴. L'affaire posait la question de la constitutionnalité de l'usage de tribunaux militaires pour juger des civils, lorsque les tribunaux ordinaires étaient accessibles. En l'espèce, un citoyen de l'Indiana avait été arrêté en 1864, pendant la guerre civile, et accusé de trahison. Il fut condamné à mort par un tribunal militaire. Il intenta un recours devant une juridiction fédérale au motif que le tribunal militaire n'était pas compétent pour le juger. Pour l'un des juges de la Cour suprême, l'affaire *Milligan* n'était rien de moins « que la question la plus importante jamais soumise à la Cour »⁴⁵.

La Cour suprême rendit sa décision en avril 1866, mais reporta la publication des opinions au mois de décembre. L'opinion majoritaire, rédigée par le juge Davis, annula la condamnation de Milligan au motif que, puisque les juridictions ordinaires étaient accessibles, la procédure ayant eu cours devant un tribunal militaire méconnaissait les garanties posées par la Constitution⁴⁶.

⁴² Déclaration du représentant Thaddeus Stevens en date du 16 janvier 1867, *Congressional Globe*, Senate and House debates, 39th Congress, deuxième session, p. 252.

⁴³ *The Nation*, 16 décembre 1869, cité in B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, Farrar, 2009., p. 128.

⁴⁴ *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2 (1866).

⁴⁵ David Davis, cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, *op. cit.*, p. 426.

⁴⁶ « The Constitution of the United States is a law for rulers and people, equally in war and in peace, and covers with the shield of its protection all classes of men, at all times and under all circumstances [...] Every trial involves the exercise of judicial power, and from what source did the military commission that tried him derive their authority? Certainly no part of judicial power of the country was conferred on them, because the Constitution expressly vests it "in one supreme court and such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish," and it is not pretended that the commission was a court ordained and established by Congress. But it is said that the jurisdiction is complete under the "laws and usages of war." It can serve no useful purpose to inquire what those laws and usages are, whence they originated, where found, and on whom they operate; they can never be applied to citizens in states which have upheld the authority of the government, and where the courts are open and their process unobstructed. This court has judicial knowledge that, in Indiana, the Federal authority was always unopposed, and its courts always open to hear criminal accusations and redress grievances, and no usage of war could sanction a military trial there for any offence whatever of a citizen in civil life in nowise connected with the military service. Congress could grant no such power, and, to the honor of our national legislature be it said, it has never been provoked by the state of the country even to attempt its exercise. One of the plainest constitutional provisions was therefore infringed when Milligan was tried by a court not ordained and established by Congress and not composed of judges appointed during good behavior », *Ex parte Milligan*, 71 U.S. (4 Wall.) 2, 76 (1866).

Cette décision fut vivement critiquée. Elle fut en effet présentée dans la presse républicaine comme une décision « *Dred Scott* numéro 2 »⁴⁷. Un journal soutint ainsi que « comme *Dred Scott*, *Milligan* n'est pas une décision judiciaire, c'est un acte politique »⁴⁸. Pour un autre, « *Milligan* est annonciatrice d'autres décisions visant à mettre en échec la domination républicaine et à restaurer la domination du sud »⁴⁹.

La raison de ces critiques tient à ce que la Cour, dans son opinion, laissait entendre que le Congrès ne pouvait pas, même s'il l'avait voulu, établir des tribunaux militaires dans des États ayant reconnu le gouvernement fédéral et dans lesquels les cours ordinaires fonctionnaient régulièrement⁵⁰. Bien que la Cour se prononçait en l'espèce sur une situation passée, lors de la guerre civile, son raisonnement pouvait tout aussi bien être appliqué dans le présent, à l'encontre des tribunaux quasi-militaires établis dans le sud pour protéger les personnes affranchies. Le raisonnement développé par la Cour menaçait donc le programme de reconstruction des républicains radicaux. Le fait que peu de temps après la décision, le Président Johnson ait ordonné, sur le fondement de la décision *Milligan*, la libération d'un prisonnier qui avait été condamné par un tribunal quasi-militaire pour le meurtre d'une personne affranchie ne pouvait que renforcer les craintes des républicains.

La menace se fit encore plus forte lorsque la Cour invalida les serments de loyauté que les républicains avaient imposés dans les États du sud. Les républicains exigeaient en effet que les habitants des États du sud, avant de pouvoir prétendre prendre part aux affaires publiques, prêtent serment de loyauté à l'Union et jurent ne l'avoir jamais trahie. C'était là une manière d'exclure de la vie politique tous ceux qui avaient joué un rôle actif lors de la Sécession⁵¹. La Cour suprême déclara dans deux affaires⁵² que ces serments étaient inconstitutionnels, au motif qu'ils étaient assimilables à des lois pénales rétroactives⁵³.

Au moment où l'affrontement entre le Congrès et le Président Johnson s'intensifiait, la Cour suprême, à travers le contrôle de constitutionnalité, apparaissait ainsi comme un obstacle pour les élus républicains radicaux. Entre 1867 et 1868, différentes propositions de loi furent introduites au Congrès visant à limiter le pouvoir de la Cour. L'une d'entre elles prévoyait notamment que toute déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ne puisse être établie qu'à la majorité des deux tiers des membres de la Cour. La mesure fut votée par la Chambre

⁴⁷ Cité in B. FRIEDMAN, *The Will of the People*, op. cit., p. 126.

⁴⁸ Harper's Weekly, « The New Dred Scott », cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 432.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 429.

⁵⁰ Voir *supra* note 46.

⁵¹ Comme l'énonça le sénateur Howard, « les habitants du nord ne sont pas idiots au point de faire la guerre comme ils l'ont fait [...] et ensuite de se retourner et dire aux traîtres "tout ce que vous avez à faire pour revenir est de prêter serment que, dorénavant, vous serez loyaux envers l'État" », in E. FONER, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, op. cit., p. 264 et s.

⁵² *Ex parte Garland*, 71 U.S. 333 (1866) et *Cummings v. Missouri*, 71 U.S. 277 (1867). Dans cette dernière affaire, la Cour suprême invalide pour la première fois une disposition de la Constitution d'un État pour violation de la Constitution fédérale.

⁵³ La Constitution interdit en effet ce type de lois : « Aucune loi emportant condamnation sans jugement ou effet rétroactif ne sera adoptée », Article I section 9.

des représentants mais fut bloquée au Sénat⁵⁴. Une autre mesure, plus radicale, prévoyait que la Cour ne pourrait invalider une loi fédérale qu'à l'unanimité de ses membres⁵⁵.

Il est intéressant de remarquer que ces propositions ne visaient pas à supprimer le contrôle de constitutionnalité. Malgré la menace qui leur semblait réelle, les républicains radicaux ne se résolurent pas à cette extrémité. Il s'agissait uniquement de rendre plus difficile l'exercice du *judicial review* afin de s'assurer que la Cour ne remette pas en cause la constitutionnalité des mesures adoptées par le Congrès.

Cette position traduit en réalité l'ambivalence du Congrès républicain face à cette Cour dont la majorité des membres avait été nommée par un Président républicain, à savoir Abraham Lincoln. D'un côté, les élus, parce qu'ils estimaient être la seule branche souveraine du pouvoir – surtout après leur triomphe lors des élections de 1866 – ne pouvaient accepter que les juges s'opposent à leurs projets. Après tout, s'ils déniaient ce droit au Président, pourquoi l'accorderaient-ils à la Cour⁵⁶ ? De l'autre, les élus républicains étaient conscients que le pouvoir judiciaire pouvait être un allié utile dans l'entreprise de reconstruction. Il s'agissait donc davantage d'aiguiller la Cour, de l'orienter, au besoin par la menace, que de la briser.

Ce n'est qu'au début de l'année 1868, lorsque la Cour accepta de connaître d'une affaire qui mettait directement en cause la constitutionnalité des mesures majeures du Congrès qu'ils votèrent une mesure radicale. Plutôt que de laisser la Cour se prononcer, ils prirent les devants en lui retirant sa compétence.

B. La suppression par le Congrès de la compétence de la Cour

Au cours de la Reconstruction, comme souvent dans son histoire, la Cour suprême fut l'espoir du parti vaincu aux élections. Selon un modèle toujours valable aujourd'hui, la bataille judiciaire succéda ainsi au combat politique, dont elle n'était en définitive que le prolongement sous une autre forme. Comme l'avait noté Alexis de Tocqueville en son temps, « il n'est presque pas de question politique aux États-Unis, qui ne se résolve tôt ou tard en question judiciaire »⁵⁷.

Les opposants à la Reconstruction, les démocrates du sud principalement, cherchèrent ainsi à soumettre à la Cour des affaires qui lui permettraient de déclarer l'inconstitutionnalité des mesures des républicains. Par deux fois, dans les affaires *Mississippi v. Johnson*⁵⁸ et *Georgia v. Stanton*⁵⁹, l'occasion fut donnée à la Cour, mais celle-ci refusa en dernière analyse de se prononcer. Elle rejeta les affaires

⁵⁴ Voir S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, Cambridge University Press, 2011, p. 206.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Un sénateur déclara ainsi : « It would be a strange thing if this nation, after all the wars we have had, after living for ninety years thinking we lived under republican democracy, should wake up and find that our Government was an aristocracy and that one or five members of the Supreme Court could regulate the political interests and relations of the country », déclaration du Sénateur Freylinghuysen, cité in B. Friedman, « The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Two : Reconstruction's Political Court », *Geo. L. J.*, Vol. 91, 2002, p. 23.

⁵⁷ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique, Souvenirs, L'Ancien Régime et la Révolution*, Robert Laffont, Paris, 1986, p. 258.

⁵⁸ *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. 475 (1867).

⁵⁹ *Georgia v. Stanton*, 73 U.S. 50 (1868).

au motif que les questions en cause étaient politiques et ne relevaient pas de la compétence du pouvoir judiciaire.

À la fin de l'année 1867, une affaire idoine remonta jusqu'à la Cour suprême : l'affaire *McCardle*⁶⁰. William McCardle était un journaliste hostile à la Reconstruction, originaire du Mississippi. Il fut arrêté sur le fondement des *Reconstruction Acts* adoptés par le Congrès au début de l'année 1867⁶¹. Il fut poursuivi pour incitation à l'insurrection et incarcéré dans une prison militaire. Il intenta alors un recours en *habeas corpus*, estimant que sa détention était contraire à la Constitution. Son recours fut rejeté, mais une cour fédérale ordonna sa libération sous caution en attendant que la Cour suprême se prononce sur l'appel⁶².

En contestant la régularité de sa détention, c'est la constitutionnalité de l'ensemble des mesures votées par les républicains, plus particulièrement le régime de l'occupation militaire du sud, que remettait en cause McCardle⁶³. La Cour reconnut sa compétence le 17 février 1868 et les plaidoiries orales furent fixées au 9 mars. Les républicains radicaux réagirent rapidement. Ils déposèrent tout d'abord des propositions de lois requérant l'unanimité pour toute décision d'invalidation d'une loi fédérale par la Cour suprême. Puis, alors que les plaidoiries orales de l'affaire avaient déjà eu lieu, ils votèrent un amendement relatif à la compétence de la Cour au cours d'une discussion sans rapport, aux termes duquel l'*Habeas Corpus Act* de 1867 fut abrogé. Autrement dit, le Congrès supprimait purement et simplement la loi sur laquelle reposait la compétence de la Cour dans l'affaire *McCardle*, alors même que la Cour avait déjà reconnu sa compétence et que les plaidoiries orales avaient déjà eu lieu.

Le représentant James Wilson, à l'origine du cavalier législatif, reconnut que le but de son amendement était « de rayer l'affaire *McCardle* du rôle de la Cour en retirant la compétence de la Cour [...] afin d'empêcher qu'une calamité ne s'abatte sur le pays »⁶⁴. La presse républicaine se réjouit de cette mesure : « Ce Congrès ne tolérera pas que la Cour s'oppose à lui sur des questions politiques. La sécurité de la Nation exige que les mesures du Congrès soient menées à bien. Et si la Cour s'interpose, elle ira droit dans le mur »⁶⁵.

Le Président Johnson, dont le procès devant le Sénat devait commencer quelques jours plus tard, opposa son veto à la loi, estimant qu'elle était contraire à

⁶⁰ *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506 (1869).

⁶¹ Voir *supra*.

⁶² Pour un exposé détaillé des faits et de la procédure, voir W. VAN ALSTYNE, « A Critical Guide to Ex Parte McCardle », *Ariz. L. Rev.*, Vol. 15, n° 2, 1973, pp. 229-270.

⁶³ L'affaire présente une certaine ironie. La voie de recours que McCardle utilisait pour contester sa détention, avait été établie par les républicains eux-mêmes. En effet, l'*Habeas Corpus Act*, qui donnait compétence aux cours fédérales pour connaître des recours en *habeas corpus* dès lors qu'une personne détenue contestait sa détention pour violation du droit fédéral, avait été adopté afin de protéger en particulier les droits des Africains-Américains et des *White Southern Unionists*, qui ne manqueraient pas d'être victimes d'abus du système judiciaire dans les États du sud et qui pourraient ainsi faire valoir leurs droits auprès des tribunaux fédéraux. Voir W. VAN ALSTYNE, « A Critical Guide to Ex Parte McCardle », art. cit., p. 234. Par un curieux concours de circonstance, c'est donc un sudiste, opposé à la Reconstruction, qui se servit de cette loi afin de remettre en cause l'œuvre réformatrice des républicains.

⁶⁴ Déclaration du représentant James Wilson en date du 21 mars 1868, in *Congressional Globe, Senate and House debates*, 40th Congress, deuxième session, p. 2062.

⁶⁵ *The Independent*, cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 477.

la Constitution. Son veto fut renversé, de sorte que la loi abrogeant la compétence de la Cour fut finalement votée le 27 mars 1868.

En ce début d'année 1868, la suprématie du pouvoir législatif au sein des institutions ne pouvait pas mieux être symbolisée que par ce Congrès qui, concomitamment, tentait de destituer le Président et supprimait la compétence de la Cour, afin, dans les deux cas, de s'assurer que ses mesures ne soient pas entravées. En soumettant l'Exécutif et le Judiciaire, le Législatif traduisait en actes la suprématie dont il se réclamait.

L'attitude adoptée par la Cour suprême dans la suite de l'affaire *McCardle* est révélatrice. Les juges avaient la possibilité d'invalidier la mesure emblématique du programme de reconstruction des républicains, dont la constitutionnalité, au regard de la décision *Milligan*, était plus que douteuse. Ils étaient néanmoins conscients des contre-mesures auxquelles ils ne manqueraient pas de s'exposer. Les républicains radicaux n'avaient en effet pas fait mystère de leur intransigeance⁶⁶. Le représentant John Bingham, l'architecte du Quatorzième amendement, avait même brandi la menace d'un amendement constitutionnel supprimant la Cour⁶⁷. *Mutatis mutandis*, la Cour en 1868 se trouvait dans une situation proche de celle de 1803, lorsqu'elle devait juger de la constitutionnalité de la loi d'abrogation du *Judiciary Act* de 1801 dans l'affaire *Stuart v. Laird*⁶⁸. Dans les deux cas, la Cour était amenée, dans un contexte hostile, à se prononcer sur la constitutionnalité très incertaine⁶⁹ de la mesure phare de la coalition au pouvoir. Et dans les deux cas, la Cour s'inclina ou du moins, refusa de contrarier la coalition dominante.

Dans l'affaire *McCardle*, ce retrait fut opéré en deux temps. La Cour décida d'abord de repousser l'examen de l'affaire. Les juges auraient pu, en effet, rendre leur décision avant même que la loi leur retirant compétence n'entre en vigueur mais, selon les termes du *Chief Justice* Chase, il aurait été « indécent de se précipiter »⁷⁰. La Cour attendit ainsi que la loi entre en vigueur, puis décida de repousser l'examen de l'affaire à l'année suivante⁷¹. Et en 1869, lorsque vint le

⁶⁶ « I have lost confidence in the Supreme Court of the United States. Is not that plain enough? I believe they usurp power whenever they dare to undertake to settle questions purely political », *Congressional Globe*, Senate and House debates, 40th Congress, deuxième session, p. 1883 (déclaration du représentant Robert Schenck en date du 14 mars 1868).

⁶⁷ Voir *supra* note 1.

⁶⁸ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803).

⁶⁹ Le *Chief Justice* Chase reconnut d'ailleurs que si la Cour s'était prononcée sur le fond de l'affaire, elle aurait sans aucun doute déclaré que l'emprisonnement de *McCardle*, avant son procès par un tribunal militaire était contraire au droit. Voir les propos rapportés in C. FAIRMAN, *History of the Supreme Court : Reconstruction and Reunion, 1864-88*, Part 1, Collier-Macmillan, New York, 1971, p. 385.

⁷⁰ « It would not have become the Supreme Court to hasten their decision of an appeal for the purpose of getting ahead of the legislation of Congress; It would have been, as we thought an indecency to run a race in the exercise of that jurisdiction with the legislature », propos du *Chief Justice* Chase, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p. 102.

⁷¹ Le juge Grier protesta contre cette décision et regretta que la Cour ait refusé d'exercer le devoir que lui imposait pourtant la Constitution. En esquivant son devoir, et en permettant au Congrès de la priver de sa compétence, la Cour se serait ainsi couverte d'opprobre. « This case was fully argued in the beginning of this month. It is a case which involves the liberty and rights, not only of the appellant, but of millions of our fellow citizens. The country and the parties had a right to expect that it would receive the immediate and solemn attention of the Court. By the postponement of this case, we shall subject ourselves, whether justly or unjustly, to the imputation that we have evaded the performance of a duty imposed on us by the Constitution,

moment de se prononcer, la Cour reconnut que le Congrès, conformément à la Constitution, avait le droit de modifier sa compétence d'appel⁷². La Cour rejeta donc l'affaire au motif qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer. La Cour entérinait en quelque sorte sa soumission au Congrès ; plus exactement, elle confirmait que le Congrès pouvait la réduire à l'impuissance à travers la modification de sa compétence d'appel⁷³.

Ex parte McCardle est l'arrêt de référence s'agissant du pouvoir du Congrès de restreindre la compétence d'appel de la Cour. Sa mise en œuvre ouvre un vaste champ de questions relatives au principe de séparation des pouvoirs, dont beaucoup demeurent débattues. Ce pouvoir sera invoqué et mis en œuvre à d'autres périodes mais l'affaire *Ex parte McCardle* est proprement unique dans la mesure où le Congrès a pu effectivement empêcher la Cour d'exercer son contrôle de constitutionnalité dans une affaire qu'elle avait déjà acceptée de connaître, et parce que la Cour a ultérieurement avalisé cette mesure.

Il est possible de voir dans cet arrêt à la fois l'expression de la puissance du Congrès mais également, paradoxalement, la reconnaissance du pouvoir de la Cour et du *judicial review*. En effet, à travers l'intensité des mesures prises contre la Cour, c'est le pouvoir que ses adversaires lui reconnaissent qui se révèle en creux. Il fut un temps où les décisions de la Cour étaient proprement ignorées, de sorte qu'il n'était même pas nécessaire de se soucier de ce qu'elle décidait⁷⁴. Le fait que les élus républicains adoptent une mesure aussi radicale témoigne du poids qu'ils concédaient à la décision de la Cour, et de l'importance qu'avait pris le contrôle de constitutionnalité.

Les républicains avaient d'ailleurs conscience du caractère radical de l'abrogation de l'*Habeas Corpus Act*. Lors des débats au Congrès, les démocrates avaient souligné qu'il s'agissait là d'un acte de « despotisme » et qu'il était dangereux que les cours soient soumises aux considérations partisans et politiques⁷⁵. La presse se fit également le relais de ces inquiétudes et un journal

and waited for Legislative interposition to supersede our action, and relieve us from responsibility. I am not willing to be a partaker of the eulogy or opprobrium that may follow. I can only say [...] that I am ashamed that such opprobrium should be cast upon the Court, and that it cannot be refuted », cité in C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 482.

⁷² « Dans tous les cas concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, et ceux auxquels un État sera partie, la Cour suprême aura juridiction de première instance. Dans tous les autres cas susmentionnés, elle aura juridiction d'appel, et pour le droit et pour le fait, avec telles exceptions et sous telles règles que le Congrès aura établis », Article III, section 2 de la Constitution. Cette disposition était également au centre de l'affaire *Marbury*.

⁷³ « Il ne nous appartient pas de rechercher les motivations du Congrès. Nous ne pouvons qu'examiner si ces pouvoirs lui sont bien conférés par la Constitution et le pouvoir d'établir des exceptions à la compétence d'appel de cette Cour lui est expressément donné. Quel est donc l'effet de la loi d'abrogation sur l'affaire devant nous ? Aucun doute n'est possible. Lorsqu'elle est incompétente, la Cour ne peut rien faire. La compétence fonde le pouvoir de dire le droit, et lorsqu'elle cesse d'exister, la seule chose que puisse faire la Cour est d'énoncer les faits et rejeter l'affaire [...] Il est ainsi patent que cette Cour ne peut prononcer de jugement en l'espèce, puisqu'elle n'est plus compétente », *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506, 514 (1869).

⁷⁴ Comme en témoignent les célèbres propos prêtés au Président Andrew Jackson après la décision *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832) : « John Marshall a pris sa décision. Alors qu'il l'exécute maintenant ». Sur la non-application des décisions de la Cour, voir I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique de l'argument contre-majoritaire*, op. cit., pp. 356-359.

⁷⁵ C. WARREN, *The Supreme Court in United States History, Volume 2 (1836-1918)*, op. cit., p. 479.

républicain reconnu qu'il ne saurait être porté atteinte aux cours ou à la Constitution, « que le coup provienne des traîtres du sud ou du Congrès »⁷⁶. Les élus républicains éprouvaient ainsi une gêne à l'égard de la mesure extrême qu'ils venaient d'adopter et rechignaient à apparaître comme le parti qui s'affranchissait du respect du droit. Ils neutralisèrent la Cour comme ils l'avaient fait dans l'affaire *McCardle* parce qu'ils estimaient cela nécessaire, mais s'abstinrent de rééditer la mesure. En effet, ce n'était pas la Cour en tant que telle qui gênait, par principe, les républicains, c'était plutôt cette Cour, qu'ils soupçonnaient de connivence coupable avec les sudistes. C'est pourquoi ils cherchèrent, dans un second temps, à s'en assurer le contrôle par des moyens moins extrêmes afin qu'elle puisse pleinement approuver leur programme.

II. LA SOUMISSION DE LA COUR AU CONGRÈS RÉPUBLICAIN

Outre la neutralisation de la compétence de la Cour dans l'affaire *McCardle*, les républicains adoptèrent une série de lois modifiant sa composition. La Cour représentait effectivement une menace pour le programme constitutionnel et législatif des républicains. À la manière d'un canon, elle risquait de mettre à bas celui-ci. Dans *McCardle*, les républicains agirent de manière préventive, en empêchant le canon de faire feu. À travers la modification du nombre de juges et l'ajout de nouveaux juges, il s'agissait cette fois-ci d'orienter le tir, afin qu'il appuie la politique des républicains (A). Cette Cour, « bien composée », valida ainsi le Quatorzième amendement, dont le processus de ratification n'avait pourtant pas été exempt d'irrégularités (B).

A. La modification de la composition de la Cour

Le nombre de juges siégeant à la Cour suprême n'est pas déterminé par la Constitution et relève ainsi de la compétence du législateur. Le premier Congrès fixa ce nombre à six dans le *Judiciary Act of 1789*. Il augmenta au cours du XIX^e siècle, à mesure que l'Union s'étendait et que de nouveaux circuits judiciaires furent créés. Entre 1863 et 1869, la taille de la Cour suprême fut modifiée à trois reprises, à chaque fois dans un sens qui servait les intérêts des républicains⁷⁷.

En 1863, le nombre de juges à la Cour fut porté de neuf à dix. L'addition d'un siège correspondait à la création d'un nouveau circuit mais c'était là également un moyen pour les républicains, en pleine guerre civile, d'augmenter leur influence à la Cour et de réduire celle du *Chief Justice* Taney⁷⁸. La nomination du juge Field, dont il était dit qu'« il n'y avait pas plus fervent défenseur de l'Union » corroborait cette lecture⁷⁹.

En 1866, en plein affrontement entre le Président Johnson et le Congrès républicain, ce dernier vota une loi prévoyant la réduction du nombre de juges à la Cour, de dix à sept membres. Plus précisément, il était prévu qu'aucun départ de

⁷⁶ *Ibid.*, p. 469.

⁷⁷ Pour la thèse selon laquelle ces modifications n'étaient pas motivées par des considérations partisans, voir W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁸ Voir J. SAYLOR, « Court Packing Prior to FDR », *Baylor L. Rev.*, Vol. 20, n° 2, 1968, p. 160 ; J. Burns, *Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, Penguin Press, New York, 2009, pp. 66 et s.

⁷⁹ J. SAYLOR, « Court Packing Prior to FDR », *art. cit.*, p. 160.

juge ne serait compensé jusqu'à ce que le nombre de juges arrive à sept. Bien que certains motifs non partisans puissent justifier la mesure, elle signifiait concrètement que le Président Johnson ne pouvait procéder à aucune nomination. Les élus républicains privaient ainsi le Président d'un moyen d'action sur la Cour suprême. Celle-ci faisait les frais de la lutte menée par les républicains contre la Présidence. D'ailleurs, le ministre de la justice (*Attorney General*) Edward Bates pouvait déclarer que « la Cour suprême n'est qu'un appareil au service du parti ; elle doit être manipulée, façonnée et courbée en fonction des besoins du parti »⁸⁰.

Trois années plus tard, alors que le républicain Ulysse Grant avait remplacé Andrew Johnson à la Maison Blanche, le nombre de juges fut une nouvelle fois modifié. Il fut porté de sept à neuf et n'a d'ailleurs pas changé depuis. La réforme de 1869 peut se lire comme « un retour à la normale » ; Andrew Johnson étant parti, les républicains n'avaient plus à craindre que celui-ci ne nomme des juges favorables à ses idées. En conséquence, ils augmentèrent le nombre de juges, étant assurés que ceux-ci seraient choisis et approuvés par eux.

Il est difficile de ne pas voir dans ces trois modifications successives du nombre de juges siégeant à la Cour, qui épousent parfaitement les intérêts politiques des républicains, le signe d'une manipulation de la Cour suprême par le pouvoir dominant. Elles semblent représenter l'exemple même du « *court-packing* »⁸¹. Cette expression désigne le fait pour le Président ou, plus généralement, son parti politique, d'instrumentaliser le pouvoir de nomination des juges afin de s'assurer le contrôle de la Cour et ainsi la maîtrise de sa politique jurisprudentielle⁸². Cette « orientation » fut mise en lumière par deux décisions de la Cour, rendues à quelques mois d'intervalle, qui portaient sur la même question mais qui furent pourtant tranchées en sens contraire. La seule différence entre les deux affaires tenait à la composition de la Cour.

Durant la guerre civile, le gouvernement fédéral avait recouru à l'émission de papier-monnaie afin de financer l'effort de guerre. Le Congrès vota une loi (*Legal Tender Act of 1862*) établissant le cours forcé de ces billets, obligeant entre autres les crédateurs à accepter le paiement de leur créance par ce biais. Outre un large phénomène de spéculation, ces mesures générèrent des problèmes juridiques⁸³. La Cour suprême fut saisie d'une de ces affaires et dans l'arrêt *Hepburn v. Griswold*⁸⁴, elle déclara que l'obligation d'accepter le papier monnaie pour le remboursement de dettes antérieures au *Legal Tender Act* était inconstitutionnelle⁸⁵.

Hepburn v. Griswold fut rendue à la majorité de quatre voix contre trois, parce qu'il y avait deux sièges vacants à la Cour. Le Président Ulysse Grant proposa deux nouveaux juges – favorables au programme économique des républicains – dont la nomination fut rapidement confirmée par le Sénat, et la décision *Hepburn* fut

⁸⁰ « The Supreme Court is to be a mere party machine ; to be manipulated, built up and pulled down as party exigencies require », Edward Bates, cité in S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, op. cit., p. 189.

⁸¹ Voir S. RATNER, « Was the Supreme Court Packed by President Grant? », *Political Science Quarterly*, Vol. 50, n° 3, 1935, pp. 343-358.

⁸² Voir J. BURNS, *Packing the Court: The Rise of Judicial Power and the Coming Crisis of the Supreme Court*, op. cit., p. 3.

⁸³ Voir E. FONER, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877*, op. cit., p. 22 et s.

⁸⁴ *Hepburn v. Griswold*, 75 U.S. 603 (1870).

⁸⁵ Un des paradoxes de cette décision était que le *Chief Justice* Chase, qui en fut l'auteur, avait lui-même défendu l'émission de papier monnaie en sa position de Secrétaire du Trésor en 1862.

renversée, quinze mois seulement après que la Cour l'eut rendue. En effet, dans la décision *Knox v. Lee*⁸⁶, par cinq juges contre quatre, dont les nouveaux juges Strong et Bradley, la Cour affirma que le *Legal Tender Act* était constitutionnel. L'ajout de deux juges fit donc basculer la majorité de la Cour et démontra qu'un changement de personnel suffisait à plier les interprétations constitutionnelles de la Cour.

Si les républicains furent satisfaits de voir leur mesure validée, l'image de la Cour fut néanmoins affectée⁸⁷. Comme l'écrivit l'hebdomadaire *The Nation*, « la confiance du peuple dans la Cour ne peut survivre aux additions, soustractions, multiplications et divisions [de juges] qui ont eu cours lors des cinq dernières années »⁸⁸.

La modification de la composition de la Cour, tout en étant une mesure plus subtile que la suppression abrupte de sa compétence, demeurait un moyen de contrainte controversé. Il était certes souhaité mais, une fois réalisé, il était critiqué. Ce paradoxe, qui se retrouve à différents moments de l'histoire des États-Unis, s'explique par les réticences du pouvoir politique à assumer ses actions coercitives envers la Cour. La majorité dominante, comme les républicains sous la Reconstruction, entend faire triompher la volonté « du peuple », y compris au détriment des résistances de la Cour lorsque celles-ci sont jugées illégitimes, mais elle ne souhaite pas porter un coup trop fort à l'indépendance du pouvoir judiciaire ou, plus précisément, elle ne souhaite pas *apparaître* comme le faisant.

À travers ce paradoxe, ce sont les tensions qui enserrant l'exercice de la justice constitutionnelle qui se révèlent. Dans le cadre de leur pouvoir de contrôler la loi, les juges sont censés faire prévaloir la norme constitutionnelle sur les lois votées par la majorité du moment. Ces mêmes juges ne peuvent néanmoins, de manière réaliste, s'opposer de manière trop durable à la volonté cristallisée de cette majorité, à peine d'être accusés de gouverner voire d'être soumis par les branches politiques. Les juges doivent donc être conscients des limites de leur pouvoir et ne pas être totalement insensibles au contexte politique. Mais ils ne peuvent pas non plus ployer sous celui-ci, à peine d'être accusés de manquer à leur devoir⁸⁹. Entre ces exigences contradictoires, la voie s'avère étroite. La Cour, et plus généralement le juge constitutionnel, doit ainsi être contre-majoritaire dans une certaine mesure afin de s'assurer que la majorité du moment ne méconnaisse pas la Constitution,

⁸⁶ *Knox v. Lee*, 79 U.S. 457 (1871).

⁸⁷ Charles Evan Hughes, qui fut membre de la Cour entre 1910 et 1916, puis *Chief Justice* de 1930 à 1941 déclarait ainsi : « The action of the Court, taken soon after their confirmation, in ordering a reargument of the constitutional question and then deciding that the legal tender act was constitutional, the two new judges joining with the three judges, who had dissented in the Hepburn case, to make a majority, caused widespread criticism. From the standpoint of the effect on public opinion, there can be no doubt that the reopening of the case was a serious mistake and the overruling in such a short time, and by one vote, of the previous decision shook popular respect for the Court [...] Stability in judicial opinions is of no little importance in maintaining respect for the Court's work », C.E. HUGHES, *The Supreme Court of the United States*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 52.

⁸⁸ *The Nation*, « The Reopening of the Legal Tender Case », 7 avril 1870, cité in S. ENGEL, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, *op. cit.*, p. 213.

⁸⁹ Voir à titre d'exemple *supra* note 71.

mais il doit également savoir « jusqu’où ne pas aller trop loin »⁹⁰, afin d’être supporté, dans les deux sens du terme, par le corps social.

Les pressions exercées sur la Cour l’avaient empêchée d’invalider les législations majeures du programme républicain et, lorsqu’elle le fit, elle revint rapidement sur sa jurisprudence. Restait néanmoins à savoir quelle allait être l’attitude de la Cour à l’égard de la mesure phare de la Reconstruction : le Quatorzième amendement.

B. La validation du Quatorzième amendement

Avec le Treizième amendement interdisant l’esclavage et le Quinzième, interdisant les discriminations raciales concernant le droit de vote, le Quatorzième amendement incarnait l’œuvre de Reconstruction des républicains au plus haut point. Il revenait sur la jurisprudence *Dred Scott* en accordant à tous les individus nés aux États-Unis la citoyenneté, prévoyait l’égale protection des lois, ainsi que la garantie d’une procédure légale régulière.

Par la manière dont il fut ratifié, le Quatorzième amendement reflétait également la violence de l’époque et l’importance des enjeux, car c’est bien contraints et sous occupation militaire que les États du sud l’ont ratifié. La validité du Quatorzième amendement pouvait donc être sujette à débats, de la même manière que celle de la Constitution de 1787 puisque les constituants de Philadelphie se sont affranchis de leur mandat initial et n’ont pas respecté les Articles de la Confédération⁹¹. Dans les moments de création constitutionnelle – les « moments constitutionnels » pour reprendre la terminologie de Bruce Ackerman⁹² – les constituants s’affranchissent des formes constitutionnelles préexistantes et c’est l’acquiescement populaire qui, en dernière analyse, lave l’œuvre créatrice de ses irrégularités. Le rôle des cours est primordial dans ce processus d’acquiescement parce qu’elles viennent « consolider » l’entreprise réformatrice⁹³. En l’assimilant pleinement aux normes constitutionnelles préexistantes, les cours intègrent l’œuvre créatrice dans l’existant, la lie au passé et lui donnent pleine légitimité.

C’est précisément ce que fit la Cour suprême dans l’affaire des abattoirs (*Slaughter-House Cases*)⁹⁴. Rendu en 1873, il s’agit du premier arrêt dans lequel la Cour se prononçait sur les amendements de la Reconstruction, plus précisément sur le Quatorzième. Il ne s’agit pas ici de revenir sur le fond de la décision, ni sur l’interprétation neutralisante du Quatorzième amendement retenue par les juges.

⁹⁰ L. FAVOREU, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français », in J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, Paris, 1990, p. 84 ; M.- F. TOINET, *La Cour suprême : les grands arrêts*, Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 1989, p. 32.

⁹¹ Sur ce point, voir, entre autres, B. ACKERMAN, N. KATYAL, « Our Unconventional Founding », *U. Chi. L. Rev.*, Vol. 62, 1995, pp. 475-574.

⁹² Voir B. ACKERMAN, « The Storrs Lectures : Discovering the Constitution », *Yale L. J.*, Vol. 93, 1984, p. 1013-1072 ; B. ACKERMAN, *We The People Volume 1 : Foundations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991, 384 p., traduit en français, *Au nom du Peuple. Les fondements de la démocratie américaine*, Calmann-Lévy, Paris, 1998, ; *We The People Volume 2 : Transformations*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1998, 515 p. ; *We The People Volume 3 : The Civil Rights Revolution*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 2014, 432 p.

⁹³ B. ACKERMAN, *We the People Volume 2 : Transformations*, *op. cit.*, p. 211.

⁹⁴ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873). Voir E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 101 et s.

Il s'agit plutôt d'envisager la manière dont la décision reconnaît et accepte la validité de l'amendement.

Dans les premières lignes de son opinion, le juge Miller prend en effet le soin de situer les amendements de la Reconstruction au sein du corpus constitutionnel et de les relier aux dispositions constitutionnelles préexistantes⁹⁵. En précisant que ces amendements ont été ajoutés par « la voix du peuple », le juge Miller clôt la controverse. Quelques années plus tôt, le Président Johnson avait effectivement dénié aux élus républicains la légitimité de s'exprimer au nom du peuple dont ils se réclamaient. La décision de la Cour suprême valide ainsi l'approche républicaine et reconnaît le Quatorzième amendement, pourtant imposé par la force aux États du sud, comme l'expression de la volonté du peuple. Le juge Miller mentionne certes que « [des hommes d'État] proposèrent au Congrès le Quatorzième amendement et décidèrent que les États qui s'étaient rebellés ne réintégreraient pleinement le gouvernement de l'Union qu'après avoir, par un vote formel de leurs assemblées législatives, ratifié l'amendement »⁹⁶, mais il ne discute pas plus avant la validité d'un tel procédé. Il agit comme si ce mode opératoire ne soulevait pas en lui-même des questions constitutionnelles⁹⁷.

*

**

Si la Reconstruction prend fin en 1877, l'arrêt *Slaughter-House* marque la fin de la période exceptionnelle au cours de laquelle se seront succédés *impeachment*, amendements, et mesures d'exception à l'encontre de la Cour. L'étude de cette période livre de précieux enseignements sur la formation du discours critiquant le gouvernement des juges et sur la traduction de ce discours en mesures coercitives à l'encontre de la Cour. Elle révèle en effet la manière dont une force politique, renforcée par des victoires électorales lors de scrutins décisifs, s'est attaquée à la Cour lorsque le contrôle de constitutionnalité des lois a représenté un obstacle à la mise en œuvre de ses réformes. C'est ici l'expression de la difficulté contre-majoritaire dans son sens littéral, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité était tout simplement un obstacle à la volonté de la majorité ou, du moins, à celle d'un groupe qui prétendait s'exprimer en son nom. En d'autres termes, il s'agit de la tension entre l'exercice de la justice constitutionnelle et le principe majoritaire.

⁹⁵ « Douze amendements constitutionnels furent ajoutés à la Constitution fédérale, peu de temps qu'elle eut permis, en 1789, la première organisation du gouvernement. Tous ces amendements, à l'exception du dernier d'entre eux, furent adoptés si tôt, qu'on peut les considérer comme pratiquement contemporains du document original. Quant au Douzième amendement, adopté en 1803, il est encore si proche de cette période qu'il est devenu, comme les autres, historique et d'un autre âge. Mais, au cours des huit dernières années, trois autres amendements constitutionnels d'une importance considérable ont été ajoutés par la voix du peuple, à cet instrument aujourd'hui vénérable », *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 67 (1873). Nous reprenons ici la traduction de l'arrêt figurant in E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, P.U.F., Paris, 1999, p. 240.

⁹⁶ *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 70 (1873).

⁹⁷ Voir B. ACKERMAN, *We the People Volume 2: Transformations*, op. cit., p. 246.

La période révèle également le ressort rhétorique de l'offensive des républicains contre la Cour. C'est en effet en réaction à des décisions qualifiées de « politiques » que les républicains se sont mobilisés et ont crié à l'usurpation, à l'instar du représentant Robert Schenck : « J'ai perdu confiance en la Cour suprême. Je pense que les juges usurpent leur pouvoir dès lors qu'ils décident des questions politiques »⁹⁸. Dans le même sens, le représentant Wilson affirmait : « La Cour a décidé d'empiéter sur les pouvoirs politiques du Congrès et de déclarer inconstitutionnelles les lois relatives à l'administration des États rebelles [...] Il était de notre devoir d'intervenir »⁹⁹. C'est ici le deuxième aspect de la difficulté contre-majoritaire qui est mis en exergue, celui relatif à l'intrusion jugée illégitime des juges dans un domaine leur échappant. C'est en effet parce qu'ils ne sont pas élus ni responsables politiquement, à la différence des branches politiques, que les juges ne sauraient prendre de décisions « politiques » et empiéter sur les prérogatives des autres branches¹⁰⁰. Une des difficultés évidentes, illustrée par la Reconstruction, est qu'il n'y a pas de ligne de démarcation fixe entre les questions « politiques » et les questions « juridiques »¹⁰¹. Les élus républicains avaient ainsi une conception très large du *politique*, ce qui était un moyen pour eux de marginaliser la Cour et de délégitimer son contrôle de constitutionnalité. À l'inverse, le lent mouvement de juridicisation et de juridictionnalisation croissantes, observable tout au long du XX^e siècle aux États-Unis, ainsi qu'à l'échelle globale¹⁰², a conduit à ce que la portée du contrôle de constitutionnalité soit étendue à l'ensemble des sphères de la vie sociale.

L'argument contre-majoritaire était présent sous la Reconstruction, mais il était nécessairement limité en raison de la prééminence du Congrès. La Cour était dans une certaine mesure plus « active » qu'auparavant, puisque qu'elle invalida sept lois fédérales entre 1864 et 1870, alors qu'elle n'en avait invalidé que deux entre 1803 et 1857, mais elle s'était gardée d'invalider les mesures phares du programme républicain. En d'autres termes, la critique dénonçant le gouvernement des juges ne pouvait se déployer pleinement dans la mesure où la Cour ne pouvait « gouverner ». Les républicains veillaient en effet à assurer, dans leurs discours et leurs actes, la « nécessaire suprématie du pouvoir législatif »¹⁰³. La difficulté

⁹⁸ Voir *supra* note 66.

⁹⁹ Propos du sénateur James Wilson en date du 21 mars 1868, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁰ Voir *supra* note 6.

¹⁰¹ Voir, à titre d'illustration, les évolutions du contenu de la doctrine des « questions politiques », qui renvoie aux actes que le juge reconnaît lui-même comme échappant à sa compétence. Voir R. BARKOW, « More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy », *Colum. L. Rev.*, Vol. 102, n° 2, 2002, pp. 237-336.

Pour une étude en langue française sur la question des doctrines politiques, voir C. SAUNIER, *La doctrine des « questions politiques » : étude comparée Angleterre, États-Unis, France*, LGDJ, 2023.

¹⁰² Voir R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007, 296 p ; voir, concernant le cas français, A. MANOUGUIAN, *La juridictionnalisation du droit constitutionnel français*, Dalloz, 2022, 584 p.

¹⁰³ « Aux termes de la Constitution, l'Exécutif est l'une des trois branches du pouvoir, mais il n'est pas l'égal du Congrès. Et la Cour suprême ne l'est pas non plus. Le Congrès constitue le pouvoir supérieur. L'exécutif et le pouvoir judiciaire ne sont que des « freins et contrepoids ». En permettant au Congrès de destituer le Président par la voie de l'impeachment, et de réorganiser la Cour suprême en augmentant le nombre de juges, la Constitution établit la nécessaire suprématie du pouvoir législatif », « Usurpation », *Harpers Weekly*, 9 février 1867, p. 82, cité in W. LASSER, *The Limits of Judicial Power. The Supreme Court in American Politics*, *op. cit.*, p.108.

contre-majoritaire posée par le contrôle de constitutionnalité était donc davantage anticipée que subie.

La contestation du contrôle de constitutionnalité des lois sous la Reconstruction, qui peut donc s'envisager comme la critique du *gouvernement des juges* avant le *gouvernement des juges*¹⁰⁴, se distingue également des temps présents par le fait qu'elle fut portée au plus haut point par des membres du Congrès¹⁰⁵. Si, par la suite, d'autres politiciens ont remis en cause à différents moments la portée ou l'extension des pouvoirs de la Cour - que l'on pense à Théodore Roosevelt et Robert La Follette au début du XX^e siècle, à Franklin Roosevelt lors de la crise du *New Deal*, à Richard Nixon ou encore à Edwin Meese, *Attorney General* sous la Présidence Reagan -, la critique a été, à partir de la fin des années 1930, essentiellement le fait de la doctrine, les élus s'interdisant d'apparaître comme remettant en cause les pouvoirs de la Cour tout en dénonçant, ponctuellement, le *sens* dans lequel ils étaient exercés dans certaines affaires¹⁰⁶.

Enfin, la Reconstruction illustre de manière concrète l'éventail des mesures que la Constitution autorise à l'égard de la Cour, des plus légitimes aux plus problématiques, qu'il s'agisse du contournement de ses décisions par la voie de l'amendement constitutionnel, de la modification du champ de sa compétence, de l'imposition d'une majorité qualifiée pour toute déclaration d'inconstitutionnalité ou de la modification opportuniste du nombre de juges¹⁰⁷. Le paradoxe est que si la plupart de ces mesures de contrainte sont tombées en désuétude, celle qui demeure employée - l'usage du pouvoir de nomination pour contrôler la Cour - renforce en réalité le pouvoir de la Cour en tant qu'institution. Une telle mesure de contrainte démontre en effet que le meilleur moyen de contrer la Cour consiste à la *réorienter*, ce qui est un formidable aveu de la puissance acquise par la Cour. En outre, elle brouille davantage les frontières entre droit et politique, puisqu'elle donne à voir

¹⁰⁴ Et ce à deux égards. Elle opère en effet, d'un point de vue matériel, dans un contexte marqué par la domination du Congrès, avant la maturation de la suprématie judiciaire, ce qui contraste avec l'image actuelle d'un Congrès largement handicapé par la polarisation et les divisions partisans. Elle se déploie en outre, d'un point de vu temporel, avant l'ère *Lochner* (1897-1937) que l'on connaît en France sous l'expression de période dite du « gouvernement des juges », cf. É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, op. cit. ; R. PINTO, « La fin du gouvernement des juges », *R.D.P.*, 1950, pp. 833-1957.

¹⁰⁵ Voir *supra* note 1.

¹⁰⁶ Voir à titre d'exemple, la nature des critiques et le ton employé par le Président Biden à l'égard de la décision *Dobbs*, qu'il qualifie « d'erreur tragique » (*Remarks by President Biden on the Supreme Court Decision to Overturn Roe v. Wade*, 24 juin 2022, accessible en ligne), et de la décision *Students for Fair Admissions v. Harvard*, 600 U.S. 181 (2023), qualifiée de « déception sévère » (*Remarks by President Biden on the Supreme Court's Decision on Affirmative Action*, 29 juin 2023, accessible en ligne), à comparer avec les critiques d'Abraham Lincoln au sujet de *Dred Scott* « Si la politique du gouvernement, sur des questions fondamentales affectant le peuple tout entier, doit être irrévocablement établie par les décisions de la Cour suprême [...], le peuple aura alors cessé d'être son propre souverain, ayant abandonné ses prérogatives au profit de l'éminent tribunal », Abraham Lincoln, First Inaugural Address (14 Mars 1861), in R. Basler (ed.), *Abraham Lincoln : His Speeches and Writings*, op. cit., p. 585 ou celles de Franklin Roosevelt à l'égard de la jurisprudence remettant en cause le *New Deal* « Nous ne pouvons céder notre destinée constitutionnelle à l'opinion personnelle de quelques hommes qui, parce qu'ils ont peur de l'avenir, nous privent des moyens de régler les affaires présentes », *Fireside Chat*, 9 mars 1937, disponible sur le site de l'American Presidency Project.

¹⁰⁷ Dans le cadre du débat sur la réforme de la Cour suprême (voir *supra*), si de telles mesures étaient adoptées par voie législative, elles seraient *in fine* soumises au contrôle de la Cour elle-même qui pourrait les déclarer inconstitutionnelles.

au plus haut point que le sens de la Constitution change – parfois rapidement – avec les juges qui l’interprètent.

Idris Fassassi

Professeur de droit public à l’Université Paris-Panthéon-Assas.

COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)