

# Mathilde Laporte

## LA PENSÉE CONSTITUTIONNELLE D'ALEXANDER MORDECAI BICKEL

### *La difficulté contre-majoritaire et ses implications*<sup>1</sup>

#### INTRODUCTION

**D**écrit comme probablement « le théoricien constitutionnaliste le plus créatif » des années soixante et soixante-dix aux États-Unis<sup>2</sup>, Alexander Mordecai Bickel (1924-1974) pouvait « tourner une phrase comme Mohamed Ali pouvait asséner un coup de poing, avec compétence et puissance<sup>3</sup> ». Sa pensée continue quarante ans après son décès de faire grand bruit dans le paysage universitaire américain, ce dernier étant happé par la célèbre « difficulté contre-majoritaire ».

Né le 17 décembre 1924 à Bucarest en Roumanie d'une famille de tradition juive<sup>4</sup>, Alexander Mordecai Bickel émigra aux États-Unis à l'âge de quatorze ans, pour intégrer successivement un lycée public new-yorkais, puis le *City College of New York* en 1939<sup>5</sup> où sa scolarité fut interrompue par la Seconde Guerre mondiale et son départ au front en 1943. Obtenant son diplôme universitaire de premier cycle en sciences sociales en 1947 en tant que membre de la société Phi Beta Kappa (*B.S. in social science*), il rejoint l'Université d'Harvard la même année. Sa scolarité au sein de cette prestigieuse université lui offre l'opportunité de contribuer à la revue de droit d'Harvard où il rencontre Albert M. Sacks d'un an son aîné. Ce dernier dira de Bickel que la

---

<sup>1</sup> Mémoire de Master 2 préparé sous la direction du Professeur D. Baranger, et soutenu à l'Université Panthéon-Assas en juin 2014.

<sup>2</sup> J.H. ELY, *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, 1980, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts and London, England, p. 71: « *he was probably the most creative constitutional theorist of the past twenty years* ».

<sup>3</sup> R. COLINS, « Online Alexander Bickel symposium: Forward –looking back while moving forward », SCOTUS blog, 13/08/2012.

<sup>4</sup> Les éléments biographiques découlent du recoupement de plusieurs sources: A.M. SACKS, « A tribute to Alexander M. Bickel », 88 *Harvard Law Review* (1975), p. 689-691 ; A. CHAYES, « Alexander M. Bickel: A Personal Remembrance », 88 *Harvard Law Review* (1975), p. 693-694 ; C.L. BLACK Jr, « Alexander Mordecai Bickel », 84 *Yale Law Journal* (1974), p. 199-204 ; et de deux sites internet: le site de la bibliothèque de l'Université de Virginie (<http://lib.law.virginia.edu/specialcollections/person/alexander-mordecai-bickel>) et le site de la bibliothèque de l'Université de Yale ayant recensé les différents écrits de Bickel et offrant un panorama de sa vie et une classification de ses différentes lettres par thèmes, disponible à l'adresse suivante : (<http://drs.library.yale.edu/HLTransformer/HLTransServlet?stylename=yul.ead2002.xhtml.xsl&pid=mssa:ms.0762&clear-stylesheet-cache=yes>).

<sup>5</sup> A.M. SACKS, article cité, p. 689.

... combinaison de son éducation supérieure et de son expérience militaire lui donna dès 1947 une diction [...] indissociable de celle des Américains d'origine et une maîtrise de la langue allant d'exclamations hautes en couleur à des formulations poétiques élégantes<sup>6</sup>.

Diplômé de l'Université d'Harvard avec mention très bien en 1949 (*LL.B, summa cum laude*), il devient *clerk* du juge Calvert Magruder de la *First circuit U.S. Court of Appeal*. Il passa les deux années suivantes en Europe, en Allemagne puis à Paris dans le cadre d'une délégation de la communauté européenne de défense. Ces séjours à l'étranger lui offrirent certaines clés de compréhension des systèmes constitutionnels étrangers, et notamment de l'organisation institutionnelle française qu'il évoque à plusieurs reprises dans ses ouvrages postérieurs<sup>7</sup>.

L'année 1952 marque indéniablement une rupture. À son retour des États-Unis, Bickel devient *clerk* de Justice Felix Frankfurter. Cette collaboration fut l'une des expériences intellectuelles majeures de sa vie. Resté en contact avec lui jusqu'au décès de ce dernier en 1965<sup>8</sup>, Bickel fut imprégné de cette pensée d'un droit constitutionnel ouvert vers le politique « au sens noble du terme<sup>9</sup> ». Ces différents ouvrages<sup>10</sup> abordent ainsi cette problématique des relations entre le droit et la politique, défendant une justice constitutionnelle ouverte sur son environnement politique mais protégeant ses décisions face à une politisation excessive<sup>11</sup>. La majorité de son œuvre prolonge ainsi les questionnements de Frankfurter sur la place de la Cour suprême dans la société<sup>12</sup> :

Personne de notre temps, ou même de tout temps, explora si profondément, si largement et si imaginativement la place institutionnelle des tribunaux dans le façonnement du monde – et, même plus largement, la place du droit constitutionnel et de la vie politique<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 689: « *this combination of formal higher education and military experience gave him a diction that by 1947 was indistinguishable from that of native born Americans and a command of language ranging from the colorful expletive to the elegant poetic phrase* ».

<sup>7</sup> Voir par exemple *The Morality of Consent*, Yale University Press, New Haven and London (1975), p. 16 ; *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven and London (1962), p. 255.

<sup>8</sup> A.M. SACKS, article cité, p. 690.

<sup>9</sup> F. FRANKFURTER, *op. cit.*, p. 3.

<sup>10</sup> Notamment ceux concernant la Cour suprême : *The Least Dangerous Branch op cit*, p. 272 ; *Politics and the Warren Court*, 1965, Harper and Row Publishers, New York, p. 210 ; *The Supreme Court and the Idea of Progress*, 1970, Yale University Press, New Haven and London, p. 181 ; *The Caseload of the Supreme and What if Anything to Do About It*, 1973, Domestic Affairs Studies vol. 21, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 37 p. ; *The Morality of Consent, op. cit.*, p. 142.

<sup>11</sup> Il s'inscrit sur ce point clairement dans la lignée de l'école du *Legal Process*, voir *infra*.

<sup>12</sup> C.L. BLACK Jr., article cité, p. 200.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 200 : « *no one in our times, or perhaps in any times, so deeply, so broadly, so imaginatively explored the institutional place of the courts in shaping the world – and, even more widely than that, the place of constitutional law and political life* ».

Cette « tension » entre ces deux univers intéresse Bickel. Il souhaite ainsi mettre en lumière leur imbrication contribuant à un système de gouvernement stable et légitime<sup>14</sup> :

Il n'y a rien de nouveau concernant le thème de cet ouvrage [...] Le thème est l'interaction [...] de la politique et de la Constitution. Tôt ou tard, comme de Tocqueville le remarqua, et d'une façon ou d'une autre, la Constitution a de fortes chances de s'immiscer dans la plupart de notre politique. Et la Constitution, étant selon les termes de Felix Frankfurter "non pas une composition littéraire, mais un moyen d'ordonner la société", défie toute compréhension en dehors du contexte politique. C'est le processus politique qui concrétise, dans la vie américaine, les règles constitutionnelles et les principes énoncés par la Cour suprême. Les déclarations majeures de la Cour sont sujettes aux contraintes de la politique. C'est ainsi – et non par un processus mystique d'auto-validation – qu'ils deviennent des moyens d'ordonner la société plutôt que de simples compositions littéraires<sup>15</sup>.

Son implication sur le terrain hors du monde universitaire se poursuit au cours des années 1954 à 1956 où il exerce le poste d'assistant du Directeur Robert R. Bowie au sein du département d'État en charge de la planification des politiques publiques<sup>16</sup>. Bickel y noue des relations étroites avec plusieurs membres du Congrès<sup>17</sup> et de l'administration<sup>18</sup>, et conservera cette relation particulière après son recrutement à l'Université de Yale en 1956. Ses fonctions de professeur ne le conduisirent en effet pas à abandonner tout positionnement politique dans de nombreux articles d'actualité et essais publiés notamment dans la revue *The New Republic*<sup>19</sup>. Il y défend certains points de vue libéraux, à l'instar de sa défense du *New York Times* dans

---

<sup>14</sup> A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, *op. cit.*, p. X.

<sup>15</sup> A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, *op. cit.*, p. IX.

<sup>16</sup> Site de la bibliothèque de l'Université de Yale retraçant le parcours universitaire et professionnel de Bickel « Guide to the Alexander Mordecai Bickel papers » : <http://drs.library.yale.edu/HLTransformer/HLTransServlet?style=yul.ead2002.xhtml.xsl&pid=mssa:ms.0762&clear-stylesheet-cache=yes>.

<sup>17</sup> Il échange notamment régulièrement des lettres avec plusieurs membres du Sénat, notamment avec Messieurs les Sénateurs Birch Bayh, Edward M. Kennedy et Joseph Tydings, tous trois membres du parti démocrate (Guide to the Alexander Mordecai Bickel's papers, *op. cit.*).

<sup>18</sup> Il échangeait notamment avec certains membres de l'administration Nixon, voir *Guide to Alexander Mordecai Bickel's Papers*, *op. cit.*

<sup>19</sup> *The New Republic* est un magazine américain hebdomadaire, orienté plutôt centre gauche, voire progressiste. Bickel contribua par cent-six articles à ce magazine, sur des thèmes variés tels que des portraits de certaines personnalités (par exemple « Portrait of Justice Holmes », 06/11/1961, p. 19 ; ou « Felix Frankfurter 1882-1965 », 06/03/1965, p. 7) ; des affaires de la Cour suprême (par exemple « Communist Cases », 19/06/1961, p. 15 ; « The Great Apportionment Cases », 09/04/1962, p. 13) ; des articles consacrés aux relations entre les différentes branches institutionnelles (par exemple « Chief Justice Warren and the Presidency », 23/01/1956, p. 8) ; ou encore des articles consacrés au monde universitaire (par exemple « Students Demands and Academic Freedom », 20/09/1969, p. 15 ; « The Tolerance of Violence on the Campus », 13/06/1970, p. 15). Voir la bibliographie de Bickel, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 143-150.

l'affaire des papiers du Pentagone<sup>20</sup>. Les étudiants de l'Université de Yale étaient ainsi impatients de rencontrer celui aux « références libérales excitantes<sup>21</sup> ».

Son lien avec le monde politique transparaît également de sa fréquentation du parti démocrate et de son soutien ouvert aux candidats à la présidence Charles L. Percy puis Robert F. Kennedy<sup>22</sup>. Bickel devint ainsi un conseiller occasionnel de ce parti, au sein notamment de la commission Hugues<sup>23</sup>. En outre, il fut consulté par plusieurs commissions parlementaires, dont la sous-commission pour la séparation des pouvoirs rattachée à la commission du Sénat sur la branche judiciaire, concernant par exemple le statut de la branche judiciaire fédérale<sup>24</sup>. Soucieux cependant de maintenir une neutralité nécessaire à toute analyse scientifique du droit constitutionnel, Bickel ne s'impliqua directement ni dans la prise de décision politique, ni dans les affaires portées devant la Cour suprême – à l'exception de l'affaire des papiers du Pentagone. Observateur désintéressé, sa participation se limitait à l'orientation et l'organisation de la phase préalable à la saisine de la Cour suprême, sans que son nom n'apparaisse sur aucun document officiel<sup>25</sup>.

Cette polyvalence se retrouve sur le versant universitaire de son parcours, Bickel faisant preuve d'un esprit aiguisé alliant une technicité de l'étude des précédents à une approche historique et philosophique de la justice constitutionnelle. Son étude favorise la jurisprudence et semble délaissier celle de la structure du texte de la Constitution. Il participa ainsi au débat sur la légitimité du *judicial review* en démocratie dès l'un de ses premiers ouvrages, *The Least Dangerous Branch*, en répondant clairement à l'ouvrage *The People and the Court* de son collègue de Yale Charles L. Black publié en 1960<sup>26</sup>. La qualité de son œuvre semble ici reconnue :

---

<sup>20</sup> Son implication dans la défense du New York Times apparaît sur ce point exceptionnelle, dans la mesure où Bickel préfère souvent ne pas s'impliquer directement dans les procès. Voir « The Pentagon Papers: Secrets, Lies and Audiotapes – The Nixon Tapes and the Supreme Court Tapes », *The National Security Archives*, disponibles sur le site de l'Université de George Washington à l'adresse suivante : <http://www2.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB48/supreme.html>.

<sup>21</sup> The Yale Law Journal Company, « In Memory of Alexander M. Bickel (1924-1974) », *The Yale Law Journal*, 84, (1974).

<sup>22</sup> *Guide to Alexander Mordecai Bickel's Papers*, *op. cit.*

<sup>23</sup> Bien que sa contribution à cette commission destinée à nommer le candidat démocrate à la présidence en 1968 ne soit pas totalement établie. Voir *Guide to Alexander Mordecai Bickel's Papers*, *op. cit.*

<sup>24</sup> *Guide to Alexander Mordecai Bickel's Papers*, *op. cit.*

<sup>25</sup> Il participa notamment à plusieurs affaires en lien avec la déségrégation des écoles publiques (comme dans l'affaire *Swann vs Charlotte Mecklenburg* 402 US 1, 1970, où il fournit au Congrès pour l'égalité raciale un plan et un résumé du projet *d'amicus curiae* destiné à la Cour suprême). Voir *Guide to Alexander Mordecai Bickel's Papers*, *op. cit.*

<sup>26</sup> A.R. AMAR, « America's Constitution and the Yale Law School of Constitutional Interpretation », *Yale Law Journal*, 115, (2006), p. 1999.

Son livre évite la fantaisie et compte peu d'histoires rabâchées. Il n'est pas l'exposé morne de discours bêtes ou espiègles sur la retenue judiciaire et l'activisme, il n'est pas une autre caricature de l'*adjudication* constitutionnelle comme une bataille digne d'une bande dessinée entre des hommes héroïques et des doctrines infâmes. Son livre est plutôt un rappel rare que, bien que le *judicial review* soit un champ intensément labouré, il n'est pas stérile. La source de cette réussite n'est pas la découverte d'un nouvel instrument exotique dans l'entrepôt de la cybernétique, des statistiques ou de la psychologie sociale, mais l'application d'une arme dont le manque de nouveauté équivalait trop souvent à un manque de puissance – un esprit subtil et incisif<sup>27</sup>.

« Critique invétéré des orthodoxies<sup>28</sup> », Bickel tentait systématiquement de repenser les postulats de la doctrine constitutionnaliste<sup>29</sup> afin d'étudier profondément ces problèmes indépendamment de toute allégeance à une doctrine majoritaire :

Il s'attela encore et encore à la tâche d'examiner les postulats historiques et philosophiques de la pensée constitutionnelle actuelle [...] Son but n'était pas de détruire ces postulats, mais plutôt de les questionner, et ainsi de clarifier et d'illuminer [les problèmes]. Il réussit remarquablement. Le produit de son esprit et de sa plume – car la substance et le style se rejoignent merveilleusement en lui – était toujours frais, excitant, provocant et, dans le sens le plus authentique, éducatif<sup>30</sup>.

Décédé avant d'avoir arrêté une philosophie politique précise, Bickel affirma néanmoins, à la fin de son œuvre et dans plusieurs essais<sup>31</sup> une vision politique et morale clairement empreinte du conservatisme britannique du dix-huitième siècle d'Edmund Burke (voir *infra*). Vu comme conservateur dans la période Warren<sup>32</sup>, Bickel semblerait certainement libéral dans la société américaine actuelle où les conservateurs républicains – à l'instar de *Justice* Thomas ou du mouvement *Tea Party* – radicalisent leurs positions, notamment politiquement depuis le début de mandat du

---

<sup>27</sup> G. GUNTHER, « The subtle vices of the passive virtues », *Columbia Law Review*, 64, 1964, p. 2.

<sup>28</sup> A. CHAYES, article cité, p. 694 : « *inveterate confronter of orthodoxies* ».

<sup>29</sup> Par exemple, les fondements du *judicial review* ou de la doctrine des questions politiques (voir *infra*).

<sup>30</sup> A.M. SACKS, article cité, p. 690 : « *Again and again he took on the task of examining the historical and philosophic assumptions of current constitutional thought... It was not his aim to destroy those assumptions, but rather to question them, and thereby to clarify and illuminate. And he succeeded remarkably. The product of his mind and pen – for in him substance and style joined beautifully – was always fresh, exciting, provocative, and, in the truest sense, educational* ».

<sup>31</sup> Et notamment dans un essai retranscrit dans la première partie de *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 3-30 (« Constitutionnalism and the Political Process »).

<sup>32</sup> Période de présidence de la Cour suprême par le Chief Justice Earl Warren (1953-1969), vivement critiquée par Bickel à certains égards (voir *infra*).



Président Obama<sup>33</sup>. Ils incarnent le modèle antagoniste à la prudence prônée par Bickel (voir *infra*).

Sa vision de l'inscription de la Cour suprême dans le système de gouvernement sera ici privilégiée, en ce que cette problématique constitue l'élément charnière et conducteur de son œuvre générale. Bickel tenta en effet de conceptualiser le rôle de la Cour dans un État démocratique, en développant les préceptes que les *Justices* devraient suivre pour remplir de façon légitime leur mission de contrôle de constitutionnalité. Loin d'être unanimement acceptée, son œuvre fut l'objet de nombreuses critiques visant aussi bien son étude quasiment exclusive de la Cour suprême<sup>34</sup> que sa théorie du *judicial review*. La conceptualisation de Bickel d'une « difficulté contre-majoritaire » exerça cependant une influence indéniable sur de nombreux constitutionnalistes, tant professionnels qu'universitaires. Certains professionnels, tout d'abord, ont fait leur cette difficulté contre-majoritaire<sup>35</sup>. Pour illustration, plusieurs opinions de la Cour suprême citent l'œuvre de Bickel, à l'instar de l'opinion dissidente de *Justice* Breyer dans la décision *Bush vs Gore* (531 U.S. 98, 2000). Critiquant la clôture des votes par la Cour, son opinion souligne deux failles centrales de l'opinion majoritaire : elle serait erronée juridiquement et inopportune au vu de la doctrine des questions politiques telle qu'explicitée par Bickel<sup>36</sup>. Certains universitaires, ensuite, se sont inscrits dans la lignée de Bickel en se positionnant face à l'interaction complexe de la démocratie et du *judicial review* sur la base de l'approche de Bickel<sup>37</sup> (voir *infra*).

Cette insistance sur la difficulté contre-majoritaire vint cependant occulter la profondeur de la pensée de Bickel qu'il serait pourtant réducteur de résumer à ce simple concept. Son œuvre générale est assise sur un engagement à une démocratie fondée sur des valeurs, une démocratie alliant le droit à l'autodétermination des citoyens à la protection de principes visant à élever moralement ces derniers (voir *infra*). Bickel pense alors un modèle

---

<sup>33</sup> Voir par exemple, V. WILLIAMSON, T. SKOCPOL & J. COGGIN, « The Tea Party and the Remaking of Republican Conservatism », *Perspectives on Politics*, 9 (2011), p. 25-43.

<sup>34</sup> Certains auteurs ont pu reprocher à Bickel d'avoir focalisé son analyse sur la Cour suprême, voir par exemple H. Wechsler "Reviews", *Yale Law Journal* 75 (1966), cité par R.F. NAGEL « Principle, Prudence, and Judicial Power » in K.D. WARD & C.R. CASTILLO (dir.), *The Judiciary and American Democracy – Alexander Bickel, the Counter-majoritarian Difficulty and contemporary constitutional theory*, New York, SUNY Press, 2005, p. 10 : la conception du *judicial review* n'aurait jamais été vue comme une doctrine spéciale et les techniques d'évitement développées par Bickel ne relevant pas d'un monopole de la Cour suprême.

<sup>35</sup> Voir par exemple, A. BARAK « l'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue française de droit constitutionnel*, n°66, 2006, repris de « A Judge on Judging : The Role of A Supreme Court in a Democracy », *Harvard Law Review*, 116, 2002, faisant référence aux p. 24-25 de *The Least Dangerous Branch*.

<sup>36</sup> Opinion dissidente de BREYER dans *Bush vs Gore*, *op. cit.*, p. 14, citant *The Least Dangerous Branch*, p. 184.

<sup>37</sup> B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », *Michigan Law Review*, 91, 1993, p. 578 : « Bickel certainly laid the groundwork ».

de justice constitutionnelle au carrefour de plusieurs attentes, une justice impliquée moralement mais respectueuse de la démocratie. En un mot, une jurisprudence progressiste, à l'instar de *Brown vs Board of Education* (347 U.S. 483, 1954), mais non par essence anti-démocratique contrairement à l'ère *Lochner*<sup>38</sup>. Bickel se focalise ainsi sur ce point de rencontre entre les jurisprudences *Lochner* et *Brown*, à cette intersection débouchant sur la naissance de la doctrine constitutionnaliste moderne<sup>39</sup>. Il tente d'approuver l'activisme de *Brown* tout en désavouant celui de *Lochner*<sup>40</sup>, en ancrant sa défense de *Brown* dans la tradition de l'école du *Legal Process*<sup>41</sup> au travers de son insistance sur les principes dans l'*adjudication*<sup>42</sup> constitutionnelle :

Bickel essaya de fusionner sa défense de l'engagement premier de la Cour Warren pour la justice libérale avec la conception de l'école du *legal process* d'un jugement basé sur des principes<sup>43</sup>.

Cette double lecture de l'activisme judiciaire par Bickel fut décrite par certains comme contradictoire. Bickel aurait manqué de cohérence en se laissant guider par son idéologie libérale du progrès. Cette dernière aurait même été l'élément déclencheur de la rédaction de *The Least Dangerous Branch*<sup>44</sup>. En effet, le contexte de publication de cet ouvrage est particulier : la Cour suprême venait de rendre deux décisions « audacieuses » considérant que les prières dans les écoles publiques, bien que volontaires,

---

<sup>38</sup> L'ère *Lochner* représente une époque de l'histoire des États-Unis, débutant dès la fin du dix-neuvième siècle avec la jurisprudence de la Cour suprême *Allgeyer vs Louisiana* (165 U.S. 578, 1897), prolongée par plusieurs décisions dont la jurisprudence *Lochner vs New-York* (198 U.S. 45, 1905). Cette période se caractérise par une censure systématique des législations sociales visant à réglementer le monde économique, et notamment le monde du travail. Pour illustration, dans *Lochner*, les Justices déclarent inconstitutionnelle la législation new-yorkaise visant à réglementer la durée hebdomadaire maximale du travail au nom du principe du laissez-faire, cette réglementation interférant avec la liberté contractuelle de l'employeur et de son salarié. Voir E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, 1<sup>ère</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 140-158.

<sup>39</sup> K.E. WHITTINGTON, « Constitutional Theory and the Faces of Power », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>40</sup> J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>41</sup> L'école du *Legal Process* est une école dont les principaux penseurs sont Hart, Sacks et Wechsler. Cette école propose une troisième voie entre le formalisme juridique et le réalisme juridique. Ainsi, les juges ne sont pas totalement isolés du politique, ils doivent opérer des choix de valeurs. Cependant, leur fonction n'est pas purement politique, dans la mesure où ils raisonnent sur la base de principe indépendamment de toute opportunité (voir *infra*).

<sup>42</sup> Le terme anglais d'*adjudication* semble ne pas avoir d'équivalent français précis. Cette notion recoupe à la fois le processus de raisonnement conduisant au jugement, que la fonction juridictionnelle au sens large. La traduction de « jugement » semble ainsi lacunaire, en ce qu'elle ne dénote pas la totalité du phénomène compris dans la notion d'*adjudication*. Le choix fait ici sera ainsi de conserver le terme anglais.

<sup>43</sup> M. TUSHNET, « The Jurisprudence of Constitutional Regimes – Alexander Bickel and Cass Sunstein », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 25 : « Bickel attempted to meld a defense of the early Warren Court's commitment to liberal justice and the *Legal Process* school's conception of principled judging ».

<sup>44</sup> R.F. NAGEL, *op. cit.*, p. 13.

violait la liberté de religion protégée au Premier Amendement de la Constitution américaine et considérant, dans la seconde affaire, que les recours sur la base de l'égalité contre les découpages de districts pour les élections législatives étaient recevables<sup>45</sup>. Bickel aurait témoigné de son désir de développer rapidement une réforme libérale et de reconnaître à la Cour suprême un rôle premier malgré le « potentiel autoritaire des principes<sup>46</sup> ».

Bien que l'ombre de Bickel plane sur la doctrine américaine, il n'existe aucune réelle école de pensée dans sa lignée :

Au sein de ses pairs universitaires, Bickel est largement regardé avec un degré de respect qui frôle la révérence. Il y a, cependant, quelque chose de déroutant à propos de sa réputation, car malgré que son travail soit tenu en haute estime, Bickel a peu de disciples contemporains<sup>47</sup>.

Ainsi, l'influence de son œuvre semble à relativiser à l'époque actuelle. Certains remettent en cause le paradigme né sous sa plume, considérant qu'il faudrait davantage s'intéresser aux mutations du système constitutionnel et notamment à l'évolution de la suprématie judiciaire. Il faudrait ainsi démontrer que ces évolutions se traduisent par un transfert tacite de la responsabilité politique, les autorités élues incitant la Cour à trancher certaines questions politiques épineuses au lieu de soutenir publiquement des positions politiques controversées<sup>48</sup>. D'autres estiment que, bien que l'influence de Bickel soit certaine, elle serait décroissante<sup>49</sup>. Sa pensée ne façonnerait plus aussi puissamment la doctrine constitutionnaliste. Cette dernière semble en effet adopter une grille de lecture différente dans son analyse que la jurisprudence de la Cour. Aujourd'hui, la majorité des auteurs s'accorderait sur le fait que la Cour devrait trancher des différends sur la base de principes abstraits qui pourraient être appliqués ultérieurement dans des affaires similaires. Au contraire, les auteurs « anti-*Lochner* » défendaient une grande déférence de la Cour face au processus politique, considérant qu'elle ne pourrait adopter des principes abstraits détachés de tout compromis. Bickel semble nettement s'inscrire sur ce point dans cette mouvance en prônant, dans certaines

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 18 : « *Bickel's prominence and given how flatteringly seductive his depiction of the judicial role must have been, it is also possible that his book encouraged the Justices on their path* ».

<sup>47</sup> A. KRONMAN, « Alexander Bickel's Philosophy of Prudence », *The Yale Law Journal*, 94, 1985, p. 1567 : « *Indeed, among his academic peers, Bickel is widely – regarded with a measure of respect that borders on reverence. There is, however, something puzzling about Bickel's reputation, for despite the high regard in which his work is held, Bickel has few contemporary followers* ».

<sup>48</sup> M. GRABER, « The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary », 7, *Studies in American Political Development* (1993), p. 35, repris par A.M. MARTENS, « Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-majoritarian difficulty to Constitutional transformations » *Perspectives on Politics* 5 (2007), p. 450.

<sup>49</sup> R.A. BURT, « Alexander Bickel's Law School and Ours », 104, *Yale Law Journal*, 1995, p. 1853-1873.



hypothèses, une association des principes à l'opportunité dans les décisions de la Cour (voir *infra*). C'est alors tout logiquement qu'il envisageait les jurisprudences *Brown I*<sup>50</sup> et *Brown II*<sup>51</sup> comme l'alliance parfaite de ces deux dimensions, la Cour ayant prononcé le principe de déségrégation des écoles publiques pour ensuite préciser la marge de manœuvre temporelle dont bénéficiaient les États. D'où sa critique de l'extension déraisonnée du principe de *Brown*. L'écart avec la vision actuelle semble patent :

Ce changement [depuis la jurisprudence *Roe vs Wade*<sup>52</sup>] se traduit par une approbation croissante de la Cour Warren, tant par la doctrine que par la société en général [...]. Il me semble aujourd'hui que [Bickel] (et les voix dominantes de sa génération) restaient exclusivement engagés contre *Lochner* et voyaient *Brown* comme un projet judiciaire exceptionnel et risqué<sup>53</sup>.

### *Projet du mémoire*

L'évolution de la société américaine, de ses mentalités et de la machine institutionnelle doit-elle pour autant conduire à un oubli des apports de Bickel à la théorie constitutionnaliste ? La tension entre le *judicial review* et la démocratie n'a pas disparu et n'est pas une spécificité américaine. Elle existe de façon similaire dans les États ayant fait une place au contrôle de constitutionnalité. Les expériences nationales concrètes divergent mais semblent illustrer l'un des points centraux de la pensée de Bickel : l'impact d'un contrôle de constitutionnalité sur la théorie et la pratique démocratiques. La problématique reste alors entière, celle de la relation entre les cours constitutionnelles et leurs partenaires ou concurrents politiques, alliés ou en conflit. La théorie offerte par Bickel apparaît, dans ce cadre, comme l'une des solutions proposées pour résoudre, ou tout au moins atténuer, ce conflit. Il est certain qu'une transposition brute et systématique de son modèle serait impossible et critiquable, en ce qu'il se base sur certaines données spécifiques de droit américain. Certains éléments ne semblent ainsi pas pouvoir faire l'objet d'une transposition dans n'importe quel système de droit étranger. Les vertus passives en sont l'illustration par excellence, au vu du fondement de leur existence : le pouvoir discrétionnaire de la Cour suprême américaine de trancher la question au

---

<sup>50</sup> Supreme Court of the United States, *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 183 (1954): censure de la loi prévoyant la séparation raciale au sein des écoles publiques.

<sup>51</sup> Supreme Court of the United States, *Brown vs Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955): comme le principe de *Brown I* doit pouvoir s'adapter aux circonstances locales différentes, les États disposent d'un délai pour mettre en œuvre le principe de déségrégation (*with all deliberate speed*).

<sup>52</sup> Supreme Court of the United States, *Roe vs Wade*, 410 U.S. 113 (1973) : reconnaissance d'un droit constitutionnel à l'avortement.

<sup>53</sup> R.A. BURT, article cité, p. 1865-1866 : « *This shift brought increased approbation for the Warren Court both from the academy and the society at large [...] It seems to me now that he (and the dominant voices of his generation) remained exclusively committed to anti-Lochner and viewed Brown as an exceptional and risky judicial enterprise* ».

fond<sup>54</sup>. Le Conseil constitutionnel français semblerait ainsi nettement plus limité dans l'emploi de ces techniques d'évitement, bien que l'*obiter dictum* « le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement<sup>55</sup> » laisse transparaître une dynamique similaire. Les membres du Conseil constitutionnel n'auraient ainsi pas toutes les clés du temps en main, ne pourraient adapter précisément leur intervention aux ressentis de la population. Saisis, ils doivent intervenir par une déclaration de constitutionnalité ou d'inconstitutionnalité. L'alternative semble fermée : la censure ou la légitimation<sup>56</sup>.

Un réexamen doctrinal et empirique de l'œuvre constitutionnelle de Bickel semble nécessaire<sup>57</sup>. Au niveau doctrinal d'abord, la mise en lumière de la filiation dans l'évolution de la pensée constitutionnaliste américaine par l'examen de l'œuvre de Bickel semble souligner son rôle de trait d'union entre plusieurs écoles. Le terreau qu'offre son œuvre au développement de nouvelles théories, notamment minimalistes, est manifeste. Ainsi, le Professeur Tribe estime qu'on ne peut totalement appréhender les théories actuelles de justice constitutionnelle sans examiner les modèles proposés dans les années cinquante et soixante<sup>58</sup>. Au niveau empirique ensuite, il semble nécessaire d'évaluer la capacité de sa pensée à rendre compte de la réalité de l'exercice de la justice constitutionnelle. Il offre une grille de lecture intéressante dans tout effort d'appréhension de systèmes, américain et étrangers ; bien que son modèle puisse sembler lacunaire voire contradictoire à certains égards.

Quel serait, selon lui, le rôle de la Cour suprême dans le système de gouvernement? Comment est-il possible de justifier cette fonction face à une difficulté contre-majoritaire « inévitable » ?

Bien que le pessimisme de Bickel face à la Cour suprême soit certainement l'image de de son œuvre retenue au premier abord, du fait de sa mise en exergue de la force contre-majoritaire que la Cour incarnerait dans une société démocratique (partie 1), ce dernier semble en réalité la défendre. Cette défense s'exprime dans sa proposition d'un modèle de

---

<sup>54</sup> Même si la Cour suprême est soumise à une compétence obligatoire dans certains cas.

<sup>55</sup> Conseil constitutionnel 74-54 DC « *Interruption volontaire de grossesse* », confirmée par Conseil constitutionnel 2010-605 DC « *Jeux d'argent et de hasard en ligne* ».

<sup>56</sup> Une déférence du Conseil constitutionnel face au Parlement exercerait nécessairement un impact sur le processus démocratique, dans la mesure où une déclaration de constitutionnalité peut s'analyser en une décision de légitimation (voir *infra*).

<sup>57</sup> Voir l'ouvrage collectif : K. WARD & C. CASTILLO (dir.), *The Judiciary and American Democracy (Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory)*, New York, SUNY Press, 2005.

<sup>58</sup> L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola New-York, The Foundation Press, Inc., 1978, p. 47: la critique de la Cour Warren par les grands auteurs de l'époque de Bickel semble centrale, en ce que ces décisions forment le corps de la doctrine constitutionnelle moderne.

*judicial review*, à la fois encadré et dynamique, s'inscrivant dans un système de gouvernement légitime (partie 2).

## **PREMIÈRE PARTIE**

### **UNE ŒUVRE DESCRIPTIVE – LE *JUDICIAL REVIEW* COMME FORCE CONTRE-MAJORITAIRE DANS UNE SOCIÉTÉ DÉMOCRATIQUE.**

Le *judicial review*, d'apparence anti-démocratique (chapitre 1), doit être justifié (chapitre 2). Cette justification doit être approfondie, actualisée et ne pas se cantonner à une reprise des arguments historiques fondant le mythe *Marbury vs Madison* (5 US 137, 1803).

#### *Chapitre premier : La tension entre démocratie et judicial review*

La difficulté contre-majoritaire, point central de la pensée connue de Bickel (section 2), ne se comprend qu'au travers d'une analyse de sa vision de la démocratie (section 1).

#### *Section première : La complexité de la notion de démocratie*

La démocratie américaine, réel « mystère » (II), ne saurait être réduite à la simple dominance d'une majorité (I).

### **I. Le rejet du majoritarisme**

Il ne faudrait penser que la démocratie américaine est un règne brut de la majorité, un règne numéraire dépourvu de toute prise en compte des intérêts des minorités. Le caractère démocratique du système américain allierait au contraire plusieurs éléments : le nombre de votes certes, mais également l'intensité d'influence des différents groupes d'intérêts, ou encore la formation du droit par les citoyens en dehors des moments d'élections (voir *infra*). La mise en exergue de la majorité serait critiquable, en ce que les majorités sont largement fictives. Elles s'exprimeraient occasionnellement, les jours de vote ; et partiellement, sur les problématiques soulevées par l'élection<sup>59</sup>. Elles seraient ainsi dépourvues de signification, un « simulacre de procès démocratique », un « spectacle », et un « excès émotionnel<sup>60</sup> ». Les majorités exprimées ont certes du poids et il serait inconcevable de penser le règne d'une minorité dans un système démocratique<sup>61</sup>. Leur omnipotence serait néanmoins un danger à éviter, les démocraties sacrifiant la minorité au vu de cette toute-puissance majoritaire offrant le « spectacle du trouble et des dissensions » les conduisant à une

---

<sup>59</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 100.

<sup>60</sup> A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, op. cit., p. 184.

<sup>61</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 85.

« existence éphémère et à une mort violente<sup>62</sup> ». En effet, une majorité illimitée pourrait être porteuse d'une « grande et cruelle oppression des minorités<sup>63</sup> ». Ainsi, à l'instar de de Tocqueville qui regardait comme « impie et détestable cette maxime, qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire<sup>64</sup> », Bickel approche de façon critique deux réformes du système électoral : la jurisprudence de la Cour Warren résumée dans le slogan « *one man, one vote* » et les débats sur la réforme du collège électoral. Toutes deux, guidées par le principe abstrait d'un égalitarisme détaché de la réalité de la république américaine, seraient l'expression même d'une volonté intellectuelle de formater le système au vu de grands principes. Cet oubli du « pragmatisme », de cette observation *a priori* des faits pourtant nécessaire à toute réforme politique, conduit Bickel à critiquer ces évolutions :

Le majoritarisme est une chose enivrante. C'est, en réalité, une vague se répandant avec la rapidité d'un slogan [...] La vague est à même d'envahir toutes les institutions [...] Maintenant que la Cour Warren l'a de nouveau libérée, il y a des chances, qu'elle engloutisse par exemple le collège électoral [...] La vague pourrait bien engloutir également la Cour elle-même<sup>65</sup>.

Tout d'abord, la jurisprudence de la Cour Warren sur le redécoupage électoral<sup>66</sup> témoignerait de cette démarche, en ce qu'elle pose un slogan populiste et absolu, pour ensuite l'appliquer strictement dans plusieurs affaires. La Cour ferait alors preuve de démagogie en adoptant une position certes populaire mais inadéquate pour faire état du système américain :

Les jugements de la Cour sur la répartition des sièges ont été populaires. Ils semblent [...] simples, francs, clairement justes. Ils favorisent un contrôle de la majorité, et il n'y a presque aucune force de l'opinion dans la vie politique américaine qui ne pense qu'elle représente ou pourrait représenter une majorité. Ainsi les jugements de la Cour semblent offrir une grande promesse de succès à tout le monde [...] C'est comme si la Cour avait prononcé une évidence pas plus controversée que l'appel ordinaire à l'expression du vote le jour de l'élection. Mais le jugement de la Cour n'est pas si simple et si franc [...] Un gouvernement stable, effectif et bon est le produit de quelque chose de plus que la simple l'application du principe majoritaire<sup>67</sup>.

---

<sup>62</sup> J. MADISON, *Federalist n° 10*, traduction : *Le Fédéraliste*, par A. Hamilton, J. Jay & J. Madison, nouveau tirage avec une préface d'A. Tunc, LGDJ, coll. « Bibliothèque de textes et études fédéralistes », Paris, 1957, p. 72.

<sup>63</sup> E. BURKE, cité par A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>64</sup> A. DE TOCQUEVILLE, cité par J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, collection Sociologies (1983), p. 93.

<sup>65</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 111-112.

<sup>66</sup> Et notamment à partir de Supreme Court of the United States, 369 US 189 *Baker vs Carr* (1962) reconnaissant pour la première fois la justiciabilité des questions relatives au redécoupage électoral.

<sup>67</sup> A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, *op. cit.*, p. 196-197.



Cette problématique de la délimitation des différentes circonscriptions électorales ouvrirait la porte aux approches les plus « naïves » de la nature et du fonctionnement du gouvernement représentatif<sup>68</sup>. Ces approches réduiraient les institutions à de simples « machines à voter animées », uniquement conçues comme les réceptacles de l'opinion de l'électorat<sup>69</sup>. Il faudrait au contraire préserver une marge d'autonomie des institutions politiques. La représentation suppose en effet une liberté dans la prise de décision, le contenu des décisions ne pouvant être intégralement déterminé lors du vote.

Ce but – voire cet idéal démocratique – aurait également été mis en avant par les défenseurs d'une réforme du collège électoral, composés de grands électeurs réunis aux fins d'élection du Président des États-Unis. Proposant des solutions afin de mettre un terme aux élections « minoritaires » résultant d'un déséquilibre des votes entre les États, certains proposèrent d'élire le Président des États-Unis au scrutin direct afin de redonner tout son éclat au principe démocratique d'une égalité des votes. Les failles de ce système semblent explicites : la surreprésentation des petits États<sup>70</sup>, le danger de l'élection d'un candidat n'obtenant pas la majorité des votes populaires<sup>71</sup>, le risque d'un manque de fidélité des grands électeurs face à leurs promesses électorales, ou encore la focalisation de la campagne sur les États clés. Au-delà du débat sur la nécessité de recourir à la procédure d'amendement de la Constitution fédérale de l'article V, ces réflexions conduisent Bickel à critiquer vivement cette volonté de réformer le système, bien qu'il admette certaines de ces critiques. Soucieux de maintenir une continuité avec le passé, Bickel estime que la société américaine ne pourrait faire face à modification d'ampleur des caractéristiques structurelles du gouvernement<sup>72</sup>. Le système constitutionnel conçu par Bickel serait davantage un organisme vivant. Il est doté d'une capacité d'adaptation certaine mais doit pouvoir digérer les mutations<sup>73</sup> qui ne doivent ainsi pas être radicales. Une remise en cause brutale du système du collège électoral serait par conséquent à écarter au vu des risques qu'elle

---

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>70</sup> Chaque État disposant d'un nombre de Grands Électeurs égal au nombre de ses membres au Congrès et au Sénat. L'inégalité transparaît ainsi du nombre fixe de deux sénateurs par État, peu importe la démographie étatique. Bickel, *Reform and Continuity – The Electoral College, the Convention and the Party system*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>71</sup> À l'instar du Président Woodrow Wilson élu en 1912, bien qu'il ne comptabilisait que 41,8% des votes populaires, voir N.R. WILLIAMS, « Reforming the Electoral College: Federalism, Majoritarianism and the Perils of Subconstitutional change », 100, *The Georgetown Law Journal*, 2011, p. 177-178, note 16.

<sup>72</sup> A. BICKEL, *Reform and Continuity – The Electoral College, the Convention, and the Party system*, *op. cit.*, p. 2-3, dans la lignée claire de la pensée burkénne, voir BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 23: la continuité est le principe de la réforme, il faudrait faire preuve de précaution avant de remettre en cause un édifice qui a répondu aux buts communs de la société de façon tolérable depuis des siècles.

<sup>73</sup> A. ALTHOUSE, « Electoral College Reform: Déjà vu », *Northwestern Law Review*, 95, 2001, p. 14.

ferait peser sur l'équilibre institutionnel voulu par les rédacteurs de la Constitution :

Une élection populaire directe créerait une présidence avec peu voire aucun avantage à agir comme contrepoids du Congrès et comme porte-parole particulier des groupes urbains et minoritaires<sup>74</sup>.

Cette analyse conduit Bickel à critiquer la V<sup>e</sup> République française d'après 1962, le Président de la République élu au suffrage universel direct n'offrant plus de contrebalancement intéressant au Parlement<sup>75</sup>. Le maintien d'un mode d'élection différent de celui du Président américain face à celui des membres de la branche législative incarnerait, au contraire, un contrepoids réel face au Congrès en représentant un électorat différent, celui des zones urbaines. Le système du collège électoral serait ainsi efficace et adaptable, en permettant de rassurer les citoyens des petites villes et des zones rurales par la reconnaissance de chaque État dans le collège électoral, tout en représentant les groupes urbains. Il allierait avec justesse la dualité de nature du système américain, à la fois majoritaire et fédéral. Au lieu de remettre en cause l'harmonie existante, comme peuvent le faire certains « imbéciles éblouis » dans la lignée de la Cour Warren<sup>76</sup>, la jurisprudence *Baker vs Carr* (369 US 186, 1962) devrait plutôt être réévaluée.

Cette finesse d'analyse exerça une grande influence sur les débats des années 1960 et 1970<sup>77</sup> grâce à son « explication brillamment séduisante du mystère démocratique » (II)<sup>78</sup>.

## II. Le « mystère » de la démocratie

La démocratie américaine ne peut se réduire à une décision majoritaire. Elle est un « mystère<sup>79</sup> » alliant la société dans sa globalité à la formation du droit sans se fonder sur un vote majoritaire occasionnel. Certes, ce dernier est indéniablement l'une des composantes du phénomène démocratique, mais n'englobe pas la totalité de ses implications. Le cœur démocratique serait au contraire le consentement, conduisant à une démocratie tant majoritaire que réflexive :

Dans l'ordre juridique américain actuel, les fins sont moins prédéterminées de façon permanente que dans la théorie contractualiste, la foi dans le majoritarisme est moins enthousiaste que celle de Rousseau,

---

<sup>74</sup> A. BICKEL, *Reform and Continuity – The Electoral College, the Convention, and the Party system*, op. cit., p. 12: « Direct popular election would create a presidency with little or no incentive to act as a counterweight to Congress, and as a particular spokesman for urban and minority groups ».

<sup>75</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 16.

<sup>76</sup> A. ALTHOUSE, « Electoral College Reform: Déjà vu », *Northwestern Law Review*, 95, 2001, citant Bickel, p. 14.

<sup>77</sup> A. ALTHOUSE, « Electoral College Reform: Déjà vu », article cité, p. 13.

<sup>78</sup> A. ALTHOUSE, « Electoral College Reform: Déjà vu », article cité, p. 14.

<sup>79</sup> A. BICKEL, *Reform and Continuity – The Electoral College, the Convention, and the Party system*, op. cit., p. 2.

le recours potentiel et voulu à la révolution n'est pas aussi grand que celui de Locke, et il y a peu d'empressement à accepter les dictats bien-pensants d'une minorité habitée par la vraie volonté générale. Ce qui est important par-dessus tout est le consentement –non pas un consentement théorique présumé mais un consentement continu et actuel [...] Il y a la souveraineté populaire, et il y a les votes dans lesquels les majorités ou les pluralités prévalent. Mais ce n'est pas tout, du fait que les majorités sont en grande partie des fictions [...] Pour être réceptif et jouir du consentement, le gouvernement doit prendre en compte les nombreuses expressions de besoin et d'intérêt des nombreux groupes, et il doit prendre en compte les intensités relatives de ces besoins et intérêts<sup>80</sup>.

Ainsi, le système représentatif américain ouvre la porte aux différentes factions qui ne sont agrégées par l'illusion d'une nation uniforme. En effet, l'égalité des droits politiques ne se transforme nullement en une unité des volontés et des passions. Il apparaîtrait vain de tenter de mettre fin à la coexistence de ces différents intérêts<sup>81</sup>. Le gouvernement « stable et légitime<sup>82</sup> » doit alors se faire l'écho de ces divers groupes et peser la force de chacun au-delà d'un décompte passif des voix. Le processus politique interne fait état de ces contrastes en s'exprimant quotidiennement par des « marchandages », « menaces », « promesses » ou tout autre procédé plus ou moins informel destiné à faire avancer les intérêts du groupe qui les emploie<sup>83</sup>. La multiplication et la séparation des pouvoirs gouvernementaux prévues par la Constitution permettent ces modes de communication. Un groupe majoritaire ne peut ainsi obtenir satisfaction de toutes ses prétentions et une minorité numérique pourra indéniablement exercer une influence à l'instar des grands lobbies américains. Cet ensemble permet l'expression « non seulement des désirs et préférences, mais des intensités que tout scrutin ne peut enregistrer<sup>84</sup> ». Ainsi, une lecture exclusivement majoritaire des relations de pouvoir et de représentation est insuffisante.

L'expression du consentement du peuple semble davantage polymorphe, en ce qu'elle s'exprime tant institutionnellement – par l'expression du droit de vote et la participation directe au processus politique – que spontanément par le comportement des citoyens face au droit. Bickel s'aligne alors sur la définition du peuple de Burke. Le peuple serait :

[Un] corps ancré, réuni, guidé, manifestant son humeur de maintes façons et dans un espace-temps [...] ne s'exprimant pas simplement de façon occasionnelle dans des majorités numériques momentanées. L'influence du peuple, ainsi conçu, doit être dominante, car leur consentement est essentiel. Ce consentement peut être retiré indépendamment de toute élection ; il doit être prépondérant, et pas simplement le consentement

---

<sup>80</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 100.

<sup>81</sup> J. MADISON, *Federalist n°10*, *op. cit.*, p. 72-73.

<sup>82</sup> A. BICKEL, *Politics and the Warren Court*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>83</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 82.

<sup>84</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 116-117 : « not only [...] desires and preferences, but [...] intensities that no ballot can register ».

d'une majorité, être orienté non seulement et non principalement vers le verdict électoral, mais vers les institutions validées par le temps et la familiarité, qui sont composées de temps en temps d'hommes auxquels il est fait confiance car ils sont vus comme ayant une connexion avec les intérêts [...] les sentiments et les opinions du peuple<sup>85</sup>.

L'engagement actif des citoyens à cette entreprise commune semble nécessaire pour maintenir un droit effectif et refléter les attentes populaires. Chacun doit débattre, défendre constamment ses intérêts et s'engager pleinement dans cette « compétition de volontés<sup>86</sup> » afin de maintenir un droit vivant. Cette participation des citoyens s'exprime au contraire au travers de leur comportement quotidien dont est déduit leur consentement au droit positif.

Premièrement, Bickel offre de longs développements sur la désobéissance civile<sup>87</sup>. Il met ainsi en lumière les lacunes d'une vision du droit décrivant sa formation comme un acte positif des autorités politiques, un processus descendant et unilatéral imposant un système de normes aux citoyens. En réalité, le comportement des citoyens serait l'un des mécanismes de formation du droit, l'exercice d'une « formation négative du droit » au travers de la désobéissance civile (*negative law formation*)<sup>88</sup>. Le droit, avant tout coercitif, ne devrait accorder qu'une place limitée aux désaccords et aux exemptions, mais il demeure certain que l'intensité d'une opposition au droit positif pourra ultimement se traduire par une évolution de ce dernier. Pour illustration, les *sit-in* visant à mettre un terme à la ségrégation des lieux publics ont obtenu gain de cause avec le *Civil Rights Act* (1964), le Congrès ayant décidé d'intervenir en application de la *commerce clause* de la Constitution<sup>89</sup>, suite à un refus de la Cour suprême de reconnaître un droit constitutionnel à un service égal dans les endroits privés ouverts au public<sup>90</sup>.

Secondement, les citoyens sont impliqués plus directement dans l'évolution du droit au travers de leurs recours juridictionnels. Le système américain serait particulièrement propice à ce type d'évolution juridique, en ce qu'il est fédéral et repose sur une imbrication de plusieurs niveaux de droit. Un individu se voyant opposer le droit de son État pourra ainsi tenter de le remettre en cause en invoquant le droit fédéral et la Constitution américaine. Les tribunaux, au sommet desquels siège la Cour suprême,

---

<sup>85</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 17-18.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 102 *sq.*, repris de son article « Civil disobedience and the duty to obey », *Gonzaga Law Review*, 8, 1973, p. 198-216.

<sup>88</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 102: « they are exercises of negative law formation ».

<sup>89</sup> Article 1, section 8, clause 3 de la Constitution : le Congrès a le pouvoir de « réguler le commerce avec les nations étrangères, et entre les différents États, et avec les tribus indiennes ».

<sup>90</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 97.

seront ainsi impliqués dans ce processus d'évolution du droit d'initiative populaire<sup>91</sup>.

Cet impact de la Cour suprême sur l'équilibre entre unité et factions, entre les places respectives du vote et d'autres sources normatives, entre les différents acteurs institutionnels reflétant des catégories de citoyens impliqués dans la formation du droit apparaît certain. Il n'est alors pas anodin de la replacer dans cette machine démocratique afin de comprendre son influence sur la représentation politique. Cette mise en contexte du contrôle de constitutionnalité la fait apparaître comme anormale en tant que force contre-majoritaire censurant les décisions des autorités politiques élues et responsables devant le peuple (section 2). Bickel va même jusqu'à la qualifier de « déviante » :

Le jugement constitutionnel est une fonction d'élaboration d'une politique supérieure remplie dans une démocratie politique par une institution qui doit être regardée comme déviante<sup>92</sup>.

*Section seconde : L'affirmation d'une difficulté contre-majoritaire incarnée par la Cour Suprême.*

Qu'y a-t-il de plus connu à propos de Bickel que la « difficulté contre-majoritaire » ? Conceptualisée dans son ouvrage majeur *The Least Dangerous Branch* (I), cette notion imprégna le débat constitutionnaliste américain, devenant une réelle « obsession » (II).

## I. Une conceptualisation novatrice

Bickel posa avec force la contradiction apparente entre l'exercice du *judicial review* et la prise de décision démocratique des autorités politiques élues. Il définit ainsi le *judicial review* comme le

... pouvoir d'interpréter et d'appliquer la constitution, dans les plus grands moments contre les vœux de la majorité législative qui est, en retour, impuissante à affecter la décision judiciaire<sup>93</sup>.

Il développe les différents points de tension entre ces deux éléments, semblant limiter son analyse à une fraction de l'action de la Cour. Il est certain que la compétence de la Cour suprême ne se cantonne pas au contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et étatiques<sup>94</sup>. En vertu de l'article 3 section 2 de la Constitution américaine, la Cour suprême dispose

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>92</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 82: « *Constitutional judgment is a high policy-making function performed in a political democracy by an institution that has to be regarded as deviant* ».

<sup>93</sup> A. BICKEL, *the Least dangerous branch*, p. 235 : « *power to construe and apply the Constitution in matters of the greatest moment against the wishes of a legislative majority, which is, in turn helpless to affect the judicial decision* ».

<sup>94</sup> E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. V.



en effet d'une compétence de premier degré (*original jurisdiction*), ou d'une compétence d'appel (*appellate jurisdiction*) dans de nombreux domaines (lorsqu'un État membre est par exemple impliqué dans un litige ; ou dans toute « affaire concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls »<sup>95</sup>). Bickel choisit cependant d'envisager simplement l'une des attributions de la Cour afin de conceptualiser la difficulté contre-majoritaire.

Cette relation entre constitution, démocratie et *judicial review* fut, depuis les origines du contrôle de constitutionnalité, source d'importants débats. Les visions adoptées diffèrent et influencent le degré de tension entre le contrôle de constitutionnalité et les aspirations démocratiques<sup>96</sup>. Cette tension sera moindre chez les auteurs défendant une application mécanique de la Constitution par la Cour suprême, dans la mesure où le domaine du jugement ne serait nullement celui d'une affirmation de volontés personnelles des *Justices*<sup>97</sup> mais celui de l'expression d'une voix unique, celle du Peuple américain. Le *judicial review* ne serait finalement qu'un instrument au service d'une défense de la volonté de ce Peuple incarnée par la Constitution, réelle loi suprême chapeautant l'expression législative des majorités du moment. Il ne serait qu'une illustration d'un conflit de normes, se traduisant par la mise à l'écart de la norme inférieure contraire (Marshall, *Marbury vs Madison*)<sup>98</sup>. Bickel estime au contraire que la force contre-majoritaire représentée par la Cour ne saurait être atténuée, voire niée, par ces tentatives de contournement. Il rejette ainsi clairement ces théories se cramponnant à l'autorité supérieure du Peuple et de la Constitution pour masquer cette réalité pourtant « inéluctable<sup>99</sup> » :

Le mot « peuple » ainsi utilisé est une abstraction. Sans être inévitablement une [abstraction] dénuée de toute signification ou pernicieuse; elle est toujours chargée d'émotion, mais non représentative – une abstraction obscurcissant la réalité selon laquelle quand la Cour suprême déclare inconstitutionnels un acte législatif ou l'action d'un organe exécutif élu, elle contrecarre la volonté des représentants actuels du peuple d'ici et maintenant ; elle exerce un contrôle, non pas au nom d'une majorité prédominante, mais contre celle-ci. C'est ce qui arrive réellement sans connotation mystique. C'est bien là une autre paire de manches, et c'est la raison pour laquelle l'accusation faite au *judicial review* d'être non démocratique peut être formulée<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> Article III, section 2 de la Constitution américaine, trad. S. Rials et J. Boudon, *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je ?, 13<sup>e</sup> édition, 2010, p. 23.

<sup>96</sup> STONE, SEIDMAN, SUSTEIN, TUSHNET, KARLAN, *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> edition, Aspen publisher, p. 42-50.

<sup>97</sup> A. HAMILTON, *Federalist n°78*, cité par STONE, SEIDMAN, SUSTEIN, TUSHNET, KARLAN, *Constitutional law*, *op. cit.*, p. 43 et par A. BICKEL, *The Least dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>98</sup> E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, *op. cit.*, p. 14.

<sup>99</sup> BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 16.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 16-17.

Ainsi :

La difficulté profonde est que le *judicial review* est une force contre-majoritaire dans notre système<sup>101</sup>.

Ce mordant et cette clarté dont a su faire preuve Bickel jouèrent certainement un rôle dans la grande postérité de sa pensée sur ce point. Les développements similaires postérieurs lui sont systématiquement rattachés, la paternité affirmée. Il ne faudrait cependant pas occulter la lignée intellectuelle dans laquelle Bickel s'inscrit et puise son inspiration. Sa novation apparaît ainsi davantage conceptuelle, en ce qu'elle pose un concept sur un débat plutôt classique en droit constitutionnel américain. Une certaine continuité intellectuelle le relie à des constitutionnalistes tels que Thayer, Hand, et Frankfurter<sup>102</sup>. La transmission semble nette, notamment au travers de *Justice* Frankfurter<sup>103</sup>, élève de Thayer ayant clairement influencé l'œuvre de Bickel. Tous ont mis en exergue le danger potentiellement incarné par le *judicial review* face au processus politique, et notamment Thayer dans son article « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law<sup>104</sup> ». Cette tradition insiste sur le fait que les institutions politiques doivent encourager la participation démocratique citoyenne, afin de fonder la légitimité politique du système de gouvernement. Portés par cet investissement dans un projet commun (*sense of common venture*)<sup>105</sup>, les citoyens participent, débattent et expriment leur volonté dans les lois via la représentation. Le *judicial review* malmène ce projet, en ce qu'il aurait tendance à conduire à un renvoi de la gouvernance à la Cour suprême. Ce transfert « éclipse la capacité politique du peuple », ce dernier perdant ce « stimulus » et cette éducation morale qui découlaient de la participation politique active, de l'apprentissage lent et parfois douloureux par le peuple de ses propres erreurs<sup>106</sup>. Les citoyens n'apprennent plus de cette expérience et semblent par conséquent incapables

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>102</sup> K. WARD, « Bickel and the New Proceduralists », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 149.

<sup>103</sup> Bickel s'inspire clairement de Frankfurter concernant la difficulté contre-majoritaire, ce dernier avait déjà clairement critiqué le caractère contre-majoritaire de la Cour Lochner, voir K.E. WHITTINGTON, « Constitutional theory and the faces of power », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 163.

<sup>104</sup> J. THAYER, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », *Harvard Law Review*, 7, p. 129 *sq.*, 1893, décrit par M. Tushnet comme l'un des fondements de ce débat dans « Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty », *Michigan Law Review*, 94, 1995, p. 245.

<sup>105</sup> La notion anglaise de « *common venture* » souligne l'idée de risque dans l'investissement commun destiné à atteindre une certaine finalité.

<sup>106</sup> J. THAYER, *John Marshall*, Boston, Houghton Mifflin, 1901, p. 103-104, 106-107, cité par A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 21-22.

de modérer leurs passions dans un souci d'intérêt public<sup>107</sup>. La Cour suprême devient le dernier recours, le lieu ultime de décision et de déresponsabilisation de la population.

Bickel fait écho à cette vision lorsqu'il développe les principaux problèmes sous-jacents à la difficulté contre-majoritaire. Il est certain que cette dernière est polymorphe, et ne saurait se réduire à la simple mise à l'écart à un instant t d'une décision de la majorité des représentants par neuf sages non élus et détachés de toute logique de responsabilité. Elle semble plus complexe. Bickel envisage en effet dans quelle mesure le *judicial review* peut affaiblir la participation politique et transférer la charge de la prise de décision aux membres de la Cour suprême. Cette problématique semble ainsi traitée tant dans ses conséquences de court terme que de long terme. Dans un souci de clarification du propos, Bickel distingue trois problèmes centraux.

Premièrement<sup>108</sup>, la Cour suprême censure la volonté des représentants actuels et nuit à l'essence démocratique. Conscient des failles du modèle américain de représentation, Bickel les explicite sans concéder que leur existence vienne mettre à bas le rôle central du processus électoral aux États-Unis. Les inégalités de représentation et le pouvoir de factions incarné dans les groupes d'intérêt existent, certes, mais ne gomment pas le caractère « déviant » du contrôle de constitutionnalité. Ce dernier s'impose en effet face aux majorités élues et ce, dans un rapport asymétrique : il impacte et censure leur prise de décision, sans que la majorité législative ne puisse répondre et renverser le jugement de constitutionnalité. Ce constat semble brider le principe même d'un gouvernement fondé sur le consentement. Ni l'ouverture théorique d'une révision constitutionnelle répondant à une décision controversée de la Cour, ni le *Judiciary Act* (1789) souvent interprété comme le consentement du Congrès au contrôle de constitutionnalité, ne seraient pertinents dans la justification de ce pouvoir. La première hypothèse serait occasionnelle, et ne représenterait nullement la dynamique habituelle des relations entre le Congrès et la Cour. La seconde serait un argument historique dénué d'actualité. Certes, le *Judiciary Act* existe et peut légitimement être interprété comme un acte de manifestation de volonté du Congrès dans le sens d'un contrôle de constitutionnalité. Ce consentement serait cependant limité au premier Congrès, et l'acceptation ne pourrait être imputée automatiquement aux Congrès postérieurs.

Deuxièmement<sup>109</sup>, Bickel épouse la vision de Thayer concernant l'affaiblissement du processus démocratique sur le long terme du fait du contrôle de constitutionnalité. Le désinvestissement citoyen et la dégradation de la qualité de la loi, du fait d'une passivité consistant à se référer constamment à l'analyse à ces « neuf *gentlemen* sages », semblent

---

<sup>107</sup> Judge Learned Hand, « The Contribution of an Independent Judiciary to Civilization », in I. DILLARD (dir.), *The Spirit of Liberty*, New York, 1952, p. 155-165, cité par A. BICKEL, *The Least dangerous branch*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>108</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 16-21.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 21-22.

clairement liés au *judicial review*. Bickel fait état de la justesse des propos de Thayer, tout en les nuancant, estimant que ces phénomènes ne peuvent être expliqués exclusivement par le contrôle de la Cour suprême.

Troisièmement et enfin<sup>110</sup>, une problématique liée serait celle de l'étiollement des principes dans une société divisée, que le contrôle de constitutionnalité serait impuissant à « sauver ». Les programmes politiques s'imposeraient selon la majorité en place, ignorant ces principes constitutionnels.

La brièveté de ce passage consacré à la difficulté contre-majoritaire suffit à engendrer une réelle vague doctrinale, nombreux de ses contemporains et successeurs ayant évoqué, décortiqué, critiqué, voire déformé ce concept (II).

## II. Une postérité débattue

La doctrine américaine serait malade, atteinte d'une pathologie manifestant ses effets dans une « obsession<sup>111</sup> » pour cette difficulté contre-majoritaire :

Accrochez-vous bien, le serpent de mer est sur le point de réapparaître dans la “théorie” constitutionnelle. Lassés de l'activisme de la Cour Rehnquist, les universitaires viennent à appréhender l'obsession centrale de la théorie constitutionnelle sous un jour entièrement nouveau. Avant, l'obsession centrale était l'incompatibilité entre le *judicial review* et la démocratie. Maintenant, c'est l'incompatibilité entre le *judicial review* et la démocratie<sup>112</sup>.

Chacun se serait confronté à ce « casse-tête<sup>113</sup> » omniprésent depuis cinquante ans :

La recherche de Bickel fut écourtée par son décès prématuré avant qu'il ne puisse trouver une réponse qui le satisferait. Dans la décennie suivant sa mort, nous avons été inondés par de nouvelles réponses à la question

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>111</sup> Un aperçu rapide de la doctrine semble édifiant : M. GRABER, « The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary », article cité ; M. TUSHNET, « Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty », article cité ; S.G. CALABRESI, « Textualism and the Countermajoritarian Difficulty », *Geo. Wash. L. Rev.* 1373, 66, 1998 ; B. FRIEDMAN, « The Counter-Majoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship », *Nw. U. L. Rev.* 933, 95, 2001. B. Friedman contribue par cinq articles consacrés à l'histoire de la difficulté contre-majoritaire: 73, *N.Y.U. L. Rev.* 333, 334 (1998) ; 91, *Geo. L.J.* 1 (2002) ; 76, *N.Y.U. L. Rev.* 1383 (2001) ; 148, *U. Pa. L. Rev.* 971 (2000) ; 112, *Yale L.J.* 153 (2002) ; I. SOMIN, « Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New Perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory », 89, *Iowa L. Rev.* 1287 (2004) ; A.M. MARTENS, « Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-majoritarian difficulty to Constitutional transformations », article cité.

<sup>112</sup> B. FRIEDMANN, « The Birth of an Academic Obsession: the History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five », *Yale Law Journal*, 112, 2002, p. 155.

<sup>113</sup> K. WARD, « Bickel and the New Proceduralists », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 147.

de Bickel. À peine une année s'écoule sans qu'un quelconque professeur érudit annonce qu'il a découvert la solution finale à la difficulté contre-majoritaire, ou, même plus sombremenent, que la difficulté contre-majoritaire est insoluble<sup>114</sup>.

Plus ou moins fidèles à la conceptualisation originelle de cette difficulté par Bickel, ces auteurs – tant constitutionnalistes que politistes – ont appréhendé ce problème sous plusieurs angles. Sera suivie ici une classification tripartite, afin de rendre compte d'un éventail non exhaustif de ces différentes approches, mais cependant soucieux de distinguer les trois positionnements centraux semblant se dessiner. Une première catégorie d'auteurs acquiesce à l'existence d'une difficulté contre-majoritaire et propose une solution alternative. Une seconde catégorie tend à la nuancer, en tronquant sensiblement certains aspects de cette problématique. Enfin, une troisième catégorie semble plus radicale, en ce qu'elle nie l'existence même d'une difficulté contre-majoritaire. Cet examen de la doctrine constitutionnaliste américaine depuis les années soixante apporte une double perspective : celle d'une précision de la pensée de Bickel non déformée par les interprétations successives et celle d'une évaluation de sa postérité dans le paysage universitaire actuel.

### *L'alternative*

La discordance entre l'idéal démocratique et l'exercice de la justice constitutionnelle a pu conduire certains auteurs à adopter une démarche similaire à celle de Bickel, tout en proposant un modèle alternatif de justice constitutionnelle qu'ils décrivent avec ambition comme étant une solution – la solution – à la difficulté contre-majoritaire. Ces théories tentent d'encadrer le contrôle de constitutionnalité, afin de préserver le champ politique d'intrusions illégitimes des *Justices*. La pensée du Professeur Ely apparaît éclairante sur ce point, en ce qu'il se positionne explicitement face à Bickel pour élaborer ensuite sa propre théorie du *judicial review*<sup>115</sup>. Il acquiesce à l'idée de Bickel selon laquelle le *judicial review* serait justifié s'il servait une fonction que la démocratie américaine exige mais ne peut remplir au travers des processus majoritaires habituels. Son modèle s'inscrit cependant en rupture face à celui de Bickel. « L'entreprise » de Bickel aurait échoué du fait de son postulat moral, ce dernier étant par essence anti-démocratique<sup>116</sup>. La voie de résolution de la difficulté contre-majoritaire serait ailleurs, en dehors de toute morale : dans le champ de la protection du processus politique. Les *Justices* seraient garants d'un renforcement de la représentation démocratique (*representation-reinforcing orientation*<sup>117</sup>). Ainsi, l'intervention de la Cour serait justifiée simplement par sa fonction de protection du processus politique face aux « captures » et « abus » qu'il

---

<sup>114</sup> B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », 93, *Yale Law Journal* (1984), p. 1016.

<sup>115</sup> J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 104.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 102.



pourrait subir<sup>118</sup>. La procédure prend le pas sur le fond et légitime l'intervention de la Cour dans un champ réduit et finalisé. Ely semble ainsi occulter la vision de Bickel d'une Cour suprême aidant la communauté politique à identifier des principes sans pour autant nuire à l'engagement politique citoyen<sup>119</sup>.

Loin d'être enfermée dans une époque surannée, cette démarche de proposition d'un nouveau modèle de *judicial review* « démocratique » semble trouver sa place au sein des rangs de la pensée constitutionnaliste actuelle<sup>120</sup>. « L'impérialisme judiciaire<sup>121</sup> » de la Cour Rehnquist (1986-2005), immortalisé dans la décision *Bush vs Gore* (531 US 98, 2000), semble avoir provoqué un renouveau de doctrines encadrant le rôle de la Cour suprême au vu des exigences démocratiques. Davantage négatives face au contrôle de constitutionnalité que pouvait l'être la pensée de Bickel, ces théories ont tendance à nier le monopole d'interprétation de la Constitution dont disposerait la Cour suprême. Ainsi, le Professeur Tushnet plaide pour une formation davantage populaire du droit constitutionnel<sup>122</sup> ; et le Professeur Kramer pour une compétence des branches législative et exécutive en la matière<sup>123</sup>.

### La nuance

La seconde catégorie d'auteurs semble nuancer la difficulté contre-majoritaire. Bickel aurait adopté une base de raisonnement erronée en estimant que la loi serait toujours majoritaire et le *judicial review* contre-majoritaire. Sa théorie serait ainsi viciée dès l'origine, dès sa partie descriptive, ce qui rendrait la partie prescriptive de son œuvre décalée et peu pertinente<sup>124</sup>. La critique semble ici double.

Premièrement, il serait difficile d'adopter une position radicale consistant à déclarer que la loi serait majoritaire<sup>125</sup>. Un tel postulat ne serait pas foncièrement erroné, mais serait « trompeur<sup>126</sup> » au vu de l'organisation

---

<sup>118</sup> H.J. POWELL, *The Moral Tradition of American Constitutionalism (A theological interpretation)*, Duke University Press, Durham and London, 1993, p. 187.

<sup>119</sup> K. WARD, « Bickel and the New Proceduralists », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>120</sup> B. FRIEDMANN, « The Birth of an Academic Obsession: the History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five », article cité, p. 155-156.

<sup>121</sup> A.M. MARTENS, « Reconsidering Judicial Supremacy: From the Counter-Majoritarian Difficulty to Constitutional Transformations », article cité, p. 450.

<sup>122</sup> M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Court*, Princeton University Press (1999), cité par B. FRIEDMAN, « The Birth of an Academic Obsession: the History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five », article cité, p. 155.

<sup>123</sup> L. KRAMER, « The Supreme Court 2000 Term – Foreword; We the Court », *Harvard Law Review*, 115, 2001, cité par FRIEDMAN, *ibid.*, p. 155.

<sup>124</sup> T. PERETTI, « An Empirical Analysis of Alexander Bickel's the Least Dangerous Branch », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 123.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 127-130.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 128.

du système américain. Du fait des influences mélangées, ce dernier ne reflèterait pas une opinion publique majoritaire claire sur les principaux problèmes sociétaux. Certains facteurs viendraient fausser la communication de cette opinion aux représentants, dont notamment les taux élevés d'abstention, la puissance variable des groupes d'intérêts, le *winner-takes-all system*, ou la représentation égale des États au Sénat.

Secondement, la Cour suprême aurait tendance à se conformer aux aspirations de la majorité. Le professeur Dahl explique ainsi que les visions politiques dominantes au sein de la Cour ne sont jamais pour longtemps complètement décalées par rapport aux aspirations de la majorité politique. Cette coïncidence s'expliquerait par le fait que le Président et le Sénat nomment historiquement un *Justice* à la Cour environ tous les deux ans. La politisation de l'élection assure ainsi un alignement entre les aspirations des *Justices* et celles de la population<sup>127</sup>, bien qu'il soit « impossible » d'évaluer chaque décision à l'aune de sa potentielle représentativité de la majorité<sup>128</sup>.

Se positionnant davantage d'un point de vue empirique, leur critique apparaît plutôt simpliste au niveau théorique, masquant certains pans de la difficulté contre-majoritaire. Ils semblent réduire cette dernière à la défense d'un règne de la majorité, qui serait remis en cause par le *judicial review*. Ils gommant ainsi les nuances de la conceptualisation de Bickel : Bickel n'ignore pas les différents éléments pouvant altérer la représentation majoritaire, ni les cas dans lesquels la Cour semble refléter les aspirations de la majorité. Il fait cependant le choix d'apprécier la difficulté contre-majoritaire sous l'angle institutionnel, c'est-à-dire sous celui de la remise en cause de la volonté de représentants élus par neuf personnalités non élues (plutôt que d'évaluer les valeurs dégagées par la Cour face aux attentes majoritaires<sup>129</sup>). En outre, il choisit d'adopter un point de vue large afin d'évaluer dans sa totalité l'impact du contrôle de constitutionnalité sur la démocratie. Il serait alors réducteur d'envisager sa pensée comme tentant simplement de justifier la censure d'une prise de décision de la majorité des représentants. Sa vision tente de comprendre comment la Cour suprême peut s'insérer dans le fonctionnement américain de la démocratie –de ce fonctionnement complexe et mystérieux harmonisant les différents intérêts sans les absorber –et comment elle peut promouvoir les valeurs sans ébranler cet équilibre.

### *La négation*

Le dernier courant doctrinal apparaît le plus radical dans sa critique de la vision de Bickel, allant jusqu'à remettre en cause l'existence même de la

---

<sup>127</sup> R. DAHL, « Decision-making in Democracy: the Supreme Court as a National Policy Maker », 6 *Journal of Public Law*, p. 279 (1957) ; L. EPSTEIN, J. KNIGHT & A. MARTIN, « Review Essays – The Supreme Court as a strategic policy maker », *Emory Law Journal*, 50, 2001, p. 583.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>129</sup> M. TIGAR, « Judicial Power, the “Political Question Doctrine” and Foreign Relations », *UCLA Law Review*, 17, 1970, p. 1143.

difficulté contre-majoritaire. L'impossibilité pour la Cour d'être contre-majoritaire fut soulignée par certains qui voyaient en elle une institution démocratique du fait du mode de désignation des *Justices* et de la délibération comme étape préalable au jugement de constitutionnalité<sup>130</sup>. D'autres, à l'instar du professeur Ackerman, adoptent une vision différente de la démocratie et en déduisent l'absence d'une difficulté contre-majoritaire. La pensée du professeur Ackerman, certainement l'un des élèves les plus connus de Bickel, a su s'autonomiser face à celle de son aîné, souhaitant rompre avec cet « aura de retenue<sup>131</sup> » qui pèserait sur la doctrine depuis *The Least Dangerous Branch*, et qui aurait contribué à la popularité de cette œuvre. La difficulté contre-majoritaire se serait propagée et serait devenue la « sagesse » tant dans les réflexions universitaires que dans la pratique juridique. Loin de tenter de résoudre cette difficulté, le professeur Ackerman souhaite au contraire la « dissoudre » en repensant la vision de la démocratie et du constitutionnalisme américain<sup>132</sup>.

Le cœur de l'opposition entre le courant Bickel-Ely et le professeur Ackerman réside dans leurs visions différentes de la démocratie américaine, la première étant décrite comme « moniste » (*monistic democracy*) et la seconde « dualiste » (*dualist democracy*)<sup>133</sup>. Le courant moniste n'opérerait aucune distinction entre le moment constituant et le moment de politique ordinaire, amalgamant l'ensemble dans leur conception du système représentatif de gouvernement. Décortiquant la pensée « moniste » -pour dans un second temps remettre en cause ses postulats -le professeur Ackerman distingue quatre étapes de raisonnement conduisant à la difficulté contre-majoritaire<sup>134</sup>. (1) Chaque tribunal devrait suivre le dernier mot de l'assemblée populairement élue exprimé dans le droit, (2) une assemblée élue est aussi libre que les assemblées précédentes et dispose d'une autorité équivalente, (3) tout tribunal démocratique doit suivre le dernier mot de l'assemblée, (4) le *judicial review* viole cette règle en faisant primer la volonté de la convention constituante sur l'assemblée actuelle et serait alors prétendument antidémocratique.

Cette approche « anglophile », transposant la vision britannique d'une Chambre des communes disposant d'une autorité plénière dans la production du droit, les aurait « aveuglés<sup>135</sup> » :

Nous ne devons jamais oublier que *notre* constitution, contrairement à celle des Britanniques, ne fait pas reposer l'autorité finale de législation

---

<sup>130</sup> C. Eisgruber, *Constitutional self-government*, Cambridge MA Harvard University Press, 2001, cité par A.M. MARTENS, « Reconsidering Judicial Supremacy: From the Countermajoritarian Difficulty to Constitutional Transformations » article cité, p. 448.

<sup>131</sup> B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », *Yale Law Journal*, 93, 1984, p. 1014.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 1016.

<sup>133</sup> B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 1 : *Foundation*, *op. cit.*, p. 7-12.

<sup>134</sup> B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », article cité, p. 1047.

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 1048.

sur un petit groupe de représentants siégeant de façon régulière dans la capitale de la nation<sup>136</sup>.

Les États-Unis répondraient au contraire à un dualisme démocratique, articulé autour de la dichotomie entre les actes de politique ordinaire et les « actes rares de gouvernement représentatif soutenus par les jugements réfléchis de la masse des citoyens mobilisés<sup>137</sup> ». La prééminence de ce droit supérieur s'exprimerait lors du contrôle de constitutionnalité. La Cour ne serait ainsi que l'écho de ce dualisme et nullement contre-majoritaire. Il serait inadéquat de « niveler » le processus et de comparer deux dimensions qui sont clairement distinctes et préservées comme telles par la Cour :

Ces institutions doivent effectivement bloquer les efforts d'abrogation de principes constitutionnels établis par l'expédient du vote d'une loi ordinaire et forcer le groupe régnant de politiciens élus à avancer sur la voie de l'édiction du droit supérieur s'ils souhaitent questionner les jugements opérés précédemment par *We the People*<sup>138</sup>.

La dissolution de la difficulté contre-majoritaire ne fait cependant pas table rase de tout doute sur la légitimité de l'exercice du contrôle de constitutionnalité, d'où le souci du professeur Ackerman de prévenir du dangereux « blanc-seing » conféré à la Cour suprême<sup>139</sup>.

La difficulté contre-majoritaire semble bel et bien faire des émules. Bien qu'ayant été dans l'ensemble rejetée, la théorie de Bickel apparaît centrale dans la compréhension de la doctrine constitutionnaliste américaine moderne. Avant de développer sa vision de la compatibilité entre le *judicial review* et la démocratie, une étape préalable est nécessaire, celle de la recherche des fondements de cette fonction (chapitre 2).

---

<sup>136</sup> B. ACKERMAN, « Storrs Lectures: Discovering the Constitution », article cité, p. 1049 : « *We may never forget that our Constitution, unlike that of the British, does not repose final lawmaking authority in any small group of representative sitting regularly in the nation's capital* ».

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 1046.

<sup>138</sup> B. ACKERMAN, *We the People*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 262.

## Chapitre second : Les fondements du *judicial review*

La mise en lumière des différents problèmes formant le corps d'une difficulté contre-majoritaire, entendue largement, conduit Bickel à se questionner sur la justification du contrôle de constitutionnalité au niveau des principes. Avant de tenter de résoudre cette difficulté, Bickel écarte la justification traditionnelle intimement liée à la décision *Marbury vs Madison* (section 1). La voie est ainsi ouverte à sa propre analyse qu'il semble articuler autour de plusieurs caractéristiques du *judicial review* (section 2).

### Section première : La critique de l'approche traditionnelle de la constitution et du *judicial review*.

La question de la justification du *judicial review* au XX<sup>e</sup> siècle semble guider l'analyse de Bickel dans sa recherche des fondements du *judicial review*. Dépassant une fidélité passive au passé (I), Bickel éclaire sa démarche en proposant une justification à la fois actualisée et fondée sur les principes (II).

#### I. *Marbury vs Madison* et sa postérité.

Souhaitant assainir les bases de la réflexion sur les fondements du contrôle de constitutionnalité, Bickel approche de façon critique l'approche traditionnelle du *judicial review*. Sa réflexion est binaire, s'attachant successivement à la décision *Marbury vs Madison* (A) puis à son impact sur la pensée d'une partie de la doctrine (B). Cette recherche des fondements du contrôle de constitutionnalité s'explique par le silence du texte constitutionnel quant à l'existence d'un contrôle de constitutionnalité, chacun essaie alors de le combler en offrant sa justification.

##### A. *Marbury vs Madison*

Dans un premier temps, Bickel analyse l'argumentation du Chief Justice Marshall (ci-après Marshall), souvent décrite comme l'une des pierres fondatrices de l'édifice du constitutionnalisme moderne, c'est-à-dire du mouvement conduisant à l'instauration d'une constitution et d'un contrôle de constitutionnalité visant à limiter l'exercice du pouvoir dans l'État, notamment celui de l'organe législatif<sup>140</sup>. Dans la lignée de la vision d'Hamilton, explicitée dans la Lettre n°78 du *Fédéraliste*, Marshall relie intrinsèquement le *judicial review* aux principes fondateurs de toute constitution écrite par plusieurs arguments. Bickel reprend alors chacun d'eux, afin de les réexaminer d'un point de vue scientifique indépendamment de toute attache émotionnelle ou historique à cette *landmark case* du droit constitutionnel américain :

---

<sup>140</sup>, Ph. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND & S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2010.

Il est nécessaire d'analyser le raisonnement et de l'abandonner là où il nous déçoit, même s'il est sanctifié au vu de son âge et de sa dimension magique. Asseoir l'édifice sur les fondations fournies par Marshall revient ultimement à l'affaiblir [...] les piliers qu'il offre sont faibles et ainsi dangereux<sup>141</sup>.

Premièrement<sup>142</sup>, un acte contraire à la Constitution ne pourrait être appliqué du fait de la limitation constitutionnelle des fonctions gouvernementales, sans quoi les constitutions écrites seraient de simples « tentatives absurdes » de limitation d'un pouvoir qui ne pourrait l'être « par nature<sup>143</sup> ». Ainsi, un rapport hiérarchique entre deux normes se traduit par l'évincement de la norme inférieure contraire, solution que Bickel ne conteste pas. Il ne se focalise en effet pas sur le principe d'une hiérarchie des normes au profit de la Constitution, mais sur l'autorité légalement habilitée à opérer ce contrôle. Une contradiction de la norme supérieure par la norme inférieure est en effet rarement manifeste et nécessite un effort d'interprétation, or Marshall ne répondrait que « partiellement » et « légèrement » à cette question centrale<sup>144</sup>. L'argument officiel d'une impossibilité d'une autolimitation du Congrès serait peu pertinent, dans la mesure où l'organe législatif ne serait pas le seul à être limité constitutionnellement. La Cour le serait tout autant. Lui confier le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'actes infraconstitutionnels serait ainsi tout aussi absurde, d'autant plus qu'elle ne serait pas soumise au processus électoral. Marshall ne justifierait en rien l'octroi d'un tel pouvoir à la Cour. Il serait envisageable de confier à chaque branche un pouvoir d'interprétation de la Constitution dans le champ de ses fonctions.

Deuxièmement<sup>145</sup>, bien que l'existence d'une Cour suprême soit prévue à l'article III de la Constitution américaine et que ses compétences soient encadrées, cela n'inclut pas automatiquement le *judicial review* dans le champ de ses compétences. Cet article III ne dresserait que la liste des compétences matérielles de la Cour, sans préciser les leviers d'action de cette dernière.

Troisièmement, selon Marshall, l'article VI de la Constitution dispose que les juges doivent être soumis à la Constitution et la faire respecter. Ainsi, il serait « immoral » de ne pas leur octroyer le pouvoir d'invalider une loi contraire à la Constitution. Pour Bickel, cet argument du serment

---

<sup>141</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 2 : « It is necessary to analyze the reasoning and to abandon it where it fails us, however hallowed by age and incantation. For to rest the edifice on the foundation Marshall supplied is ultimately to weaken it [...] the props it provides [are] weak, and hence dangerous ».

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 3-4.

<sup>143</sup> Supreme Court of the United States, 5 US 137, *Marbury vs Madison* (1803), opinion de la majorité délivrée par Chief Justice Marshall, p. 177.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>145</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 5-7.



serait « l'argument textuel le plus fort contre lui »<sup>146</sup>, dans la mesure où les juges ne sont pas les seuls à prêter ce serment.

Ce résumé de ces failles décelées par Bickel dans le raisonnement de Marshall fait écho à des critiques déjà formulées par certains auteurs dont Thayer qui écrivait dès 1893 :

Dans la mesure où les fondements de ce pouvoir remarquable sont trouvés dans le simple fait que la constitution est écrite, ou que les juges prêtent serment pour la soutenir, ils sont plutôt inadéquats. Ni la forme écrite [de la Constitution] ni le serment des juges n'impliquent nécessairement le droit de renverser, supplanter ou ne pas prendre en compte toute action de la législature ou de l'exécutif que ces départements ont compétence constitutionnelle d'adopter<sup>147</sup>.

### B. Sa postérité

La décision *Marbury vs Madison* façonna l'appréhension ultérieure de la Constitution et du *judicial review* par la doctrine, jugée faible sur le plan analytique par Bickel. Bien que ses critiques acerbes ne soient pas le cœur de sa pensée, elles semblent importantes en ce qu'elles offrent un éclairage de sa vision de la Constitution et de la fonction de la Cour suprême. Cette causalité, entre *Marbury vs Madison* et les simplicités doctrinales postérieures, est clairement explicitée par Bickel :

*Marbury vs Madison* exerce une attraction magnétique énorme. C'est, après tout, un grand évènement historique, une victoire célèbre [...] Cette décision est sanctifiée. Elle est l'objet de révérence. Si elle était une réalité physique [...] elle serait une attraction touristique [...] Ce n'est pas complètement surprenant que la plupart d'entre nous tende souvent à oublier les défauts du raisonnement. Et ainsi [...] nous sommes témoins de régressions ataviques aux simplicités de *Marbury vs Madison*, à ses concepts de constitution s'appliquant par elle-même et de fonction de *judicial review* évidente en elle-même. C'est un aspect d'un phénomène auquel le droit dans son entier [...] est souvent sujet. Les juges et les juristes ont l'impression de ressentir, de façon récurrente, qu'ils trouvent le droit plutôt qu'ils ne le créent<sup>148</sup>.

Selon cette vision, la Constitution aurait une signification objective que le juge découvrirait. Elle serait un « instrument de mesure » clair et univoque permettant d'évaluer, en toute objectivité, la constitutionnalité de la mesure litigieuse. Une application mécanique du syllogisme, comparant deux normes objectives, serait le guide du contrôle de constitutionnalité. Bickel apparaît ici intraitable dans son examen de ces simplicités qui « découlent directement » de *Marbury vs Madison*<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>147</sup> J. THAYER, « The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law », article cité, p. 130.

<sup>148</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 74.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 77.

Selon lui, la Constitution serait au contraire – mises à part les dispositions techniques explicites – un texte au contenu indéterminé. La signification du texte évoluerait ainsi au travers de l'interprétation. Loin de prôner une création judiciaire du droit détachée de toute contrainte, Bickel pense cette marge de manœuvre de la Cour dans une relation de dialogue impliquant les branches politiques et la population. Les *Justices* devraient ainsi suivre un modèle de comportement particulier pour dégager ces principes (voir *infra*), faire preuve d'ouverture d'esprit tout en appliquant les principes face à l'opportunité politique. Ce n'est que, grâce à cette absence de signification immuable des dispositions constitutionnelles, que ce processus d'évolution est envisageable et compatible avec les aspirations démocratiques.

Ce dépassement de l'argument traditionnel conduit Bickel à actualiser la réflexion sur les fondements du contrôle de constitutionnalité pour la société américaine du XX<sup>e</sup> siècle (II).

## II. À la recherche d'une justification actualisée

L'autre vice majeur de la décision *Marbury vs Madison* serait qu'elle ne reflète plus l'exercice actuel du contrôle de constitutionnalité. En effet, les « piliers » fondés par Marshall « soutiennent une structure qui n'est plus celle que nous voyons aujourd'hui »<sup>150</sup>. Cependant, cette jurisprudence continuerait à exercer, avec les affaires *Martin vs Hunter's Lessee* (14 US 304, 1816) et *Cohens vs Virginia* (19 US 264, 1821), une grande influence malgré les critiques sporadiques formulées à son encontre. Cette admiration des rédacteurs de la Constitution, qui auraient envisagé le contrôle de constitutionnalité, et la survivance de ce contrôle au travers des siècles l'auraient inscrit dans le marbre. Une vision orthodoxe ne questionnerait ainsi pas cette tradition et continuerait à suivre ces dictats du passé. Bien que ne niant pas l'intention des rédacteurs sur ce point, Bickel rappelle l'absence de devoir d'obéissance à ce passé et appelle à une réévaluation de cette institution selon les idées actuelles :

Le *judicial review* est un instrument de gouvernement actuel. Il représente un choix que des hommes ont fait et nous devons le justifier ultimement comme un choix de notre propre temps<sup>151</sup>.

Il affirme ainsi clairement sa démarche :

Nous recherchons une justification au-delà de l'assistance de l'histoire ou de la continuité de la pratique. La recherche doit s'orienter vers une fonction qui peut (ou plus exactement doit) impliquer la création de politique, mais qui diffère des fonctions législative et exécutive, qui est particulièrement adaptée aux capacités des cours, qui ne pourra probablement pas être remplie ailleurs si les cours ne l'assument pas, qui peut être exercée de sorte d'être acceptable dans une société qui partage

---

<sup>150</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 16 : « *Judicial Review is a present instrument of government. It represents a choice that men have made, and ultimately we must justify it as a choice in our own time* ».

généralement la satisfaction du juge Hand pour le “sens de l’engagement commun”, qui sera efficace au besoin ; et [une fonction] dont la prise en charge par les tribunaux ne dégradera pas la qualité de la performance des autres départements en les privant de la dignité ou de la charge de leur propre responsabilité<sup>152</sup>.

Bickel justifie ainsi la démarche de proposition d’une théorie de *judicial review* éclairée par la pratique institutionnelle de la Cour suprême de son époque, afin de refléter la réalité de ce contrôle pour mieux le justifier. Avant d’expliciter le versant prescriptif de son œuvre (partie 2), il semble nécessaire de poser les clés de compréhension de sa théorie du *judicial review*, de ses postulats de base (section 2).

### *Section seconde : Les caractéristiques du judicial review*

Le modèle de *judicial review* proposé par Bickel apparaît tout en nuance, et nécessite un examen préalable des éléments de base nécessaires à la compréhension de la dimension prescriptive de son œuvre. La grille de lecture proposée ici est duale et s’articule autour de deux idées centrales : son modèle tente d’allier certains éléments en apparence antagonistes (I) tout en inscrivant la Cour dans la globalité du système (II).

## **I. Un contrôle de constitutionnalité en équilibre entre valeurs et démocratie**

Une fois l’épuration du passé opérée, Bickel propose un modèle de *judicial review* en tension constante, devant concilier des éléments en apparence antagonistes : la protection d’une moralité issue de la tradition et la défense d’un *self-government* démocratique. Il insiste alors sur la place des valeurs (A), pour ensuite justifier leur compatibilité avec les aspirations démocratiques (B).

### *A. Des valeurs ancrées dans la tradition*

Livrant sa vision subjective de ce que serait une « bonne » société, Bickel exalte le rôle des valeurs. Ces dernières imprègnent le monde social et institutionnel, couvrant l’ensemble des domaines d’action de la vie humaine. Leur place centrale découlerait de la nature de l’homme qui, par nature, de façon instinctive et en dehors de toute éducation, valoriserait leur place au sein de la société. Une société en étant dépourvue deviendrait intolérable :

Une politique dénuée de valeurs et des institutions dénuées de valeurs n’ont ni honte ni vergogne et la nature de l’homme est, qui plus est, telle

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 24.

que l'homme les trouve, ainsi que la vie sous leur [empire], insupportables<sup>153</sup>.

Ainsi :

Pour survivre, être cohérente et stable, et pour répondre aux demandes des hommes, une société civile doit être fondée sur des valeurs morales<sup>154</sup>.

Cette insistance sur les valeurs fait écho à plusieurs écoles de pensée, tant contractualiste que conservatrice. Dans *The Morality of consent*<sup>155</sup>, œuvre posthume regroupant différents essais de Bickel, ce dernier fait état de sa philosophie politique et semble vivement critiquer la première, en s'autodécrivant comme « Whigh du dix-huitième siècle au sens britannique ». Il oppose ces deux traditions dominantes de la pensée politique occidentale : la vision « contractualiste » de penseurs comme Locke et Rousseau, et la pensée conservatrice qu'il associe à Burke et dont il se revendique<sup>156</sup>. Cette opposition le conduit à dégager les principales caractéristiques de ces deux courants.

Le modèle contractualiste est abstrait, moral et prétend poser un ordre juridique au travers de la raison humaine. Les valeurs seraient ainsi déduites logiquement, et seraient appliquées sans compromis. Le théoricien prend le pas sur le factuel.

Bickel se détache de cette vision, soulignant qu'il est préférable de faire preuve de pragmatisme plutôt que d'absolus moraux. Le système de gouvernement est légitime et durable s'il sait prendre en compte l'évolution constante des composantes sociales et s'inscrire dans la réalité. Ainsi, les valeurs se découvrent par l'examen du passé<sup>157</sup>, bien que ce dernier ne soit qu'un « guide provisoire<sup>158</sup> ». Le passé et la tradition sont sources de valeurs actuelles, la société étant avant tout un « créature de son passé » constituée « mystérieusement<sup>159</sup> ». Les mots de Bickel font ici clairement écho à la pensée burkienne, notamment à sa critique de l'abstraction de la Révolution française et à son admiration de la Glorieuse révolution britannique dans ses *Réflexions sur la Révolution en France* (1790). Bien qu'avant tout œuvre de circonstances et porteuse de certaines contradictions<sup>160</sup>, l'œuvre de Burke

---

<sup>153</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 24: « A valueless politics and valueless institutions are shameful and shameless and, what is more, man's nature is such that he finds them, and life with and under them, unsupportable ».

<sup>154</sup> BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 23 : « To survive, be coherent and stable, and answer to men's wants, a civil society has to rest on a foundation of moral values ».

<sup>155</sup> Vision principalement développée dans son essai « Constitutionalism and the Political Process », retranscrit dans *The Morality of Consent*, op. cit., p. 3-30.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p. 3 : « [Cette tradition] est souvent appelée conservatrice, et je l'associerais principalement à Edmund Burke. Elle est mon modèle ».

<sup>157</sup> A. KRONMAN, « Alexander Bickel's Philosophy of Prudence », article cité, p. 1603.

<sup>158</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 24.

<sup>159</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 20.

n'en demeure pas moins une source importante de la pensée conservatrice du dix-huitième siècle. La constitution ne se fabrique pas de toute pièce, elle évolue lentement face aux circonstances. Un absolutisme abstrait des valeurs serait néfaste, le reflet infidèle de la réalité.

Bickel transpose ce raisonnement à la société américaine du vingtième siècle et critique la guerre du Viêt-Nam, devenue progressivement erronée tant dans ses principes que dans ses conséquences :

Les graines de la décadence existent au sein même des idéologies, dans leurs prétentions à l'universalité, dans leurs attaques présomptueuses de la variété et du caractère indomptable de la condition humaine<sup>161</sup>, dans l'impérialisme intellectuel et émotionnel de concepts tels que la liberté, l'égalité, et même la paix<sup>162</sup>.

En effet :

Notre problème, comme celui de Burke, est que nous ne pouvons ni ne devrions gouverner, en nous soumettant aux dictats de théories abstraites et que, nous ne pouvons pas vivre, et encore moins gouverner, sans "règle uniforme et plan de vie", sans principes, bien qu'ils soient reconnus provisoirement et avec scepticisme<sup>163</sup>.

Cette mise en avant des valeurs peut sembler nuancer les idéaux démocratiques défendus par Bickel dans sa conceptualisation de la difficulté contre-majoritaire, mais l'auteur insiste sur la complémentarité de ces deux idées (B).

### B. La conciliation au travers du *judicial review*

L'insistance sur les valeurs pourrait en apparence venir gommer le droit à l'autodétermination des citoyens, en ce qu'elle leur impose un certain comportement moral dont ils ne peuvent se détacher sous peine d'une dégénérescence d'une bonne société en un gouvernement d'intérêts.

Bickel combine cependant ces deux dimensions, morale et démocratique. Cette association transparaît des notions de « *moral self-government*<sup>164</sup> » ou encore de « *morality of consent* ». Il n'y aurait profondément aucune contradiction entre ces deux éléments, dans la mesure où la nature des hommes les conduirait à prendre en compte ces valeurs. Le processus démocratique ne ferait que transmettre cet attachement aux représentants politiques. Or, les représentants sont guidés par l'opportunité et par des réflexions de court terme (voir *infra*), et peuvent ainsi délaisser les valeurs. Le *judicial review* existe alors pour rétablir cet équilibre et élever moralement les citoyens. Il allierait ainsi les deux aspirations

---

<sup>160</sup> J. TOUCHARD, *Histoire des idées politiques*, tome 2 : *Du XVIII<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 3<sup>e</sup> édition, 2012, p. 478-482.

<sup>161</sup> Le terme anglais de « *unruliness of the human condition* » souligne l'impossibilité de cadrer, de réglementer l'être humain.

<sup>162</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>164</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 200.

majeures de toute société « mature ». Certes, l'impulsion proviendrait de la Cour (*top-down*), mais le peuple y consentirait naturellement et exprimerait ses valeurs au travers de la tradition. Contrairement à Bickel, la démocratie dualiste du professeur Ackerman renforce le rôle des citoyens face à une Cour qui préserverait simplement les réussites populaires acquises lors des grands moments de mobilisation. Il n'appartient pas au juge de guider les citoyens vers les valeurs, le processus étant plutôt ascendant et d'origine populaire (*bottom-up*)<sup>165</sup>.

Cette vision de base de Bickel imprègne toute sa théorie et explique l'équilibre précaire qui doit être préservé par la Cour suprême : elle ne doit pas heurter les aspirations démocratiques du peuple tout en le guidant vers une plus grande moralité. Les principes semblent alors être le point de contact entre les valeurs et la justice constitutionnelle, cette dernière les juridicisant pour ensuite les intégrer dans son contrôle de constitutionnalité et les transmettre au processus politique. D'autres universitaires, comme Wechsler, ont au contraire adopté une vision différente des principes en les détachant de toute considération morale. Ainsi, les principes de Wechsler ne seraient qu'un « test intellectuel de base destiné à s'assurer de l'intégrité du raisonnement juridique<sup>166</sup> ».

Comprendre le modèle de *judicial review* de Bickel nécessite également d'explicitier sa vision de la Cour dans un système unifié (II).

## II. L'approche « globale » de la Cour

Son analyse semble globale et ne pas compartimenter à l'excès les phénomènes en les appréhendant davantage dans un schéma d'ensemble. Son étude de la Cour suprême semble répondre à cette dynamique: elle est étudiée comme partie d'un ensemble plus large, d'un système de gouvernement articulé autour d'une séparation non rigide des pouvoirs (A) ; et l'*adjudication* constitutionnelle est décrite comme un processus dépassant la simple étude des dispositifs et motifs de la jurisprudence constitutionnelle (B).

### A. Une séparation non rigide des pouvoirs

Bickel souligne qu'il ne faudrait pas comprendre les actions de la Cour en dehors des interactions entre les branches et du système institutionnel général. Toute étude pertinente de la Cour suprême – et plus largement du droit constitutionnel institutionnel – suppose une vision souple du principe de séparation des pouvoirs :

Il n'est pas utile d'adopter une vision mécanique de la séparation des pouvoirs. On peut se référer à la machine gouvernementale, mais on ne doit pas [...] penser que c'est réellement une machine. Les fonctions ne peuvent pas et n'ont pas besoin d'être compartimentées de façon rigide.

---

<sup>165</sup> B. ACKERMAN, *We the people*, tome 1: Foundation, *op. cit.*, p. 139.

<sup>166</sup> R.F. NAGEL, « Principle, Prudence, and Judicial Power », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 14.



La Cour déclenche souvent une prise en compte des problèmes de principes les plus complexes par les autres branches, les engageant dans des dialogues et des “lectures à deux voix” (voir *infra*); et parfois la conversation est initiée en face et est peut-être moins polie. Notre gouvernement se compose d'institutions distinctes, mais l'effectivité de l'ensemble dépend de leur implication les uns envers les autres, de leur intimité, même si cette intimité est souvent l'intimité moite de créatures enfermées dans un combat<sup>167</sup>.

Le modèle de Bickel, loin de vouloir réduire le rôle de la Cour suprême à une peau de chagrin, tend au contraire à défendre son rôle dans un processus politique global. Son rôle serait justifié par la plus-value qu'elle apporte au processus existant, en y introduisant des valeurs au travers de son interprétation de la Constitution (voir *infra*). La Cour serait ainsi l'égale des autres branches : elle ne serait ni supérieure (l'absence de suprématie judiciaire s'expliquant par la possibilité d'un renversement d'une jurisprudence par une décision démocratique), ni inférieure. Certains ont alors décrit son modèle de *juricentric*, en ce qu'il est fondé sur une vision d'une Cour indépendante dotée d'un rôle égal à celui des branches politiques<sup>168</sup> ; contrairement à d'autres auteurs concevant la Cour comme ayant avant tout un rôle secondaire (*policentric*)<sup>169</sup>. Sur ce point, la pensée de Bickel fut modifiée par de nouveaux courants minimalistes qui, bien qu'ayant adopté un minimalisme semi-procédural dans la lignée de Bickel (voir *infra*), ont conçu la Cour comme avant tout une menace à l'autorité prétendument plus légitime des autorités politiques élues. Ainsi le professeur Sunstein critique cette égalité de rôle défendu par Bickel, lui reprochant de considérer que la Cour aurait « systématiquement » une meilleure compréhension des principes que les autres branches<sup>170</sup>. La déférence de la Cour face aux institutions politiques défendue par Bickel serait ainsi d'une nature particulière :

Bickel défendait une déférence judiciaire face à la politique dans la prise de décision constitutionnelle, mais une déférence d'un type particulier, une déférence holistique –au système politique comme un tout dont la Cour était une partie vitale et égale<sup>171</sup>.

---

<sup>167</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>168</sup> Définition donnée par C. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 46. Une définition similaire est donnée par R.C. POST & Reva B. SIEGEL, « Protecting the Constitution from the People : Juricentric Restrictions on Section Five Power », *Indiana Law Journal* 78, (2003), insistant davantage sur le monopole d'interprétation de la Constitution dont dispose la Cour (p. 2).

<sup>169</sup> PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>170</sup> C. SUNSTEIN, *One case at a time*, cité par . PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>171</sup> *Ibid.*

Il évalue alors la légitimité de la Cour suprême face à la difficulté contre-majoritaire en la replaçant dans le système pris comme un tout. Cette vision généraliste se retrouve dans son appréhension de l'*adjudication* constitutionnelle comme processus (B).

### *B. L'adjudication constitutionnelle comme processus*

Bickel appréhende le *judicial review* avant tout comme un processus, qu'il ne faudrait pas réduire au résultat de l'affaire concrète. L'étude doit ainsi dépasser le dispositif et les motifs de la décision, et concerner l'ensemble : la saisine, le raisonnement, le résultat. Cela explique pourquoi il prête attention à la phase de préjugement au travers de vertus passives (quand la Cour prend position sur la nécessité de trancher le fond de l'affaire), à la phase hors-jugement où la Cour se forge une opinion au travers d'un colloque, au raisonnement constitutionnel conduisant à la décision, et enfin à la décision finalement adoptée. Cette précision d'analyse permet ainsi de comprendre en profondeur la justice constitutionnelle, et de ne pas réduire de façon simpliste, ce phénomène à la décision de fond.

Au prisme de cette grille de lecture, quel modèle de *judicial review* propose-t-il pour résoudre la difficulté contre-majoritaire? Comment la Cour devrait-elle se comporter et raisonner pour encourager la démocratie, tout en participant activement à l'injection de valeurs et de principes dans la société au travers du processus de contrôle de constitutionnalité? (seconde partie)

## SECONDE PARTIE

### UNE ŒUVRE PRESCRIPTIVE - UN MODÈLE DE *JUDICIAL REVIEW* CONCILIABLE AVEC LA THÉORIE ET LA PRATIQUE DÉMOCRATIQUES

La difficulté contre-majoritaire serait résolue par la distinction – mais aussi la complémentarité – de deux temps dans le raisonnement constitutionnel. Le premier temps met en lumière le rôle de la Cour dans un contexte politique : la Cour doit décider d'intervenir ou de ne pas intervenir, et faire usage, si cela est nécessaire, des vertus passives pour ne pas influencer le processus politique. Le second temps met quant à lui en lumière le rôle de la Cour dans un contexte juridique : quand elle décide de trancher l'affaire au fond, elle doit déployer tout son pouvoir et juger sur la base de principes.

Cette dichotomie temporelle détermine le positionnement de la Cour, cette dernière devant adopter une démarche différente selon qu'elle se situe dans le temps politique (chapitre 1), ou dans le temps juridique (chapitre 2). Bickel allie ainsi deux éléments qui semblent, pour la doctrine actuelle, antagonistes : la retenue judiciaire dans la décision de trancher au fond, et l'exigence d'un jugement basé sur les principes. Ces deux versants sont conciliés, et c'est justement cette conciliation qui permettra, selon Bickel, de résoudre la difficulté contre-majoritaire. La doctrine postérieure semble au contraire adopter un raisonnement exclusif, en ce qu'elle opte alternativement pour l'une ou l'autre solution.

#### *Chapitre premier : La Cour suprême dans le temps politique : la collaboration au processus politique.*

Bickel clarifia le recours de la Cour aux techniques d'évitement, qu'il décrit comme les « vertus passives » (section 1). Il défend ainsi une forme de *judicial restraint* ancrée dans une dynamique procédurale (section 2).

#### *Section première : La défense originale des vertus passives*

La Cour, institution confrontée aux nombreuses facettes de la vie publique américaine, doit s'impliquer dans la protection de la moralité de la société, tout en ne dégénéralant pas en « gouvernement platonique<sup>172</sup> ». Les « vertus passives<sup>173</sup> », ces techniques procédurales destinées « à ne pas décider<sup>174</sup> », sont pour Bickel le moyen de concilier un règne effectif des principes et l'autonomie de volonté reconnue aux citoyens en démocratie.

---

<sup>172</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 200.

<sup>173</sup> A. BICKEL, « The Supreme Court 1960 Term. Foreword: the Passive Virtues », *Harvard Law Review*, 75, p. 40-79 (1961), repris dans *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 111-198.

<sup>174</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 112.

Loin de faire l'objet d'une approbation générale, ces techniques d'évitement sont peu connues, peu visibles, en ce qu'elles se traduisent pas un « avortement » de l'affaire à son stade le plus initial, celui de leur justiciabilité. Frappées d'un « discrédit » certain, Bickel souhaite les réhabiliter, les « rénover » et mettre à jour leur valeur dans l'exercice de la justice constitutionnelle. Ce nouveau départ est l'occasion pour lui de retracer les évolutions historiques de ces refus de juger, trouvant leur source principalement dans deux évènements antérieurs à *Marbury vs Madison* : la résistance des *Justices* face à la loi du 23 mars 1792 au vu du caractère non administratif et de dernier ressort des décisions de la Cour ; et leur réponse courtoise, mais ferme, à la demande du Président Jefferson du 18 juillet 1793 d'interpréter les traités<sup>175</sup>.

Bickel actualise la réflexion, en explicitant les atouts de cette démarche. L'intérêt de cette dernière apparaît double, alliant les bienfaits d'une abstention de la Cour (I) à une dynamique davantage active, la Cour employant ce procédé pour initier un « colloque » démocratique (II).

## I. Le versant passif

Selon Bickel, la non-action de la Cour est justifiée (A), et peut être catégorisée (B).

### A. La légitimité de l'abstention

Par sa défense des vertus passives, Bickel rompt avec la position « dogmatique » de Marshall développée dans *Cohens vs Virginia* dans la lignée de *Marbury vs Madison*, selon laquelle toute affaire constitutionnelle est justiciable et doit être tranchée. L'abstention de la Cour dans l'hypothèse d'une affaire relevant de sa compétence serait une « trahison de la Constitution », et aussi inadmissible qu'une « usurpation » de compétence<sup>176</sup>. Au contraire, Bickel laisse une marge de manœuvre à la Cour : elle n'a pas – et ne devrait pas – systématiquement trancher l'affaire soumise à sa juridiction, comme l'illustre la doctrine connue des questions politiques<sup>177</sup>. En effet, tout jugement a un impact sur le processus démocratique et témoigne de l'emprise de la Cour sur le futur. Cette influence, centrale à la justification même d'une justice constitutionnelle injectant des valeurs dans la prise de décision politique, n'est pas toujours souhaitable. Cette dernière altère indéniablement les équilibres politiques, que les *Justices* déclarent l'inconstitutionnalité ou la constitutionnalité de la mesure. La reconnaissance de la conformité d'une mesure à la Constitution l'ancre dans le temps et peut s'avérer tout aussi néfaste qu'une déclaration d'inconstitutionnalité. Selon Gunther, « ce spectre de légitimation hante

---

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 112-114, ils refusent d'interpréter les traités conclus par les États-Unis malgré l'aide que cela pourrait constituer pour la branche exécutive mal à l'aise dans cet exercice d'interprétation.

<sup>176</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 117, citant Marshall.

<sup>177</sup> A. BICKEL qualifie la doctrine des questions politique de vertu passive, voir *ibid.*, p. 125.

incessamment Bickel. C'est pour exorciser ce fantôme qu'il tâtonne avec sa solution de «ne rien faire»<sup>178</sup> ».

En réalité, il ne faudrait pas adopter une vision étriquée de l'exercice de la justice constitutionnelle et comprendre plutôt que ce dernier est tripartite : la Cour peut censurer la mesure, la légitimer ou ne rien faire<sup>179</sup>. La dernière alternative serait une solution positive face à la légitimation d'une loi « hautement déplaisante ou probablement malintentionnée » ou face à une censure « inintelligible » car non raisonnée<sup>180</sup>. Certaines circonstances – telles que l'absence d'une décision claire des autorités politiques ou l'intensité du conflit de valeurs au sein de la société – doivent conduire la Cour à employer les techniques d'évitement, sans que cette inaction équivaille à un déni de justice. Il est certain que l'injusticiabilité de l'affaire est une véritable « épreuve » infligée au requérant. Elle demeure cependant justifiée au vu de la nature particulière de la Cour suprême face aux cours inférieures<sup>181</sup>. Les tribunaux de compétence générale intervenant au niveau inférieur sont en effet les « agences premières du règlement pacifique des différends ». L'obligation de jugement leur étant imposée serait nécessaire, son alternative étant le « chaos »<sup>182</sup>. Au contraire, la Cour suprême n'intervient que dans un second temps et en complément :

La Cour suprême siège dans les affaires constitutionnelles pour rendre un jugement additionnel et fondé sur des principes, sur ce qui a déjà fait l'objet d'un premier jugement rendu avec l'autorité [de la chose jugée]. Ses interventions sont par hypothèse exceptionnelles et limitées et existent, non pour prévenir le chaos, mais pour réviser un ordre préexistant qui est sinon viable et auquel on était arrivé par des processus plus normaux. La fixation sur un droit individuel au jugement de la Cour suprême est, par conséquent, largement sujette à question<sup>183</sup>.

La Cour ne violerait ainsi pas son devoir constitutionnel en ne décidant pas, et pourrait alors pleinement s'inscrire dans son environnement en se projetant tant en amont qu'en aval de sa décision. En amont, la Cour s'assure d'une prise de décision claire de la part des autres branches, afin de ne pas se substituer à elles dans les choix politiques. En aval, la Cour anticipe les conséquences de sa décision. Elle devrait agir en sorte de s'assurer du consentement des destinataires (voir *infra*), et prévenir d'éventuels troubles à l'ordre public. Les vertus passives apparaissent alors comme un atout majeur dans les cas où ni la censure ni la légitimation de la mesure ne sont envisageables, comme l'illustre l'affaire *Naim vs Naim* (1955) : « *Naim vs Naim* est connue comme l'affaire de la Cour qui ne

---

<sup>178</sup> G. GUNTHER, article cité, p. 7.

<sup>179</sup> BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 69, reprenant l'expression « fonction de légitimation » de Charles L. Black.

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 174-175, elles servent la qualité d'une décision fondée sur des principes.

<sup>181</sup> BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 173.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 173.

l'a jamais été<sup>184</sup> ». Cette décision, source d'importants débats doctrinaux sur le jugement d'opportunité qu'elle représenterait<sup>185</sup>, a pu faire l'objet de critiques vives. Bickel, au contraire, loua cette décision en soulignant le réalisme dont ont fait preuve les *Justices*<sup>186</sup>. Ces derniers ont choisi de concilier la stabilité locale et le principe de déségrégation, en s'abstenant de trancher. La sécurité est maintenue, le principe préservé. Les vertus passives sont ainsi le compromis par excellence pour se maintenir en tension :

Un jugement légitimant de telles lois aurait été impensable, au vu du principe reconnu dans les affaires sur la déségrégation des écoles et les décisions prises dans leur continuité. Mais aurait-il été sage, à un moment où la Cour venait de prononcer son nouveau principe d'intégration, quand elle faisait l'objet d'attaques calomnieuses d'hommes qui prédisaient que l'intégration des écoles conduirait directement à une "bâtardisation de la race" et que c'était le résultat que la Cour avait réellement voulu ; aurait-il été sage, à ce moment-là, dans la première affaire de cette sorte, concernant un problème sur lequel la communauté noire dans sa totalité n'insistait pas fortement [...] de déclarer que les États ne peuvent pas interdire le mariage interracial<sup>187</sup> ?

L'intérêt des vertus passives étant affirmé, Bickel en offre ensuite une classification (B).

### *B. La classification des vertus passives*

#### *La classification*

Réel catalogue des différentes techniques procédurales d'évitement, *The Least Dangerous Branch* offre un panorama riche de la jurisprudence de la Cour suprême. Bickel tente, une fois de plus, d'ancrer sa théorie dans le droit positif afin de prouver l'importance des vertus passives dans le maintien de l'influence de la Cour suprême. Il procède ainsi en deux temps : il répertorie les différents moyens à la disposition de la Cour pour ne pas trancher le fond de l'affaire, puis illustre chaque élément par la jurisprudence récente. L'hétérogénéité des différents moyens labellisés comme « vertu passive » complexifie la compréhension de ce mécanisme. Cette catégorie recouvre en effet des éléments de différentes natures : des « instruments », « méthodes », « concepts », « doctrines », « techniques<sup>188</sup> ». Ces éléments retrouvent simplement une unité dans leur finalité : « se

---

<sup>184</sup> R. DELGADO, « Naim vs Naim », 12, *Nevada Law Journal*, 2012, p. 525: « *Naim vs Naim is famous as the case that never was* ».

<sup>185</sup> G.M. DORR, « Principled expediency: Eugenics, Naim vs Naim and the Supreme Court », *The American Journal of Legal History*, 42, 1998, p. 119-150 et p. 120, note 4.

<sup>186</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>187</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 169 : « *devices, methods, concepts, doctrines, and techniques* ».



débarrasser d'une affaire tout en évitant le jugement de la question constitutionnelle qu'elle soulève<sup>189</sup> ».

Le recensement de ces techniques démontre que le texte écrit de la Constitution n'encadre pas l'ensemble de ce phénomène. La section 2 de l'article III de la Constitution américaine dresse en effet simplement la liste des « affaires » et « différends » relevant de la compétence la Cour suprême<sup>190</sup>, sans détailler les caractères qu'une affaire doit revêtir pour prétendre relever du champ de compétence de la Cour. Bickel éclaire alors les différentes caractéristiques dont une affaire doit faire preuve pour que la Cour juge au fond. Dépassant une analyse purement formelle du texte de la Constitution, il adopte une vision large des vertus passives, les déduisant tant du texte constitutionnel que de la pratique institutionnelle de la Cour suprême. Il en dresse ainsi une liste assez longue : l'exigence d'une « affaire et différend » sur la base de l'article III de la Constitution (*cases and controversies*) supposant l'intérêt à agir (*standing*) et l'adversité (*adversity*), l'exigence de maturité de l'affaire (*ripeness of the issue*), la doctrine des questions politiques (*political question doctrine*), le rejet de l'appel (*dismissal of appeal*), le refus d'accorder un *writ of certiorari* (*denials of certiorari*), la désuétude de la mesure (*desuetude*), l'imprécision (*doctrine of vagueness*) et la doctrine de délégation (*delegation doctrine*).

Ne sera pas suivie ici une analyse linéaire des vertus passives, en définissant puis illustrant chacune d'entre elles. Seront privilégiés au contraire l'intérêt à agir, la désuétude de la mesure et la doctrine des questions politiques. Cette analyse ciblée permet d'appréhender les différents tenants et aboutissants des vertus passives, en éclairant les motivations diverses des *Justices* dans leur choix de ne pas trancher le fond de l'affaire.

### *L'intérêt à agir*

Tout d'abord, l'intérêt à agir (*standing*) met en avant l'exigence de concrétisation du litige, la Cour statuant exclusivement en contrôle *a posteriori*. Le requérant doit prouver avoir subi un préjudice particulier du fait de la mesure attaquée et ne pas se méprendre en pensant que la Cour serait le « forum pour une défense chevaleresque et désintéressée de la Constitution<sup>191</sup> ». L'intérêt abstrait d'être tenu informé du droit positif ne

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 169 : « *devices for disposing of a case while avoiding judgment on the constitutional issue it raises* ».

<sup>190</sup> Article III, section 2 de la Constitution américaine, trad. S. Rials et J. Boudon, *op. cit.*, p. 43 : « (1) le pouvoir judiciaire s'étendra à toutes les affaires en droit et en équité survenues sous l'empire de la présente constitution, des lois des États-Unis, des traités conclus, ou qui seraient conclus sous leur autorité ; à toutes les affaires concernant les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls ; à toutes les affaires d'amirauté et de juridiction maritime ; aux différends dans lesquels les États-Unis sont parties ; aux différends entre deux ou plusieurs États ; entre citoyens de différents États ; entre citoyens d'un même État réclamant des terres en vertu de concessions d'autres États [...] ».

<sup>191</sup> A. BICKEL citant Frankfurter, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 120 : « *the Court is not the forum for a chivalrous or disinterested defense of the Constitution* »

pourrait ainsi être qualifié d'intérêt à agir au sens de l'article III. Cette vertu passive illustre la capacité discrétionnaire de la Cour dans la détermination de l'affaire au fond et ce, à deux égards.

Premièrement, le fait que la condition de l'intérêt à agir soit remplie (*pure standing*) n'impose pas automatiquement un jugement au fond de l'affaire. La Cour pourra opter pour une appréciation plus large de l'intérêt à agir, et ainsi prendre en compte des considérations liées (*impure elements of standing*) telle que la maturité de l'affaire (*ripeness*). La Cour reportera alors le jugement au fond, afin que toutes les conséquences de la loi se manifestent et qu'ainsi le jugement constitutionnel soit informé et pertinent<sup>192</sup>. Les vertus passives contribuent ici à la qualité du jugement constitutionnel.

Secondement, la Cour peut apprécier l'intérêt à agir de façon variable et y rattacher son refus de trancher dans le cas où elle souhaiterait ne pas prendre position sur une affaire controversée. Un conflit violent de valeurs au sein de la société conduirait ainsi à l'abstention de la Cour, comme l'illustre la jurisprudence récente de la Cour suprême sur le mariage homosexuel<sup>193</sup>. Les Justices ne tranchent pas le fond de l'affaire, en qualifiant de non-remplie par les défenseurs de la proposition huit (*Prop 8*) la condition de l'intérêt à agir. *Chief Justice* Roberts, délivrant l'opinion de la Cour, évacue la question en soulignant l'absence de compétence légale des activistes pour élever le litige du fait de la non-action des autorités élues. Cette apparence de technicité laisse cependant place à une appréciation plus profonde du climat sociétal dans lequel la Cour intervient. Les premiers mots du *Chief Justice* Roberts ne peuvent être plus clairs :

Le public est en ce moment engagé dans un débat politique actif sur la question de savoir si les couples de même sexe devraient être autorisés à se marier<sup>194</sup>.

La vision de Bickel d'une Cour suprême consciente des réactions sociales à ses décisions, et détentrice d'un capital politique (voir *infra*) semble toujours d'actualité, les vertus passives demeurant une arme de défense de l'influence de la Cour. La Cour continue d'éviter les « *hot potatoes* » susceptibles de l'endommager institutionnellement<sup>195</sup>.

### *La désuétude*

Ensuite, la Cour peut refuser de trancher au fond en cas de désuétude de la mesure (*desuetude*)<sup>196</sup>, dans le cas où une loi n'est plus appliquée mais

---

<sup>192</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 122-124

<sup>193</sup> Supreme Court of the United States, *Hollingsworth vs Perry*, 570 US (2013).

<sup>194</sup> Chief Justice Roberts, délivrant l'opinion de la majorité dans *Hollingsworth vs Perry* précitée, p. 1 : « *the public is currently engaged in an active political debate over whether some same-sex couples should be allowed to marry* ».

<sup>195</sup> S. LEVINSON, « *Why isn't declining a grant of certiorari sufficient as a "passive virtue"* : reflections on standing », 3 juillet 2013, *balking.blogspot.com*.

<sup>196</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 145-156.

survit dans l'ordonnement juridique du fait de l'absence de décision claire des autorités élues. Ce blocage du processus politique ne doit pas conduire à substituer la Cour aux organes politiques : la Cour intervient seulement au stade de la révision et non au stade de la décision initiale. Ainsi, dans l'affaire *Poe vs Ullman* (1961)<sup>197</sup>, la Cour refuse d'examiner l'appel lui étant soumis afin d'encourager les autorités politiques à se positionner face aux contraceptifs, à leur interdiction et à la sanction des conseils médicaux en ce sens. La loi, non appliquée, ne peut être décrite comme représentant la volonté des forces politiques dominantes et ne peut alors être soumise au contrôle de constitutionnalité. Ce dernier conduirait en effet les *Justices* à s'immiscer pleinement dans le processus politique, de façon inopportune, en tranchant non seulement la constitutionnalité de la mesure mais l'orientation politique en matière de contraception.

### *La doctrine des questions politiques*

Enfin, la Cour peut prendre en compte le domaine dans lequel la mesure litigieuse intervient, et se positionner en conséquent en s'abstenant de contrôler la conformité de cette dernière à la Constitution. La doctrine des questions politiques en offre l'exemple. Sur ce point, l'œuvre de Bickel a pu être décrite comme « l'analyse la plus poussée et éloquente de la question », en ce qu'il a proposé une « reformulation impressionnante des fondements » sur la base desquels la Cour peut refuser de trancher une question constitutionnelle<sup>198</sup>. La qualification même de cette doctrine par Bickel souligne l'originalité de sa vision. Contrairement à ce qu'on pu affirmer certains universitaires comme Wechsler, elle ne serait nullement une technique constitutionnelle d'interprétation contrainte par les canons de cet exercice, mais l'expression d'une discrétion totale de la Cour – contrairement à ce qu'ont pu affirmer certains universitaires comme Wechsler. Le « jeu de mot » de Wechsler visant à rationaliser les déclarations d'incompétence de la Cour en la matière gommerait, de façon critiquable, la différence intrinsèque entre cette vertu passive et les techniques d'interprétation – différence due à la flexibilité de la première et son ignorance des principes<sup>199</sup>. La Cour recourt à cette technique ultime d'évitement<sup>200</sup> dans les cas où elle « sent » son incapacité face à la question du fait notamment de l'étrangeté du problème rendant un jugement en principes impossible ou de l'importance capitale du problème déséquilibrant le jugement<sup>201</sup>. Si ces doutes sont d'une particulière intensité, la Cour devrait refuser de trancher cette question finalement inadaptée à toute

---

<sup>197</sup> Citée par A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 145, 367 US 497, affaire dans laquelle *ripeness* et *desuetude* sont présentes.

<sup>198</sup> M.E. TIGAR, « Judicial Power, the political question doctrine and foreign relations », article cité, p. 1135.

<sup>199</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 125.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 184.

« querelle de juristes<sup>202</sup> ». Ainsi, la reconnaissance de gouvernements étrangers ou l'abrogation unilatérale d'un traité sont autant de « questions politiques » extraites du champ d'action de la Cour.

Cette déférence face aux institutions politiques serait justifiée par la « nécessité mystérieuse » de maintenir une « zone désirable d'exercice de ce pouvoir discrétionnaire<sup>203</sup> ». Discrétionnalité ne devient nullement un exercice absolu de ce pouvoir indépendamment de toute limitation, la Cour restant maîtresse du contrôle de l'évaluation de cette nécessité. Le silence de la Constitution sur le périmètre des questions politiques ne fait que rendre cette qualification plus délicate, bien que le degré de politisation de certaines affaires rende l'abstention des *Justices* limpide. Bickel développe alors la jurisprudence de la Cour suprême sur le découpage électoral, et notamment l'affaire *Colegrove vs Green* (328 US 549, 1946)<sup>204</sup> où l'un de ses maîtres à penser, *Justice* Frankfurter, délivra l'opinion de la Cour. Cette question épineuse débouche sur un rejet de la demande des requérants prétendument sous-représentés, au vu de la nature politique de cette question. La Cour souhaite ainsi se maintenir en dehors de cette « compétition entre partis politiques », de ce « fourré politique<sup>205</sup> ». L'emploi de la doctrine des questions politiques n'est cependant pas immuable, dans la mesure où la Cour pourra toujours prendre position sur une question similaire au vu de l'absence de disposition constitutionnelle formelle prévoyant une compétence exclusive du Congrès en matière de découpage électoral. La déférence de la Cour face à ce problème du découpage électoral semble fluctuante. Malgré l'opinion dissidente de *Justice* Frankfurter défendant la position traditionnelle de retrait de la Cour, la Cour Warren réduisit le champ des questions politiques dans sa décision *Baker vs Carr* (1962)<sup>206</sup>. Elle y reconnaît la justiciabilité des contestations relatives au découpage électoral au vu du principe *one person one vote* (*Reynolds vs Smith*, 1964). Au contraire, certaines jurisprudences récentes considèrent qu'au vu de l'absence de standard juridictionnel clair permettant de trancher au fond les litiges sur le *gerrymandering*, la Cour ne peut les trancher au fond (*Vieth vs Jubelirer*, 2004)<sup>207</sup>. L'intervention de la Cour en la matière ne semble ainsi ni univoque, ni automatique.

En un mot, l'instinct de Bickel sur l'utilité des vertus passives demeure indémodable, et toujours employé par la Cour.

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>203</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 189 et s.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 190, citant Frankfurter.

<sup>206</sup> Supreme Court of the United States, *Baker vs Carr*, 369 US 186 (1962).

<sup>207</sup> Supreme Court of the United States, *Vieth vs Jubelirer*, 541 US 267 (2004), le *gerrymandering* étant une technique de découpage des circonscriptions électorales destinée à accorder l'avantage à un parti politique.

### *Le processus « politique » d'élection*

L'effort de théorisation de Bickel le conduit à différencier ces techniques selon qu'elles disposent en elles-mêmes d'une signification ou d'un contenu intellectuel particuliers<sup>208</sup>. Toutes ces techniques, mis à part le manque de maturité du problème constitutionnel (*ripeness of the issue*) qui est davantage un « label fourre-tout » malléable selon les affaires soumises à la Cour, ont un sens. Par conséquent, la Cour ne peut choisir, à sa guise, dans n'importe quelle affaire, la technique qu'elle souhaite employer pour ne pas examiner le fond de l'affaire. Certes, elles n'ont pas toutes la même rigidité d'emploi – le concept de désuétude sera plus fermé que le refus de *certiorari* – mais elles ne peuvent être interchangeables librement. Cet encadrement ne signifie pas pour autant que la Cour est totalement enserrée. Elle dispose souvent du choix entre plusieurs techniques et entre alors dans un « processus d'élection<sup>209</sup> ».

En opportunité, elle choisit si et comment ne pas trancher le fond de l'affaire. Le règne dans ce temps politique n'est pas celui des principes, mais celui de la Cour en tant qu'« animal politique » désireux de se maintenir au cœur de la tension entre principe et opportunité en ne tranchant pas le fond de l'affaire :

La Cour est capable de jouer la totalité de son rôle [...] en se maintenant elle-même dans la tension sur laquelle notre société prospère, car elle a à sa disposition les différentes techniques et instruments de [médiation] entre des [positionnements] ultimes de légitimation et d'invalidation [...] Il s'en suit que les techniques [...] ne peuvent pas en elles-mêmes être fondées sur des principes comme on pourrait l'attendre des décisions au fond. Elles marquent le moment où la Cour donne aux institutions politiques une liberté d'action et reste en dehors de la politique, et il n'y a rien de paradoxal à considérer que c'est là où la Cour est un animal politique par excellence<sup>210</sup>.

Cette discrétionnalité est cependant encadrée :

Mais ce n'est pas concéder une discrétion non canalisée, non dirigée, non agréée. Ce n'est pas concéder une décision découlant d'une pulsion, d'une intuition, d'un sentiment, d'une prédilection, inarticulée et déraisonnée<sup>211</sup>.

Les propos de Bickel semblent ambivalents sur ce point, dans la mesure où il ménage l'exigence de principes et de raison en tentant de rationaliser ce choix (certaines auraient un contenu qui limiterait leur emploi, la Cour aurait un pouvoir discrétionnaire encadré), mais reconnaît la nécessaire marge de manœuvre de la Cour au-delà de tout principe :

---

<sup>208</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 170.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 132-133 : « *But this is not to concede unchanneled, undirected, uncharted discretion. It is not to concede decision proceeding from impulse, hunch, sentiment, predilection, inarticulate and unreasoned* ».

On regarde avec fascination Bickel marcher sur la corde raide, manipuler ses techniques d'arrangement non-fondées sur des principes pour préserver un équilibre précaire. Mais il ne peut maintenir l'équilibre [...] L'effort est un échec<sup>212</sup>.

La politisation du choix prend le dessus et est certainement l'un des points les plus sensibles du modèle de Bickel, vivement critiqué en doctrine. Parfois décrites comme contradictoires face à sa vision d'une Cour suprême « leader de l'opinion », « professeur des citoyens » et protectrice ultime des principes (voir *infra*), les techniques d'évitement employées ont pu conduire certains auteurs à qualifier le modèle de Bickel de « *judicial non-review*<sup>213</sup> ». La Cour se cacherait derrière cette pléthore de techniques en toute opportunité, et serait maîtresse politique de sa compétence. Outre cette critique, d'autres ont remis en cause le fondement même des vertus passives<sup>214</sup>. Rappelons que pour Bickel, l'abstention serait justifiée en ce qu'elle offrirait une alternative préférable à une censure, et surtout à une légitimation de la mesure. La mauvaise interprétation de la non-inconstitutionnalité conduirait le peuple à faire confiance au prestige de la Cour, et ainsi à tolérer la mesure en croyant que les *Justices* approuvent la politique législative. Gunther se questionne alors, avec pertinence, sur la différence pour l'opinion publique entre une non-action de la Cour et une légitimation. Les vertus passives n'auraient-elles pas, finalement, la même conséquence sur la psychologie de l'opinion publique que les décisions de « légitimation », alors que cet effet était justement l'effet combattu ?

Au-delà d'une passivité certaine de la Cour dans l'emploi des vertus passives, ces techniques déclenchent une participation active de la Cour au processus démocratique au travers d'un colloque national sur les principes (II).

## II. Le versant actif.

Passivité ne rime pas avec immobilisme et inaction. Refusant de trancher le fond de l'affaire, la Cour initie un « colloque » (*colloquy*) avec des acteurs institutionnels (notamment la législature et les cours inférieures) et non-institutionnels (la population au sens large). La palette large des participants à ce colloque reflète la réalité du phénomène américain :

Le moment du jugement ultime n'a pas besoin d'arriver soudainement ou de façon désordonnée. Son moment et [ses] circonstances peuvent être contrôlés. Sur la voie du jugement, la Cour et le pays voyagent ensemble et croisent le chemin de doctrines moindres, passives et constitutionnelles, que j'ai cherché à décrire et évaluer. Au bout d'un certain temps, comme l'on vit avec le problème, la Cour ne travaille pas

---

<sup>212</sup> G. GUNTHER, article cité, p. 10 : « *One watches with fascination as Bickel walks his tightrope, as he manipulates his nonprincipled techniques of accommodation to preserve a precarious balance. But he cannot maintain the balance [...] the effort is a failure* ».

<sup>213</sup> M.E. TIGAR, « Judicial power, the “political question doctrine”, and foreign relations », article cité, p. 1141.

<sup>214</sup> G. GUNTHER, article cité, p. 7-8.



dans un état d'isolement pour deviner magiquement la bonne réponse. Elle a les moyens pour soutirer des réponses partielles et des réactions à d'autres institutions, et de tenter elle-même de formuler certaines réponses [...]. Dans ces colloques continus, la profession – la profession juridique pratique et enseignante – joue un rôle majeur [...] Mais dans la société américaine, le colloque va bien au-delà de cette profession et atteint en profondeur les lieux de formation de l'opinion publique<sup>215</sup>.

La Cour ne s'adresse pas aux mêmes groupes selon les vertus passives employées. Par exemple, les techniques d'évitement destinées à encourager une prise de décision politique claire en amont de tout jugement constitutionnel (notamment la désuétude et l'imprécision) s'adressent avant tout aux législatures ; alors que l'affaire *Garner vs Louisiana* (368 US 157, 1961) s'adresse aux cours inférieures (*trial courts*) dans la mesure où la question posée est plus restreinte et doit mûrir avant un jugement constitutionnel au fond<sup>216</sup>. La communication semble alors plus ou moins directe, selon la technique employée et selon les destinataires visés. Un refus de trancher pour désuétude sera un signal clair, alors que la communication s'avèrera plus tortueuse dans le cadre d'un colloque impliquant la nation toute entière. Dans cette hypothèse, la Cour pourra user de ses « ressources rhétoriques » afin d'expliquer le principe et en « faire l'éloge »<sup>217</sup>, notamment au travers des opinions dissidentes. Les *Justices* envoient ainsi une information aux médias, afin de tester l'opinion publique à l'instar des *trial balloons*<sup>218</sup> employés en politique<sup>219</sup>. Les événements organisés par la Cour et ouverts au public (telles que les cérémonies ou les visites scolaires et touristiques de la Cour)<sup>220</sup> sont également un atout précieux dans le processus de diffusion des principes. Le principe deviendra progressivement familier, ce qui ouvrira la voie à un jugement constitutionnel de fond le reflétant.

Ce laps de temps né du report de la décision au fond est l'occasion d'un dialogue constructif sur les principes au sein de la société. Cette discussion est rendue possible par le fait que les principes ne sont pas immuables mais sujets à une actualisation et à un renouvellement :

Le principe peut être un guide universel mais non une contrainte universelle, une marge de manœuvre est ouverte à l'opportunité sur le

---

<sup>215</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 240.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 179-180.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>218</sup> C'est-à-dire des informations envoyées aux médias afin de tester l'opinion de la population sur un sujet controversé, par exemple les fuites d'informations volontaires en politique.

<sup>219</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 176.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 188.

chemin [...] des principes [...] un principe est développé sur le ton de la conversation et non perfectionné unilatéralement<sup>221</sup>.

Les branches ne sont pas hermétiquement séparées et entretiennent au contraire des relations d'influence afin de faire avancer, autant qu'il est possible, la protection des valeurs. Bien que la Cour dispose d'une place privilégiée dans cette conversation – l'initiant et inculquant aux acteurs un attachement aux principes – cette relation ne dégénère pas en monologue. L'implication de chaque participant transparait à différents niveaux, comme l'illustre le cheminement vers la déségrégation des écoles publiques. Loin d'avoir été imposé unilatéralement par la Cour en dehors de toute prise en compte de la réalité sociale, ce principe trouve sa source dans une évolution lente de de la société et de ses consciences. Ce qui a fait de l'affaire *Brown* l'une des grandes affaires exaltant une Cour suprême digne de son rôle de promotion des principes, et qui a permis son édicton, est certainement l'imminence d'un consensus national autour de la déségrégation en 1954<sup>222</sup>. La Cour aurait ainsi façonné le débat, et contribué au développement de ce principe dans un climat « favorable » à la déségrégation résultant d'une combinaison de plusieurs facteurs extérieurs tels que la Seconde guerre mondiale conduisant à une émancipation économique et sociale de la population noire<sup>223</sup>.

Avec cette conceptualisation du « colloque », Bickel ne prétend pas défendre l'image d'un fonctionnement idéal de ce mécanisme. Se positionnant en chercheur, il souhaite davantage faire état du fonctionnement réel de ce dialogue et en illustrer les imperfections<sup>224</sup>. L'exemple *Brown* n'est ainsi pas le résultat ordinaire de tout colloque. Il prouve certes l'efficacité d'une discussion en amont de la décision, mais ne serait malheureusement pas suivi en pratique dans toutes les affaires. Le problème de la peine de mort en est l'illustration. Certainement guidé par sa vision politique progressiste, Bickel s'interroge sur le comportement de la Cour en la matière. Il se projette dans l'avenir et envisage, dès 1962, la déclaration d'inconstitutionnalité de la peine de mort au visa du huitième amendement de la Constitution américaine<sup>225</sup> :

---

<sup>221</sup> *Ibid.*, p. 244: « Principle may be a universal guide but not a universal constraint, that leeway is provided along the path [...] to principle [...] and finally, that principle is evolved conversationally not perfected unilaterally ».

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>225</sup> Le Huitième Amendement dispose que: « Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtements cruels et inhabituels infligés », trad. par S. Rials et J. Boudon, *op. cit.*, p. 47.

Seul un juriste dénué de vision de long terme et plutôt fermé d'esprit maintiendrait que la peine capitale ne peut jamais être déclarée inconstitutionnelle<sup>226</sup>.

N'ayant jamais tranché la question au fond, la Cour participerait, trop passivement, à ce débat sur la moralité d'un tel châtement au vu des principes. Ses décisions ne reflèteraient que des « efforts incertains » vers un façonnement de la question ultime. Elle aurait ainsi ignoré les « signaux » du monde occidental penchant vers l'abolition de la peine de mort et ne se serait pas suffisamment impliquée, autorisant par exemple la double exécution d'un prévenu. En un mot, elle n'aurait pas été à la hauteur de sa fonction :

Aucune sorte de colloque ne peut être dite comme étant en cours, et, à part les événements étrangers spectaculaires, le moment du jugement est reporté [...] d'au moins une génération<sup>227</sup>.

Cette idée de colloque est l'un des éléments charnières de la pensée de Bickel, dans la mesure où elle s'inscrit au cœur de la logique d'ensemble. Le colloque permet un avancement des principes tout en encourageant la délibération démocratique et contribue à l'effectivité des décisions de la Cour en garantissant – autant que possible – le consentement à ses décisions. Notons que cette défense d'une discussion interinstitutionnelle bénéficie d'une postérité dans la doctrine constitutionnaliste américaine<sup>228</sup>.

L'emploi des vertus passives témoigne d'une déférence de la Cour face aux institutions politiques, bien que cette déférence doive être nuancée étant avant tout procédurale (section 2).

### *Section seconde : L'affirmation du minimalisme procédural*

La déférence procédurale de la Cour défendue par Bickel s'inscrit nettement dans une rupture avec un minimalisme substantiel (I), et influence certains courants doctrinaux actuels liés au « minimalisme judiciaire » (II).

---

<sup>226</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 241: « [O]nly a short-sighted and rather imprisoned lawyer would maintain that capital punishment can never be declared unconstitutional ».

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 242: « No sort of colloquy can be said to be in progress, and, barring spectacular extraneous events, the moment of judgment is [...] a generation or more away ».

<sup>228</sup> Voir par exemple, R.R. WHEELER & R.A. KATZMANN, « A Primer on Interbranch relations », *The Georgetown Law Journal*, 95, 2007, p. 1155 ; B. FRIEDMAN, « Dialogue and Judicial Review », *Michigan Law Review*, 91, 1993, p. 577-682 : « notre constitution est interprétée quotidiennement au travers d'un dialogue élaboré concernant sa signification » (« our constitution is interpreted on a daily basis through an elaborate dialogue as to its meaning ») (p. 580-581).

## I. La rupture avec le minimalisme substantiel

Il est évident que l'œuvre de Bickel n'est pas la première réflexion développée dans le sens d'un « minimalisme » de la Cour suprême. Ce courant tend à considérer que la Cour devrait juger « une affaire à la fois<sup>229</sup> », et ne pas aller au-delà du minimum nécessaire à la motivation de la décision. Ainsi, elle devrait faire preuve de retenue et laisser une place au doute en ouvrant la voie à de potentielles évolutions jurisprudentielles et politiques. Ce positionnement général empreint de déférence face aux choix politiques transparaît chez de nombreux auteurs qui ne développent cependant pas une doctrine homogène. Le tronc commun est le même : la défense de la « patience », de la « modération » et du « compromis<sup>230</sup> » ; mais les modèles de comportement proposés diffèrent. Dans ce cadre, *The Least dangerous branch* est comme une rupture :

La partie révolutionnaire du modèle de Bickel n'était pas sa recommandation de la retenue judiciaire, mais la nature de la retenue conseillée<sup>231</sup>.

Bickel aurait transformé ce débat en défendant à la fois l'activisme de *Brown* et la retenue judiciaire au travers des vertus passives. La Cour serait libre de déterminer le dispositif et les motifs de sa décision, à partir du moment où elle tranche dans un moment opportun. Ainsi, la Cour ne doit nullement faire preuve de déférence continue face aux branches politiques. Cette dernière est seulement procédurale et en amont du jugement au fond. Ainsi, le jugement est libre face aux institutions politiques. Ce moment est justement l'occasion pour les *Justices* d'incorporer des valeurs dans la machine démocratique et d'imposer ainsi certains principes contre la volonté des représentants.

L'œuvre de Bickel ne développe en effet pas quel devrait être le contenu des principes et comporte même la critique de plusieurs défenseurs du « minimalisme substantiel », dont Thayer et Hand<sup>232</sup>. Leurs modèles limitent la matière du jugement constitutionnel et les cas dans lesquels la Cour peut écarter l'application d'une loi. La règle de l'erreur claire de Thayer (*the rule of clear mistake*)<sup>233</sup> témoigne de cet encadrement de la décision juridictionnelle de fond. Le contrôle de la Cour apparaît alors

---

<sup>229</sup> C. SUNSTEIN, *One case at a time: Judicial minimalism on the Supreme Court*, New Haven, Harvard University Press, 1999, à qui est souvent attribuée la paternité du label « judicial minimalism ».

<sup>230</sup> T. SMITH, « Reckless caution: the Perils of Judicial Minimalism », *New York University Journal of Law and Liberty*, 5, 2010, p. 350.

<sup>231</sup> C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, op. cit., p. 45 : « *The revolutionary part of Bickel's prescription was not his counsel of judicial restraint, but the nature of the restraint he counseled* ».

<sup>232</sup> J. THAYER, « The origin and scope of the American Doctrine of Constitutional Law » article cité ; Judge Learned Hand, « *The Bill of Rights* », Cambridge, Harvard University Press, 1958.

<sup>233</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 35-46.

incroyablement réduit, dans la mesure où « tout ce qui est rationnel est constitutionnel<sup>234</sup> », la loi n'étant inconstitutionnelle qu'en cas d'erreur claire. Quant au juge Learned Hand, élève de Thayer à l'Université d'Harvard, il estime que la Cour devrait simplement limiter structurellement le pouvoir politique<sup>235</sup>. La censure ne pourrait ainsi pas concerner une violation de droits constitutionnellement protégés par les autorités élues. La résolution d'un tel conflit suppose en effet un choix de valeurs or la Cour ne peut opérer ce choix, n'étant pas un troisième chambre législative. Ces auteurs limitent ici le contenu autorisé des décisions de la Cour, contrairement à Bickel.

La particularité du minimalisme de Bickel transparait également de son opposition à la doctrine plus récente de son ami et collègue de l'Université de Yale, Robert Bork<sup>236</sup>. Bien que tous deux partagent le projet commun d'établir un « modèle normatif de comportement judiciaire » dans le cadre d'un institut de recherche qu'ils avaient pour ambition de mettre en place afin de garantir le bon fonctionnement du système de production du droit<sup>237</sup>, Bork s'inscrit dans la lignée de Thayer et Hand. En effet, il tend davantage vers un minimalisme substantiel radical<sup>238</sup>.

Bickel rompt avec leur approche et leur reproche d'avoir adopté une vision étriquée des conséquences des décisions de constitutionnalité, en occultant la fonction de légitimation de la Cour<sup>239</sup>. Reconnaître la constitutionnalité de la loi n'extrait nullement la Cour de l'arène politique. La solution n'est alors pas celle d'une présomption forte de constitutionnalité de la loi, mais plutôt celle d'une action non systématique.

Cette vision procédurale du *judicial restraint* influença indéniablement plusieurs courants postérieurs, et notamment le « New Judicial Minimalism » du professeur Sunstein (II).

## II. L'influence sur le New Judicial Minimalism

Une partie de la doctrine américaine a récemment développé des théories dans la lignée de la vision de Bickel. Cette filiation apparaît claire, bien que l'héritage soit partiel : il ne concerne que le versant procédural de l'œuvre de Bickel et non son insistance sur les principes et ces auteurs s'autonomisent face à la pensée de leur aîné. Cette continuité promet la

---

<sup>234</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>235</sup> C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 47.

<sup>236</sup> J. O'NEILL, « Shaping Modern Constitutional Theory: Bickel and Bork confront the Warren Court », *The Review of Politics*, vol. 65, n° 3, 2003, p. 325.

<sup>237</sup> J. O'NEILL, « Shaping Modern Constitutional Theory: Bickel and Bork Confront the Warren Court », article cité, p. 333-334.

<sup>238</sup> C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>239</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 131.

pensée de Bickel qui, bien que datée, demeure l'une des clés de compréhension de la doctrine américaine actuelle. Comprendre ces nouveaux courants minimalistes à la lumière du modèle proposé par Bickel offre une approche intéressante, en ce que l'essence de leur pensée est semblable. Les auteurs actuels s'adaptent cependant aux nouveaux traits de la société :

Si la théorie du droit de Bickel était appropriée pour le régime de la grande société du New Deal, celle de Sunstein est tout aussi appropriée pour la société actuelle<sup>240</sup>.

Ces nouveaux auteurs, et principalement le professeur Sunstein, offrent une nouvelle approche de deux éléments principaux de la pensée de Bickel : les techniques minimalistes procédurales et le colloque entre les branches politiques. Selon le Professeur Tushnet<sup>241</sup>, ces nouvelles théories seraient davantage en phase avec le clivage de la société actuelle. Cette dernière ne serait plus porteuse d'un consensus sur les valeurs. La division gouvernementale et idéologique exacerbée conduirait la Cour à faire preuve de retenue dans les cas où le conflit idéologique semble trop important (ce qui fait nettement écho aux vertus passives de Bickel). Le professeur Sunstein élargit ainsi la retenue judiciaire prônée par Bickel, en considérant que la Cour exerce son jugement politique aux deux niveaux : tant au niveau de la détermination de la justiciabilité de l'affaire qu'à celui du jugement au fond. Il élargit ainsi la notion de vertus passives dans le cadre d'une théorie juridique complète<sup>242</sup>. Pour le professeur Sunstein, la nécessaire promotion de la prise de décision démocratique et la réduction des erreurs judiciaires<sup>243</sup> mettent à jour les mérites des décisions juridictionnelles « étroites » et « superficielles » (*narrow and shallow decisions*)<sup>244</sup>. Leur caractère concret est leur qualité première, elles se limitent à la résolution de l'affaire sans poser de règle générale ou abstraite. Ainsi, elles laissent une marge de manœuvre à la discussion politique et au colloque interinstitutionnel, en évitant de trancher le fond de la question. Le professeur Sunstein fait le lien entre cet encouragement démocratique et les différentes techniques passives, telles que l'annulation de dispositions extrêmement vagues, le refus

---

<sup>240</sup> M. TUSHNET, « The jurisprudence of constitutional regimes, Alexander Bickel and Cass Sunstein », in *the Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 31 : « *If Bickel's jurisprudence was appropriate for the New Deal-Great society regime, Sunstein's is equally appropriate for the present one* ». Notons que l'expression « jurisprudence » désigne une étude ou une théorie du droit.

<sup>241</sup> M. TUSHNET, « The jurisprudence of constitutional regimes, Alexander Bickel and Cass Sunstein », in *The Judiciary and American Democracy*, *op. cit.*, p. 29-33.

<sup>242</sup> J. MOLOT, « Principled Minimalism: Restriking the Balance between Judicial Minimalism and Neutral Principles », 90, *Virginia Law Review*, 2004, p. 1778 : « *Cass Sunstein, who coined the phrase "judicial minimalism" is the scholar most famous for expanding Bickel's notion of the "passive virtues" into a full-blown jurisprudential approach* ».

<sup>243</sup> C. SUNSTEIN, *One case at a time : Judicial minimalism on the Supreme Court*, New Haven, Harvard University Press, 1999, *op. cit.*, p. 4.

<sup>244</sup> C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 53-66.



d'appliquer une loi frappée de désuétude ou encore la demande de prise de position claire du législateur<sup>245</sup>.

Le professeur Michael Dorf défend également cette idée, au travers de son concept de *provisional adjudication*<sup>246</sup>. Selon lui, il serait judicieux d'alléger le poids du *stare decisis* en reconnaissant le caractère expérimental et évolutif de la jurisprudence. La Cour ne chercherait ainsi pas la signification véritable du texte et aurait conscience de la limitation de son office en reconnaissant le caractère provisoire de sa jurisprudence au vu de l'évolution quotidienne de la société et du droit. La délibération politique serait ainsi libérée d'une jurisprudence pesante :

Les nouveaux minimalistes ont appris de Bickel la désirabilité d'un colloque entre les branches plutôt qu'une suprématie judiciaire pure<sup>247</sup>.

Cette continuité intellectuelle depuis Bickel est cependant limitée. Tout d'abord, la conciliation entre principes et minimalisme procédural chère à Bickel fait place à une approche dissociative. Les auteurs « minimalistes » font le choix de tronquer le modèle de Bickel en excluant le rôle central des principes. Selon eux, la Cour s'inscrit bel et bien dans un environnement politique. Il serait illusoire de penser pouvoir l'extraire de ce milieu, ce qui explique à la fois le caractère « démodé » des principes neutres de Wechsler et la critique majoritaire du second versant du modèle de Bickel : l'insistance sur les principes. Ils gommant ainsi la seconde partie du modèle de Bickel qui était cependant centrale dans sa conceptualisation du judiciaire restreint. Ensuite, la justification de ce minimalisme diffère par sa méfiance face à la Cour qu'elle considère comme dotée d'un rôle secondaire (*policentric*, voir *supra*). Enfin, ils réintroduisent une dimension substantielle dans le minimalisme<sup>248</sup>.

La rupture face à Bickel semble ainsi consommée, ce dernier insistant sur la complémentarité des temps politique et juridique et l'évolution du rôle de la Cour accompagnant ce passage. Quittant son appareil d'animal politique quand elle décide de trancher l'affaire au fond, la Cour doit juger exclusivement en principe. Ce « devoir suprême de la Cour » serait guidé à « cent pour cent » par les principes, seulement « vingt pour cent » du temps<sup>249</sup> :

---

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>246</sup> *Ibid.* Développé par DORF, « The Supreme Court 1997 Term – Foreword: the Limits of Socratic Deliberation », 1, *Harvard Law Review*, 1998, p. 9.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 57 : « *The New Minimalists have learned from Bickel the desirability of inter-branch colloquy rather than naked judicial supremacy* ».

<sup>248</sup> Voir par exemple C. Sunstein soulignant que certaines questions comme la discrimination positive devraient être réglées démocratiquement et Fallon et Dorf développant leur « nonsuspect-content » test, cité par C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 60.

<sup>249</sup> G. GUNTHER, article cité, p. 3.

Les *Justices* devaient être politiquement sensibles en sélectionnant l'affaire qu'ils décidaient de trancher, et devaient renoncer ensuite à la politique en tranchant les affaires choisies<sup>250</sup> (chapitre 2).

### ***Chapitre second : La Cour suprême dans le temps juridique : l'application des principes***

Bickel opère une rupture nette entre ces deux étapes et déduit de cette dichotomie différentes exigences pesant sur le raisonnement juridictionnel. La Cour dispose ainsi d'une plus grande marge de liberté dans le temps politique, avant d'être contrainte dans le temps juridique. L'engagement de la Cour pour les principes est la caractéristique du versant juridique (section 1), bien que la prudence demeure centrale et conduise à réinjecter une dose de politisation dans le jugement constitutionnel (section 2).

#### *Section première : L'engagement pour les principes.*

Malgré la récurrence du concept de « principe » dans l'œuvre de Bickel, ce dernier ne donne aucune définition arrêtée de cette notion. Simple terme « évocateur<sup>251</sup> », le « principe » ne saurait se voir attribuer une acception précise. À l'instar de notions telles que l'éthique ou la moralité, ce vocable n'a aucunement pour but « d'enfermer » une signification. Il permet seulement de localiser une certaine idée. Ainsi, Bickel en fournit plusieurs « définitions ». Les principes sont alors des

... propositions générales, comme Holmes les appelait, considérant leur formation comme la fin principale de l'homme [...] organisant les idées universellement valides dans un univers culturel et territorial donné, idées qui sont souvent fondées sur des présuppositions éthiques et morales<sup>252</sup>.

Ou encore des

... standards d'actions dont la valeur découle d'une vision de long terme des besoins de la société aussi bien spirituels que matériels, et qui ordonnent une obéissance, que le résultat immédiat soit, ou non, utile ou agréable<sup>253</sup>.

La différence entre valeurs et principes ne semble pas claire, dans la mesure où Bickel emploie alternativement ces deux notions. Elles semblent parfois amalgamées, parfois dissociées, le principe étant occasionnellement

---

<sup>250</sup> M. TUSHNET, « *The jurisprudence of constitutional regimes, Alexander Bickel and Cass Sunstein* », in *The Judiciary and American Democracy*, op. cit., p. 27 : « *The Justices were to be politically sensitive in selecting the case they chose to decide, and then were to abjure politics in deciding the cases they chose* ».

<sup>251</sup> A. BICKEL, *The least Dangerous Branch*, op. cit., p. 199.

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 199.

<sup>253</sup> *Ibid.*, p. 59 : « *Standards of action that derive their worth from a long view of society's spiritual as well as material needs, and that command adherence whether or not the immediate outcome is expedient or agreeable* ».

décrit comme le résultat de la prise en compte de valeurs. Les valeurs seraient alors antérieures aux principes et dépourvues de juridicité. Elles seraient davantage le matériau de base du raisonnement : elles seraient examinées, conciliées et résulterait de cette opération intellectuelle un principe. Le principe ne viendrait cependant pas absorber les valeurs. Ces dernières demeurent vivantes et évolutives au sein de la société, le principe serait simplement leur reflet provisoire, lui aussi évolutif.

Ces principes constituent la charpente du raisonnement constitutionnel et exaltent le rôle de la Cour, à la fois acteur central (I) et rigoureux (II) dans leur application aux affaires concrètes.

## I. La centralité de la Cour suprême

Bickel pose le problème en ces termes :

Le point de départ est un truisme ; il atteint éventuellement même l'irréfutable d'une platitude. La plupart des actions de gouvernement ont deux aspects : leurs effets immédiats, nécessairement voulus, pratiques ; et leur préoccupation peut-être non intentionnelle et non valorisée pour les valeurs que nous considérons comme ayant un intérêt plus général et permanent. Nous déduisons ce postulat non seulement de l'existence d'une constitution écrite mais de l'histoire de la race, et ultimement du jugement moral d'une bonne société, selon lequel le gouvernement ne devrait pas seulement servir ce que nous concevons comme étant de temps en temps nos besoins matériels immédiats, mais aussi certaines valeurs durables. Ceci est en partie la signification du gouvernement de droit. Ces valeurs n'apparaissent cependant pas prêtes à l'emploi. Elles ont un passé, c'est sûr, mais elles doivent être continuellement dérivées, énoncées, et d'application pertinente. Il convient de se demander quelle institution de notre gouvernement – s'il en est une en particulier – devrait être l'énonciateur et le gardien de telles valeurs<sup>254</sup>.

Dans un effort de clarification des rôles respectifs de chaque institution, Bickel met l'accent sur la dissociation entre deux sphères : la sphère des institutions politiques et la sphère du jugement constitutionnel. Cette différenciation entre le politique et le juridique<sup>255</sup> le conduit à distinguer deux catégories d'action : l'action en opportunité (*acting on expediency*) et l'action sur la base de principes (*acting on principle*)<sup>256</sup>. La première serait caractéristique des autorités responsables politiquement et des électeurs (A), la seconde celle de la Cour (B).

---

<sup>254</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 24.

<sup>255</sup> La pensée de Bickel nuance cette dichotomie. La Cour suprême ne relève pas exclusivement du domaine du droit, car elle peut s'avérer être un animal politique à part entière dans l'exercice des vertus passives (voir *supra*), mais doit s'abstenir de toute politique dans la prise de décision constitutionnelle. Ainsi, la différenciation claire entre droit et politique est avant tout saillante dans la prise de décision au fond, et ne reflète pas la totalité du raisonnement du juge constitutionnel.

<sup>256</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 25.

#### A. « Acting on expediency »

La comparaison des capacités des institutions politiques et du peuple face à celles de la Cour dans l'application des principes exalte la seconde. L'insistance sur la place privilégiée de la Cour semble évincer le peuple et ébrèche l'idéal démocratique. Cette méfiance semble double, tournée tant vers les institutions politiques responsables politiquement que vers le peuple.

Premièrement, contraintes par les calendriers électoraux, les autorités élues privilégient les décisions d'opportunité inscrites dans un temps court et destinées à assouvir les aspirations immédiates du corps électoral. Les gouvernants auraient ainsi tendance à occulter la dimension de long terme et oublieraient l'importance des valeurs dans la société. Leur élection périodique et la relation de responsabilité les liant aux électeurs nuiraient ainsi à leur capacité d'adopter un ensemble cohérent de *principled rules*. Les institutions politiques seraient imprégnées des conflits d'intérêt, même celles étant élues indirectement et bénéficiant d'un mandat plus long comme le Président et les Sénateurs<sup>257</sup>.

Loin de nier les vertus d'un débat politique au Congrès, Bickel préconise simplement un effacement des représentants face à la Cour en matière de principes. La séparation entre la législature et le *judicial review* serait bénéfique<sup>258</sup>, elle clarifierait les attributions. Ainsi, les institutions politiques seraient uniquement l'endroit de débat des problèmes politiques où les groupes d'intérêts feraient valoir leurs intérêts librement :

Il ne peut être attendu en temps normal du Congrès qu'il soit également conscient que certains des moyens choisis pour atteindre des fins immédiates affectent, d'une manière difficilement décelable, des valeurs d'importance permanente<sup>259</sup>.

Secondement, la méfiance dont fait preuve Bickel se tourne vers les électeurs. Conscient de l'éventuelle contradiction de la théorie démocratique par une telle affirmation, Bickel tente de justifier cette dernière en faisant écho à sa vision subjective d'une « bonne » société à la fois morale et démocratique. Cette mise à l'écart du peuple ne serait pas préjudiciable, dans la mesure où une bonne société « ne voudra pas seulement satisfaire les besoins immédiats du plus grand nombre mais luttera pour soutenir et

---

<sup>257</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>259</sup> A. BICKEL & H. WELLINGTON, « Legislative purpose and the judicial process: the Lincoln Mills Case », *Harvard Law Review*, 71, 1957, p. 27: « Congress cannot normally be expected also to be aware that some of the means chosen to achieve immediate ends impinge in not easily apparent fashion on values of permanent significance ». Ce fait aura un impact sur le contrôle de constitutionnalité, la Cour ne pouvant pas faire preuve d'autant de rigueur dans la protection de valeurs de la « pénombre de la constitution ».

maintenir des valeurs générales durables<sup>260</sup> ». Ce modèle de société évince alors les citoyens, en soulignant leur incapacité :

Ceci se base sur l'hypothèse que les gens eux-mêmes, au travers d'une action directe aux urnes, sont certainement incapables de maintenir un système viable de valeurs générales<sup>261</sup>.

Cette « mystique » d'une consultation directe du peuple serait une idée néfaste, le plus souvent employée dans un but non-démocratique<sup>262</sup>. Certes, la Cour sera amenée à prendre en compte l'opinion publique (voir *infra*), mais cela ne signifie nullement qu'il faille substituer le peuple à la Cour dans l'élaboration des principes. Le professeur Ackerman critiqua alors cette méfiance dont témoignait Bickel à l'égard du peuple. Bickel aurait vu dans les mouvements politiques populaires « le mouvement d'une masse ignare », « l'irruption d'une irrationalité collective ». Ainsi, cela « dégénère [...] en un élitisme obscurantiste qui se félicite d'ignorer les plus grands exploits constitutionnel du peuple Américain<sup>263</sup> ». Le Professeur Ely critiqua également cet effacement de la décision populaire découlant d'une vision morale des juges<sup>264</sup>. Il remet ainsi en cause le postulat de base de Bickel selon lequel il y aurait nécessairement une incompatibilité entre jugement moral et jugement populaire<sup>265</sup>. Si les valeurs sont, comme Bickel l'affirme, découvertes par le juge au travers d'une immersion dans l'histoire de la société (voir *infra*), les citoyens ne pourraient-ils pas les déceler ? En un mot, il ne faudrait pas sacraliser les juges. Ces derniers ne seraient en réalité pas neutres face aux valeurs et véhiculeraient davantage celles d'une classe moyenne haute<sup>266</sup>.

En parallèle de cette dimension négative, Bickel développe positivement les éléments favorisant la polarisation de ce pouvoir dans les mains des *Justices* (B) :

Le jugement constitutionnel déclenche des problèmes de philosophie morale et de théorie politique que l'on extrait du processus politique ordinaire, tout au moins initialement, car il serait erroné de les trancher simplement par un décompte des voix, ou en concluant un marché<sup>267</sup>.

---

<sup>260</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch op. cit.*, p. 27: « *The further premise is not incompatible that the good society not only will want to satisfy the immediate needs of the greatest number but also will strive to support and maintain enduring general values* ».

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 27 : « *This rests on the assumption that the people themselves, by direct action at the ballot box, are surely incapable of sustaining a working system of general values* ».

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> B. ACKERMAN, *We the People*, vol. 1 : *Foundations*, *op. cit.*, p. 20-21 : « *[it] degenerates... into obscurantist elitism that prides itself on ignoring the greatest constitutional achievement of the American people* ».

<sup>264</sup> H. JEFFERSON POWELL, *op. cit.*, p. 185.

<sup>265</sup> J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>267</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 86.

B. « Acting on principle »

À l'instar d'auteurs comme le Professeur Henry M. Hart<sup>268</sup>, Bickel considère que la Cour doit être la voix de la raison chargée de la fonction créative d'articuler et de développer des principes durables et impersonnels. Cette concentration devrait être valorisée, en ce qu'elle donne à la Cour la « plus-value » dont elle a besoin pour participer légitimement au système de gouvernement et qu'elle favorise la cohérence du système : « confiée à une profession, la définition de principe est disciplinée<sup>269</sup> ».

Cette polarisation serait justifiée par plusieurs éléments. Tout d'abord, la qualité de juge donne à la Cour la faculté de se détacher des intérêts partisans et de développer un ensemble cohérent de principes. Elle peut ainsi s'assurer d'une application égale du droit aux citoyens, indépendamment des « caprices des gouvernants ou des foules<sup>270</sup> ». Son honnêteté, sa sincérité et son « désintéressement » (*disinterestedness*) seraient ses qualités premières. Les *Justices* doivent ainsi ne tirer aucune satisfaction personnelle de leur contrôle et préférer une protection des valeurs au-delà d'une appétence pour le pouvoir. Cette neutralité des *Justices* apparaît comme la justification de leur intervention dans le processus :

*L'adjudication* constitutionnelle ne peut jamais être justifiée à moins qu'elle ne respecte les implications irréductibles qu'ont véhiculées depuis des siècles les simples mots "cour de justice" et "juge" dans notre tradition ; à moins, en bref, qu'elle soit désintéressée. Une sincérité intellectuelle dans la découverte et la poursuite d'une voie rationnelle dans la prise de décision est l'une des principales garanties du désintéressement<sup>271</sup>.

La relation entre la fonction de juge et ce désintéressement semble à double sens : sa fonction judiciaire de contrôle doit faire preuve de désintéressement pour être justifiée ; ce désintéressement est obtenu par une honnêteté et une rationalité dans la prise de décision, c'est-à-dire qu'il est reconnu si le juge se comporte comme un réel juge. Son action suit les chemins de la raison (voir *infra*) et apparaît davantage qualitative que celle des autorités politiques élues. Bien que la politisation de leur nomination soit établie, ce caractère politique s'estompe par leur entrée en fonction qui les autonomise et qui « émousse » l'instrument de contrôle que peut représenter la nomination<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>269</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 26 : « *confined to a profession, the explication of principle is disciplined* ».

<sup>270</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 84 : « *not by the whim of officials or of mobs* ».

<sup>271</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 205.

<sup>272</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 88 : « *blunt instrument* ».



Ensuite, certaines qualités inhérentes à la fonction juridictionnelle valoriseraient le rôle de la Cour face aux principes, les juges ayant « le loisir, l'entraînement et l'isolement » nécessaires pour discerner les valeurs durables. Cette « habitude d'esprit » leur permet d'exprimer les principes dans des affaires concrètes (*flesh and blood of an actual case*), contrairement aux organes législatifs et exécutifs qui agissent abstraitement et dans le cadre de problèmes difficilement prévisibles. Cette concrétisation de l'action du juge accroîtrait ses capacités d'anticipation et le caractère *a posteriori* de la saisine réduit la tension politique. Les différentes étapes procédurales menant à la Cour suprême contribuent à cet apaisement et précisent le problème de droit posé à la juridiction suprême. Les *Justices* peuvent alors débattre en profondeur des principes en dehors de toute précipitation. La Cour tranche ainsi dans un moment tempéré<sup>273</sup>, et guide le peuple vers les valeurs au-delà des intérêts politiques immédiats :

Leur isolement et le mystère merveilleux du temps donnent aux cours de justice la capacité de faire appel aux meilleures natures des hommes, d'invoquer leurs aspirations qui ont pu être oubliées dans la clameur du moment<sup>274</sup>.

Ayant laissé le temps aux esprits et aux principes de mûrir (au travers notamment des vertus passives), la Cour tranche et guide le peuple. Cette « institution éducative » le rappelle à sa meilleure nature au-delà des vicissitudes politiques, la société n'ayant jamais fait preuve d'un esprit de modération « tellement fleurissant qu'aucune cour n'aurait besoin de la sauver<sup>275</sup> ».

En un mot :

La Cour est le lieu de jugement fondé en principes, discipliné par la méthode de la raison familière au discours de philosophie morale, et exclusivement ce lieu [...] sans quoi son isolement face au processus politique est inexplicable<sup>276</sup>.

Ainsi, Bickel fait le lien entre la fonction clé de la Cour et sa rigueur de raisonnement. L'implication de la Cour ne sera justifiée que si cette dernière n'abandonne jamais la poursuite de la raison et qu'ultimement le processus de *judicial review* est *principled* (II).

---

<sup>273</sup> Notons sur ce point qu'au travers des vertus passives, la Cour pourra choisir plus précisément le moment où elle veut trancher ce qui peut renforcer cette dépolitisation du jugement constitutionnel au fond (voir *supra*).

<sup>274</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 27 : « *Their insulation and the marvelous mystery of time give courts the capacity to appeal to men's better natures, to call forth their aspirations, which may have forgotten in the moment's hue and cry* ».

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 26 : « *we have never quite been that society in which the spirit of moderation is so richly in flower that no court need save it* ».

<sup>276</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 87 : « *The Court is the place for principled judgment, disciplined by the method of reason familiar to the discourse of moral philosophy, and in constitutional adjudication the place only for that, or else its insulation from the political process is inexplicable* ».

## II. La rigueur de la Cour Suprême

Si les membres de la Cour Suprême décident d'examiner l'affaire au fond, ils s'engagent à trancher la question de droit au vu de principes. Ils doivent ainsi se baser exclusivement sur ces derniers, au-delà de tout caprice ou préférence personnelle<sup>277</sup>. Pour ce faire, les *Justices* doivent s'immerger dans le temps (A) tout en faisant preuve d'intransigeance dans leur cohérence intellectuelle et dans l'application de la raison (B).

### A. L'immersion dans le temps à la recherche de principes

La question de l'encadrement de l'intervention de la Cour dans le processus de conception et de dérivation des principes demeure « tenace » et mérite un examen précis, afin de justifier comment neuf personnalités nommées à vie peuvent imposer certains principes à une société démocratique<sup>278</sup>. Comprenant les difficultés de l'identification des principes, Bickel trace les lignes directrices devant guider le travail juridictionnel. En effet, ces principes ne sont pas immédiatement disponibles dans le texte constitutionnel, les précédents ou l'histoire. Au contraire, ces différents supports ne sont que des matériaux empiriques, « les dépôts d'une expérience », « une source d'inspiration », les « instigateurs d'une réflexion<sup>279</sup> ». Ils sont « le cadre du jugement, et ils le conditionnent, mais ils n'en sont pas la source<sup>280</sup> ». Ainsi, les principes ne peuvent être simplement « découverts », puis mécaniquement appliqués à l'affaire concrète. L'image d'un syllogisme juridique automatique est une illusion devant être dépassée pour comprendre le travail intellectuel et l'effort d'interprétation des juges.

Dans la recherche des principes, les *Justices* s'inscrivent dans un rapport particulier au temps. L'œuvre de Bickel fait apparaître trois niveaux temporels pris en compte dans le raisonnement constitutionnel : le passé, le présent, le futur.

### *Le passé*

Dans cette recherche des principes, le juge doit procéder à une introspection :

La fonction des *Justices* [...] est de s'immerger eux-mêmes dans la tradition de notre société et de sociétés apparentées révolues, dans l'histoire et dans son sédiment qu'est le droit et [...] dans la pensée et la vision des philosophes et des poètes. Les *Justices* seront ainsi aptes à

---

<sup>277</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 235-236: « *They are empirical aids, being deposit of experience, they are sources of inspiration, instigators of reflection, producers of mood* ».

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 236 : « *They are the setting for judgment and they condition it, but they are not its wellspring* ».

extraire les “présuppositions fondamentales” non de leur être le plus profond, mais de la moralité évolutive de notre société<sup>281</sup>.

Cette immersion serait garante, autant qu'il est humainement possible, d'un jugement impersonnel. Les *Justices* sont encouragés à ne pas générer personnellement des valeurs et de les relier, tout au moins analytiquement, à des jugements historiques ou de philosophie morale<sup>282</sup>. Ne devant pas être négligée, cette immersion doit au contraire être opérée avec précision et exhaustivité (*carried to the last decimal*).

Le juge doit se positionner de façon pertinente et être rigoureux dans sa démarche. À l'image d'une fidélité interprétative face au texte, le juge doit faire preuve d'une fidélité face au matériau historique dans son effort d'interprétation<sup>283</sup>. L'histoire ne devrait jamais servir de façade, de trompe-l'œil dissimulant une idéologie personnelle dans la prise de décision. Bickel condamne ainsi la démarche de la Cour Warren qui, dans un souci de cohérence face à son idéologie du progrès, n'a pas hésité à « simplifier » l'histoire de façon obstinée, voire à la « distordre », en prétendant tirer des conclusions logiques d'une histoire souvent non concluante :

[I]l y avait une aspiration à une cohérence transcendante avec un passé préféré, un effort de fidélité à une ligne véritable de progrès. Ainsi, la Cour Warren [...] “imagine le passé et se souvient du futur”. Cette tournure d'esprit n'est probablement nulle part plus clairement, ingénieusement – ou plus succinctement – exposée que dans la remarque claire de M. *Justice* Douglas, s'exprimant pour la Cour Warren dans l'une des affaires sur le redécoupage électoral. *Justice* Douglas dit : “La conception de l'égalité politique de la Déclaration d'Indépendance, au discours de Lincoln à Gettysburg, aux quinzième, dix-septième et dix-neuvième amendements ne *peut* signifier qu'une chose – une personne, un vote<sup>284</sup>”.

Cette manipulation historique apparaît plus ou moins flagrante. Réduite à une simplification dans le cas du slogan « une personne, un vote », l'attitude de la Cour Warren tend parfois à se rattacher à tout prix à une histoire pour « prouver l'improuvable ». L'affaire *Miranda vs Arizona* (384 US 436, 1966) en offre l'illustration, la Cour essayant de démontrer que le droit à l'assistance d'un avocat au poste de police dès le début de la détention ne serait qu'une application de principes depuis longtemps reconnus dans d'autres domaines<sup>285</sup>.

---

<sup>281</sup> *Ibid.*

<sup>282</sup> A. BICKEL, *Morality of consent*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>283</sup> Les matériaux historiques apportent un éclairage intéressant mais ne sont jamais concluants en eux-mêmes, le juge doit alors procéder à un effort d'interprétation, voir A. BICKEL, « The original understanding and the segregation decision », *Harvard Law Review*, 69, 1955, p. 6.

<sup>284</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>285</sup> *Ibid.*, p. 49-50.

### *Le présent*

Examinant le passé, le juge doit retracer l'origine des présuppositions faisant l'objet d'un consentement et leur évolution ; évaluer leur pertinence au vu des changements de circonstances et face à des faits particuliers<sup>286</sup>.

Bickel défend ici une actualisation des présuppositions fondamentales. Cette conciliation de la continuité avec la tradition et du refus de tout immobilisme, dans la lignée claire de l'œuvre d'Edmund Burke<sup>287</sup>, est centrale au processus d'*adjudication*. En effet, loin de prôner un enfermement dans un passé révolu, Bickel développe l'idée d'une lecture moderne de présuppositions anciennes. Il tisse ainsi le lien entre la tradition et l'actualité, refusant de sombrer dans chacun des extrêmes. Il ne faudrait ni appliquer passivement une tradition dénuée de toute pertinence, ni prétendre faire table rase du passé et poser arbitrairement certains principes. La relation entre l'action de la Cour et la tradition serait alors circulaire, leurs influences réciproques :

La suprématie judiciaire est inévitablement envisagée comme un dispositif conservateur même quand elle sert d'instrument de changement – particulièrement dans ce cas, peut-être<sup>288</sup>.

Ce schéma de raisonnement du juge devrait alors considérablement réduire les divergences d'interprétation au sein de la Cour. Bien que les juges ne soient pas de simples automates, leur interprétation se base sur un matériau commun et leur raisonnement suit en théorie les mêmes lignes directrices. Cela supposerait que les membres de la Cour suprême s'accordent sur ce terrain commun et que les principes dégagés soient proches et cohérents. Conscient du décalage d'une telle affirmation par rapport à la réalité, Bickel tente de donner certaines réponses : les *Justices* n'auraient ni la même acuité d'analyse des affaires concrètes ni la même érudition, la vérité serait composée de nuance, les commandements de la société ne seraient jamais absolus et tout jugement contiendrait nécessairement une dimension irréductiblement personnelle<sup>289</sup>. Ici, Bickel semble moins à l'aise dans l'argumentation. Ces désaccords peuvent souligner les failles de sa méthode d'immersion et de la prétendue vertu d'un dialogue constructif et apaisé au sein de la Cour. La question sera finalement tranchée par la majorité des *Justices*, ce qui ne diffère fondamentalement pas de la prise de décision politique classique. La loi du nombre et les jeux d'influence internes semblent s'imposer<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 236.

<sup>287</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, *op. cit.*, p. 26, voir *infra*.

<sup>288</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 87 : « *judicial supremacy is necessarily intended as a conservative device even when it serves as an instrument of change – particularly then, perhaps* ».

<sup>289</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>290</sup> Pour illustration des communications informelles entre Justices, voir J. TOOBIN, *The Nine, inside the secret world of the Supreme Court*, Anchor, 2007.

## *Le futur*

Le consentement du peuple demeure central aux décisions de la Cour (voir *infra*), mais Bickel ne conçoit pas la Cour comme le simple miroir d'un consentement existant. La Cour est « un leader de l'opinion, et non un simple registre de cette dernière<sup>291</sup> ». Guidant l'opinion publique, la Cour se projette dans l'avenir et choisit de conférer valeur juridique à certains principes qui, dans un futur prévisible, obtiendront un assentiment général. Dans cette dynamique, la Cour Warren faisait des « paris sur l'avenir<sup>292</sup> ». Bien que Bickel ne vante pas excessivement les mérites de la Cour Warren, il loue une certaine vision de cette dernière :

Ce serait de la mégalomanie intellectuelle de ne pas concéder que la Cour Warren, comme la Cour Marshall, a pu être pour un temps une institution saisie d'une grande vision qui a pu entrevoir le futur et le gagner<sup>293</sup>.

L'idéologie du progrès de la Cour Warren souligne nettement cette inscription dans le futur, à l'instar de la politique de déségrégation des écoles publiques initiée par la Cour.

La rupture avec un passé révolu semble alors consommée ; mais ces trois analyses temporelles sont davantage entremêlées dans le raisonnement constitutionnel. Elles coexistent et offrent ainsi au juge constitutionnel une vision d'ensemble. Le professeur Ackerman souligne cet entrelacement quand il évoque les paradoxes du « burkéanisme américain<sup>294</sup> ». Un juriste dans la lignée de Burke, dont le chef de file est certainement Bickel, maîtrise les précédents historiques et prend conscience de leur potentiel caché pour l'avenir. La Cour devrait alors participer à cette « culture constante d'une tradition historique concrète<sup>295</sup> », enrichissant cette tradition dans un souci de continuité et d'harmonie<sup>296</sup>. L'immersion dans le temps peut s'avérer périlleuse, le juge n'étant ni omniscient, ni prophète. Le risque est cependant atténué par la rigueur du juge, ce dernier devant décider de façon raisonnée et motivée (B).

### *B. La motivation des décisions*

Dans ce processus juridictionnel, l'exercice de la raison est central. Sur ce point, l'œuvre de Bickel est empreinte d'une rigueur analytique

---

<sup>291</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 239 : « *The Court is a leader of opinion, not a mere register of it* ».

<sup>292</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 99.

<sup>293</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 100 : « *it would be intellectual megalomania not to concede that the Warren Court, like Marshall's, may for a time have been an institution seized of a great vision, that it may have glimpsed the future, and gained it* ».

<sup>294</sup> B. ACKERMAN, *We the people*, vol. 1 : *Foundations*, op. cit., p. 17 : « *The Paradoxes of American Burkeanism* ».

<sup>295</sup> *Ibid.*, p. 17 : « *ongoing cultivation of a concrete historical tradition* ».

<sup>296</sup> A. BICKEL, *The Supreme court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 87.

redoutable, ce dernier passant au crible les décisions de la Cour Warren<sup>297</sup>. Bien que sa critique « aille droit à la jugulaire<sup>298</sup> », Bickel concède que le résultat puisse rétrospectivement gommer les failles du raisonnement. Il est vrai que le dispositif, s'il est largement accepté postérieurement, relèguera au second plan les anomalies de raisonnement. Cependant, ces failles sont intolérables, le processus du *judicial review* devant être irréprochable dans sa totalité pour être justifié en démocratie.

Retraçant les évolutions historiques de la Cour suprême au vingtième siècle et les positionnements doctrinaux parallèles<sup>299</sup>, Bickel s'inscrit dans une continuité doctrinale certaine :

L'insistance sur la raison dans le processus judiciaire, sur la cohérence analytique, et sur les jugements basés sur des principes [...] est traditionnelle. Malgré les innombrables écarts de conduite, c'est un fil clair dans la fabrication de notre droit [...] et de sa littérature<sup>300</sup>.

Succédant aux apports considérables à la réflexion constitutionnaliste de l'école du *Legal Process* à partir des années 1940 (dont les figures de proue sont notamment Henry M. Hart, Lon Fuller, Albert Sacks, Herbert Wechsler)<sup>301</sup>, Bickel prolonge ce courant processualiste (*process based*). Ces auteurs avaient déjà mis en exergue l'importance des principes dans la prise de décision juridictionnelle, en exigeant des *Justices* qu'ils explicitent les raisons les ayant conduits à la solution d'espèce. Pour être rationnelle, la décision doit être basée sur des règles, principes ou standards préexistants à la décision<sup>302</sup>. Recoupant la dichotomie traditionnelle entre droit et politique (symbolisée aux États-Unis par la distinction entre « l'exercice de la raison » des juges, et les « actes de volonté » des organes politiques<sup>303</sup>), l'école du *Legal Process* justifiait le rôle des neuf membres de la Cour suprême non-élus par l'exigence de motivation de leur décision. Ce courant nuancait alors la position des réalistes juridiques qui, se révoltant contre un courant formaliste prônant une application mécanique du droit constitutionnel en dehors de la sphère politique, avaient souligné la dimension politique de la justice constitutionnelle<sup>304</sup>. Certes, selon l'école du *Legal process*, le juge constitutionnel fait de la politique en opérant un

---

<sup>297</sup> Critiques clairement présentes dans la majorité de ses ouvrages, et notamment dans *The Supreme Court and the Idea of Progress* et *Politics and the Warren Court*.

<sup>298</sup> J.S. WRIGHT, « Professor Bickel, the scholarly tradition and the Supreme Court », *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 772.

<sup>299</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, chapitre 2 : « The Heavenly City of the Twentieth-century Justices », *op. cit.*, p. 11-42.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>301</sup> G. CALVÈS, « Le juge constitutionnel entre droit et politique: une brève présentation de la querelle des principes neutres », *Jus Politicum*, n° 5, 2010, p. 2-12.

<sup>302</sup> H.M. HART Jr. et A.M. SACKS, *The legal process. Basic problems in the making and application of law*, Eds Eskridge Jr. et Frickey, Foundation Press Westbury, New York, 1994, p. 398.

<sup>303</sup> G. CALVÈS, article cité, p. 2.

<sup>304</sup> J.S. WRIGHT, article cité, p. 773.



choix de valeur non déterminé a priori (*policy-maker*). Cependant, il se distingue des politiciens classiques en ce qu'il respecte les contraintes formelles pesant sur son office. La procédure serait ainsi juridique et le contrôle de constitutionnalité légitimé :

Comme beaucoup de leur génération, Hart et Sacks pensaient que le standard de rationalité, indépendant d'un contexte ou d'un résultat donné, pouvait être utilisé pour juger de la "sagesse" d'un processus<sup>305</sup>.

Bickel succède à ce courant et à son célèbre professeur Henry Hart<sup>306</sup>. Il retrace cette évolution et adopte un positionnement critique, attaquant notamment la jurisprudence de l'ère Lochner puis celle de la Cour Warren. Ces Cours auraient méconnu ce modèle de comportement en exacerbant l'idéologie dans leur prise de décision. L'ère Lochner est en effet teintée de la philosophie du laissez-faire d'Herbert Spencer<sup>307</sup>; et l'ère Warren de celle du progrès (*the idea of progress*). Il aura fallu trente ans pour que ce subjectivisme défenseur d'une liberté économique soit abandonné et que le raisonnement soit de nouveau guidé par la raison et les principes, avant l'activisme judiciaire des années 1950 et 1960<sup>308</sup>. La Cour Warren joue alors le rôle d'exception négative dans cette évolution.

Dans un effort d'analyse du contenu des décisions de la Cour Warren sur une base scientifique et systématique<sup>309</sup>, Bickel offre un panel de critiques de la jurisprudence de la Cour Warren, même s'il reconnaît qu'il n'existe aucun indicateur qualitatif précis pour évaluer les différentes jurisprudences<sup>310</sup>. Cette Cour Warren, arrivée à son terme dans un climat de désapprobation générale<sup>311</sup>, aurait failli aux exigences de la raison et de la cohérence analytique. Outre la manipulation de l'histoire, plusieurs critiques peuvent être retenues.

Premièrement, la Cour aurait manqué de rigueur dans la motivation de plusieurs de ses grandes décisions. Topique est la décision *Roe vs Wade* (410 US 113, 1973)<sup>312</sup>, dans laquelle la Cour se limite à une énonciation de la solution en négligeant la motivation. La Cour aurait ici refusé de se soumettre à la discipline à laquelle elle est sujette, faute inexcusable bien

---

<sup>305</sup> A.J. SEBOK, « Reading "The Legal Process" », *Michigan Law Review*, 94, 1996, p. 1575: « Like many in their generation, Hart and Sacks believed that the standard of rationality, independent from any given context or result, could be used to judge the "soundness" of a process ».

<sup>306</sup> H.P. MONAGHAN, « On avoiding avoidance, agenda control and related matters », *Columbia Law Review*, 112, 2012, p. 713.

<sup>307</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 26.

<sup>308</sup> Pour évoquer ce retour à l'immixtion de préférences personnelles dans le raisonnement constitutionnel avec la Cour Warren, Bickel parle de « *Web of Subjectivity* », *The Supreme Court and the Idea of Progress*, chapitre 3, op. cit., p. 45-100.

<sup>309</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p.45.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 45-81.

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>312</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 27-28.

que la Cour se trouvait dans une position délicate. En effet, bien que « la philosophie morale, la logique, la raison, ou tout autre matériau du droit ne donnent de réponse<sup>313</sup> » à ce problème épineux du commencement de la vie, la Cour aurait pu et dû s'abstenir de trancher la question au lieu de sacrifier une rigueur de raisonnement au profit de son idéologie.

Sur ce point, Bickel note que ce laconisme exagéré des motivations de la Cour découle en partie de sa prise de conscience que toute décision, quelle qu'elle soit, sera déformée et attaquée violemment par la doctrine :

Cette connaissance peut produire une tendance défensive à se retirer de l'arène où gît la réelle force de la Cour, l'arène de la raison et de la documentation, et de livrer bataille avec les armes choisies par ses opposants : la simple affirmation<sup>314</sup>.

Secondement, la Cour aurait fait preuve d'une subjectivité *ad hoc*, se traduisant alternativement par une grande injustice pour les particuliers et par un échec du système général.

Concernant l'atteinte aux particuliers, la jurisprudence sur l'obscénité à partir de 1957 illustre la conception évolutive, voire incohérente, de la Cour confirmant ou annulant les condamnations pour obscénité sans que la différence entre les matériaux prétendument obscènes soit évidente<sup>315</sup>. Ce caractère arbitraire découlant d'une subjectivité de raisonnement transparait également en matière criminelle, dans la modulation des effets de la décision dans le temps. Bickel dénonce alors comme choquante la manière dont la Cour a pu limiter l'effet rétroactif de certaines décisions. Cette « injustice flagrante », découlant de l'application « aléatoire » de la rétroactivité, aurait pu être évitée si la Cour avait fait preuve de cohérence intellectuelle en déclarant que ses décisions seront toutes rétroactives ou qu'elles ne vaudront que pour l'avenir<sup>316</sup>.

Cette négligence peut également endommager le système dans sa globalité. Cet « échec du processus » découle notamment d'une retenue de la Cour qui refuse de trancher une question décisive en l'évacuant au travers d'une argumentation cursive (*foot-stamping category*)<sup>317</sup>. Passant en revue l'extension injustifiée de *Brown* aux autres lieux publics et la jurisprudence sur la liberté d'expression, Bickel dresse un portrait critique de l'économie de moyens dont fait preuve la Cour Warren. Au lieu de reconnaître son hésitation face à des problématiques compliquées, elle aurait préféré tirer des conclusions hâtives. Elle serait victime d'une « pulsion invincible d'avoir le gâteau et de le manger », ou voudrait « danser sans payer le

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>314</sup> A. BICKEL & H. WELLINGTON, « Legislative purpose and the judicial process: the Lincoln Mills case », article cité, p. 4.

<sup>315</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 58-79.

joueur de flûte<sup>318</sup> ». En un mot, elle ne serait pas prête à assumer l'enjeu de ses décisions :

Pas vraiment sûre de la direction vraie du progrès, mais réticente à payer le prix de son incertitude, la Cour pataugea dans ces affaires<sup>319</sup>.

Cette pulsion à trancher une affaire sans suivre son rôle nuit à la place de la Cour dans un système légitime de gouvernement. L'insistance sur les principes et le rôle d'impulsion de la Cour ne doivent en effet pas conduire à sa toute-puissance, surtout quand elle fait preuve de témérité déraisonnée. La Cour doit au contraire être un modèle de prudence et comprendre son pouvoir dans la globalité du système (section 2).

### *Section seconde : La prudence*

Au-delà de la prudence inhérente à l'emploi des vertus passives, une certaine prudence imprègne plus largement le raisonnement constitutionnel. La Cour doit développer cette vertu dans son application des principes aux affaires concrètes (I), afin de s'assurer du consentement des branches politiques et du peuple à ses décisions (II).

#### **I. L'application prudente des principes**

Dans la continuité de sa philosophie politique plus générale (voir *supra*), Bickel considère que la prudence devrait irriguer le raisonnement du juge constitutionnel. Ce fil rouge de la pensée de Bickel est défini par Anthony Kronman en ces termes :

L'élément le plus important de la philosophie politique de Bickel, et la clé pour comprendre son travail comme un tout, est sa croyance dans la valeur de la prudence comme vertu politique et juridique. Par prudence, j'entends un trait ou une caractéristique qui est à la fois une capacité intellectuelle et une disposition caractérielle. Un jugement ou un programme politique prudent est, par-dessus tout, un jugement ou un programme politique qui prend en compte la complexité de son cadre humain et institutionnel ; et une personne prudente, dans ce sens, est celle qui voit les complexités, qui prête attention à ce que Bickel appelait "le caractère indomptable de la condition humaine", mais qui est néanmoins capable d'échafauder des stratégies permettant l'avancement (toutefois graduel et lent) de ses propres principes et idéaux<sup>320</sup>.

Appliquant sa philosophie politique au raisonnement constitutionnel, Bickel en tire plusieurs conclusions sur le comportement devant être suivi par la Cour. La Cour doit protéger les principes tout en faisant preuve de

---

<sup>318</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 61 : « *the invincible impulse to have the cake and eat it* ».

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 69 : « *Not quite sure of the true direction of progress but unwilling to pay the price of its uncertainty, the Court in these cases floundered* ».

<sup>320</sup> A. KRONMAN, « Alexander Bickel's Philosophy of Prudence », *Yale Law Journal*, 94, 1985, p. 1569.

scepticisme. La conscience de la nature évolutive des valeurs doit la conduire à ne pas les transposer dans le champ constitutionnel de façon dogmatique. Bickel développe alors plusieurs règles de conduite devant être respectées par les juges.

Premièrement, Bickel reprend le *computing principle* de Burke (c'est-à-dire le principe de mise en balance et de conciliation de valeurs ou principes antagonistes dans le raisonnement constitutionnel). Réel arithmétique juridique, ce principe est rendu nécessaire par la texture ouverte de la Constitution et l'absence de hiérarchie formelle entre les dispositions constitutionnelles. Le Premier Amendement en offre une illustration, en ce qu'il ne contient aucune solution univoque aux affaires relatives à la liberté d'expression. Les *Justices* doivent ainsi mettre en balance d'une part cette dernière et, d'autre part, la protection du bon fonctionnement du processus politique et la protection du droit<sup>321</sup>. La liberté d'expression ne peut ainsi pas faire l'objet d'une garantie absolue, dans la mesure où l'absence de conciliation dans le raisonnement juridique conduirait à un exercice « imparfait » voire « injuste » de la justice<sup>322</sup>.

Secondement, cette conciliation doit s'accompagner d'une jurisprudence potentiellement de compromis alliant principe et opportunité. Bien qu'un principe existant, ou en voie de reconnaissance, puisse être appliqué à une affaire concrète, la Cour peut être amenée à se replier face aux conséquences de sa décision, notamment dans un souci de maintien d'ordre et de sécurité. Topique est l'exemple de l'affaire *Naim vs Naim* (1955) dans laquelle la Cour n'applique pas le principe de déségrégation de *Brown* à l'interdiction des mariages interraciaux en employant la technique des vertus passives (*lack of ripeness*<sup>323</sup>). La Cour peut également reconnaître un principe sans l'appliquer immédiatement, comme dans l'affaire *Brown* posant la « *deliberate speed formula* » et laissant aux États le temps de prendre les mesures vers la déségrégation des écoles publiques. Le réalisme imprègne cette décision, la Cour ayant conscience des différents ressentis selon les zones géographiques et qu'une résistance pouvait être attendue du fait que « le principe d'intégration de la race allait à l'encontre de visions et émotions fortes<sup>324</sup> ».

Ce retrait n'est pas pour autant une renonciation au principe de *Brown*, simplement un aménagement provisoire et pratique de ce dernier :

Cela ne signifie pas que le principe d'intégration était erroné ou inapproprié pour être reconnu par la Cour dans l'exercice de ses fonctions constitutionnelles, ni que la Cour aurait dû attendre plus longtemps avant de l'annoncer<sup>325</sup>.

---

<sup>321</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 64.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>323</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 174.

<sup>324</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, p. 248-250.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 248-250.

En un mot, ce « troc<sup>326</sup> » de la Cour ne nuit pas à la force des principes :

Le rôle d'un principe, quand il ne peut être une règle immuable de gouvernement, est d'affecter la tendance des politiques d'opportunité. C'est là un rôle puissant<sup>327</sup>.

Les principes sont ainsi un « guide » et non une « contrainte universelle<sup>328</sup> », contrairement aux principes neutres de Wechsler<sup>329</sup>. Le cœur de l'opposition entre Wechsler et Bickel réside dans leur vision profondément différente de l'action du juge constitutionnel. Le premier semble nier toute action politique de la Cour, en insistant sur la raison et les principes. La Cour doit agir, exclusivement et constamment, sur la base de principes capables d'une application incessante et uniforme : la Cour doit toujours trancher, et toujours appliquer pleinement les principes neutres sans compromis<sup>330</sup>. Le second, au contraire, reconnaît l'hétérogénéité de la société. Le compromis est alors nécessaire :

Aucune bonne société ne peut être sans principe ; et aucune société ne peut être dirigée par des principes<sup>331</sup>.

Cette conciliation entre principe et opportunité est l'occasion pour Bickel de faire référence à l'un de ses modèles historiques, le Président Lincoln. La « *Lincolnian tension*<sup>332</sup> » devrait constituer le modèle de comportement de la Cour suprême : ne pas renoncer au principe de l'abolition de l'esclavage, tout en faisant preuve de retenue pour prévenir la collision avec les préjugés forts de la société. Aucun gouvernement basé sur le consentement ne saurait ignorer l'impact et la réception pratique de ses décisions par la société. Cette nuance de la pensée de Bickel rend alors discutables certaines critiques ultérieures du blanc-seing donné à l'activisme judiciaire par *The Least dangerous branch*. Les juges ne seraient pas les « gardiens platoniques<sup>333</sup> » imposant de façon aveugle leur vision morale à la société. La Cour allierait prudence et principes, en ayant conscience de son inscription dans un système de gouvernement plus global (II) :

Comme Alexander Bickel le comprit bien, la Cour peut prendre en compte à la fois la politique et ses faiblesses institutionnelles tout en

---

<sup>326</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 19, citant Burke: « Toute vertu, tout acte prudent est fondé sur le compromis et le troc » (« *Every virtue, and every prudent act, is founded on compromise and barter* »).

<sup>327</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 64 : « *The role of principle, when it cannot be the immutable governing rule, is to affect the tendency of policies of expediency. And it is a potent role* ».

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 244.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 49-65.

<sup>330</sup> H. WECHSLER, « Toward Neutral Principles of Constitutional Law », article cité, p. 34.

<sup>331</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 64 : « *no good society can be unprincipled; and no society can be principle-ridden* ».

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 65-72.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 200.

essayant de préserver son rôle comme oracle de principe dans le système constitutionnel américain<sup>334</sup>.

## II. L'effectivité des décisions de la Cour

La prudence serait la condition de survie de la Cour, tout au moins d'une Cour dont les décisions sont effectives et suivies d'effet. Sans le consentement à l'exécution de ses décisions par les citoyens et les institutions, la Cour semble démunie<sup>335</sup>. La Cour ne disposerait « ni de la force, ni de la volonté<sup>336</sup> », elle ne peut assurer de façon autonome l'exécution de ses décisions. Elle serait ainsi dépendante du bon vouloir des destinataires de sa jurisprudence. Ainsi, au-delà du prestige garantissant l'exécution de ses décisions (A), la prudence doit demeurer le mot clé de son action afin de prévenir d'une potentielle résistance (B).

### A. Le prestige de la Cour

Face à cette situation délicate, la Cour suprême dispose d'un atout majeur : son prestige. La société américaine témoignerait d'une grande propension à respecter les principes dégagés par la Cour, ce qui équivaldrait à une obéissance quasiment absolue à ses décisions fondées en principes. La société serait encline à recevoir les principes de la Cour, ces derniers la perfectionnant moralement. La répétition de cette obéissance dans le temps renforcerait cette discipline, l'obéissance prenant la forme d'une habitude (*habit-formed*<sup>337</sup>). La Cour serait ainsi élevée au rang de « mythe » et disposerait d'une aura considérable.

Pendant, ce « phénomène américain miraculeux<sup>338</sup> » n'est pas infaillible. Le règne des principes judiciaires pourra être amoindri si la Cour ne fait pas suffisamment preuve de prudence dans l'application des principes. La défense acharnée de principes intenable ou la reconnaissance fréquente de principes sont autant de sources de remise en cause de cette aura. Bickel considère sur ce point que la Cour dispose d'un « capital politique<sup>339</sup> », qu'elle devrait économiser en évitant un activisme excessif et des revirements de jurisprudence fréquents. La Cour devrait alors concilier la dimension active de sa fonction et la prudence rendue nécessaire par l'observation continue de ses actions par les institutions et les citoyens. Pour Bickel, cette conciliation ne devrait cependant pas conduire les *Justices* à

---

<sup>334</sup> C.J. PETERS & N. DEVINS, « Alexander Bickel and the New Judicial Minimalism », in *The Judiciary and American democracy*, *op. cit.*, p. 66 : « As Alexander Bickel well understood, the Court can take both politics and its institutional weaknesses into account while trying to preserve its role as the oracle of principle in the American constitutional system ».

<sup>335</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>336</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 199.

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 94.



prêter attention à la totalité des citoyens. La fraction révolutionnaire serait exclue de cette prise en compte<sup>340</sup>.

Cette appréhension de l'opinion publique par les *Justices* peut s'avérer délicate, en ce qu'elle n'est pas omnisciente. Les tâtonnements de la Cour ne sont cependant pas source de paralysie, mais de retenue. L'éventuelle incertitude de la Cour devrait la conduire à s'abstenir de dégager un principe qu'elle craint trop abstrait ou qu'elle pressent comme pouvant faire l'objet d'un rejet des destinataires. Elle devrait tester l'opinion publique au travers des vertus passives (voir *supra*), et ne pas céder à la tentation de trancher pour se rétracter ultérieurement. Toute inattention dans cet effort d'anticipation de la réception de ses principes risquerait de faire de ses décisions des « promesses non tenues » qui discréditeraient ultimement la justice constitutionnelle<sup>341</sup>.

Cette prudence n'apparaît pas superficielle au vu de l'absence d'un devoir absolu d'obéissance aux décisions de la Cour (B).

### *B. Le consentement comme gage d'effectivité des décisions juridictionnelles*

Nuançant la suprématie de la Cour suprême telle que conceptualisée dans les affaires *Marbury vs Madison* et *Cooper vs Aaron* (358 US 1, 1958), Bickel fait preuve de réalisme en soulignant l'absence de devoir d'obéissance absolue aux décisions de la Cour. Bickel ébrèche ici le cœur de la doctrine américaine du *judicial review*. En effet, ces décisions décrivent la Cour comme la seule voix de la Constitution, comme l'interprète authentique et exclusif de la loi suprême. L'autorité de la Cour se confond ainsi avec celle de la Constitution ; le serment d'obéissance à la Constitution se transmet aux décisions de la Cour. Bref, « faire la guerre à la Cour revient à faire la guerre à la Constitution elle-même<sup>342</sup> ». Bickel nuance ce postulat, développant sa vision d'un droit basé sur le consentement des sujets au-delà d'une obéissance contrainte à la règle de droit. Faisant écho à sa vision d'une formation polymorphe du droit (voir *supra*), Bickel souligne l'importance du consentement à l'application du droit judiciaire. Le consentement des citoyens – et par conséquent des autorités représentatives – au droit exercerait une double influence. À la fois au niveau de la formation du droit (en amont) qu'au niveau de son application pratique (en aval). Cette constance du consentement en aval (*ongoing consent*) serait la clé de l'effectivité du système normatif :

Quand le droit appelle la force à l'aide, il ne démontre pas sa force et sa stabilité, mais sa faiblesse et sa fugacité<sup>343</sup>.

Ce consentement serait ainsi le « secret » de l'effectivité de ses décisions :

---

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>341</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, *op. cit.*, p. 95.

<sup>342</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>343</sup> *Ibid.*, p. 266 : « *When the law summons force to its aid, it demonstrates not its strength and stability, but its weakness and impermanence* ».

Ici réside le secret ultime d'un droit judiciaire effectif, et très probablement, dans notre système, de tout droit effectif, quelles que soient ses sources<sup>344</sup>.

Ce consentement au droit judiciaire doit être protégé et encouragé par la prudence de la Cour. Tout d'abord, ses longs développements sur la désobéissance civile délivrent, outre des informations sur sa vision de la démocratie et du processus de formation du droit (voir *supra*), sa vision du nécessaire consentement des citoyens aux décisions. Le fait que le peuple témoigne positivement ou négativement de son assentiment au droit judiciaire aura une double influence : sur l'effectivité réelle des décisions et sur la potentialité d'un revirement jurisprudentiel. Dans ce second cas, la désobéissance encadrée pourra conduire à une évolution bénéfique de la jurisprudence constitutionnelle :

La Cour ne délivre pas les Saintes Écritures, elle peut se tromper [...] Si personne n'agit en contradiction avec ses décisions, la Cour peut ne jamais avoir la chance de modifier sa jurisprudence<sup>345</sup>.

Quant aux institutions, Bickel ne remet pas en cause leur devoir d'obéissance, mais nuance ce dernier. Par souci de clarification de sa vision, Bickel retranscrit la formule « peu élégante » mais « exacte » du Sénateur Hernando D. Money sur ce point :

Je ne suis pas l'un de ceux qui estiment le jugement de la Cour suprême comme un Africain estimerait sa divinité<sup>346</sup>.

Sans pouvoir entraver l'exécution des décisions, les autorités politiques disposent de différents leviers pour exprimer leur désaccord avec le droit judiciaire. Elles peuvent déplorer la décision, espérer convertir l'opinion publique à leur cause, voter des lois ne faisant pas avancer le principe de la Cour ou déclencher de nouveaux procès. Elles peuvent ainsi ralentir voire tenter de faire évoluer la décision de la Cour au travers de l'opinion, mais ne peuvent pas en bloquer l'exécution. Leur opposition ne peut ainsi s'inscrire que dans le champ politique.

Bickel souligne ici la relation ambivalente des branches politiques à la Cour et évoque la « tradition Lincoln-Jackson-Roosevelt<sup>347</sup> », Présidents qui se sont en partie affranchis des décisions de la Cour sans violer leur devoir d'obéissance. Ainsi, Bickel loue l'attitude du Président Lincoln dans l'affaire *Dredscott*<sup>348</sup>. Il aurait su s'y opposer en tant que règle politique, en

---

<sup>344</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 91 : « *Therein lies the ultimate secret of effective judicial law, and very probably, in our system, of any effective law at all, whatever its sources* ».

<sup>345</sup> A. BICKEL, *The Morality of Consent*, op. cit., p. 103 : « *The Court does not issue Holy Writ, it can be wrong [...] If no one acts contrary to its decision, the Court may never have the chance to reverse* ».

<sup>346</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 262 : « *I am not one of those who regard the judgment of the Supreme Court as an African regards his deity* ».

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 263.

<sup>348</sup> Supreme Court of the United States, *Scott vs Sandford*, 60 US 393 (1857).

espérant renverser le principe sans « exciter les foules » ni « prôner la désobéissance aux décrets de la Cour<sup>349</sup> ».

L'opinion publique semble être au cœur de ce schéma de résistance aux décisions de la Cour, jouant le rôle d'un élément pouvant faire basculer la jurisprudence suprême. Ce rapport privilégié des institutions politiques à l'opinion constitue un atout majeur dans leur éventuelle opposition aux principes judiciaires. Les sudistes auraient compris la force de l'opinion dans leur tentative de soulèvement de cette dernière contre *Brown*. Le *Congressional Manifesto* des États du Sud du 11 mars 1956 est directement adressé à la population et aurait constitué, selon Bickel, une « déclaration politique de guerre contre la Cour<sup>350</sup> ». Les opposants à *Brown* auraient tenté de démontrer les abus de pouvoir dont la Cour se serait rendue coupable, afin de tester la conviction du pays. Ce « colloque post-jugement<sup>351</sup> » aurait cependant dégénéré en action directe auprès de la foule et en acte clair de désobéissance. Cette erreur cruciale, transformant la résistance politique en trouble à l'ordre public, les conduisit à leur perte. Leur manque de retenue aurait en effet justifié une intervention de la force exécutive, et ultimement un soutien de *Brown* par les institutions fédérales et la population.

Ces développements sur l'impact de l'opinion sur l'effectivité des décisions permettent à Bickel de fonder la cohérence de sa réflexion, en conciliant définitivement le contrôle de constitutionnalité et la théorie démocratique. En définitive, le caractère suprême des décisions de la Cour ne serait que provisoire ; le dernier mot appartiendrait toujours au peuple :

Le droit de la Cour suprême [...] ne pourrait pas prévaloir dans notre système [...] s'il allait à l'encontre de convictions et de besoins populaires profondément ancrés, ou même s'il était rejeté par une minorité déterminée et substantielle et reçu par le reste du pays avec indifférence. C'est ce qui, au final, explique comment et pourquoi le *judicial review* est en accord avec la théorie et pratique de la démocratie politique. C'est pourquoi la Cour suprême est une cour de dernier ressort seulement hypothétiquement<sup>352</sup>.

Les électeurs auront le dernier mot, que celui-ci s'exprime par la « ratification » d'une décision de la Cour lors des élections législatives ou présidentielles<sup>353</sup>, ou qu'il contrecarre au contraire la décision par une révision constitutionnelle<sup>354</sup>. Sur ce point, une certaine contradiction

---

<sup>349</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 259-260.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>351</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>352</sup> A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, op. cit., p. 258.

<sup>353</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 93.

<sup>354</sup> J.H. Ely cite sur ce point quatre révisions constitutionnelles qui auraient explicitement renversé une décision de la Cour suprême : le onzième amendement répond à *Chisholm vs Georgia* (1793) ; le quatorzième amendement à *Scott vs Sandford* (1857), le seizième à *Pollak vs Farmers' Loan and Trust Co.* (1895) et le vingt-sixième à *Oregon vs Mitchell* (1970) (*Democracy and Distrust*, op. cit., p. 46). La rigidité forte de la constitution fédérale

apparaît dans l'œuvre de Bickel. D'une part, il insiste sur l'incapacité de remettre en cause les décisions de la Cour quand il conceptualise la difficulté contre-majoritaire<sup>355</sup>. D'autre part, il explique qu'il est toujours possible de remettre en cause les décisions de la Cour et qu'ainsi le contrôle de constitutionnalité serait démocratique. La difficulté contre-majoritaire serait résolue par un élément qui était en théorie inexistant. Peut-être Bickel force-t-il le trait quand il fait état de la difficulté contre-majoritaire, pour ensuite mieux la résoudre. Cependant, une cohérence pourrait être donnée à sa pensée si l'on considère que son analyse se situe à deux niveaux de raisonnement. La partie descriptive de son œuvre serait davantage théorique, et la partie prescriptive allierait le versant théorique et le constat pratique de l'action de la Cour. Ainsi, théoriquement, les citoyens sont soumis aux décisions et doivent toujours y obéir. Au contraire, en pratique, la Cour prend en compte l'opinion publique pour assurer l'effectivité de ses décisions et s'inscrire dans un système de gouvernement légitime.

Bickel semble ici faire une place claire à la société dans le processus de formation du droit à plusieurs niveaux de son étude : les citoyens bâtissent la tradition prise en compte par les *Justices* ; ils participent, en amont de la décision, au colloque initié par la Cour ; leur consentement est constaté voire anticipé par cette dernière. Leur consentement apparaît ainsi clé et central au raisonnement juridictionnel<sup>356</sup>. Les juges devraient être dotés « d'antennes » pour enregistrer les sentiments du peuple au-delà de toute preuve logique et quantitative. Le caractère flou de ce procédé est manifeste, le juge pouvant être confronté à la difficulté « d'exprimer l'inexprimable<sup>357</sup> ». Cette difficulté a conduit Bickel à progressivement douter de la capacité des *Justices* à en rendre compte. La fin de son œuvre est ainsi marquée d'un scepticisme croissant. Que ce soit à cause d'un activisme déraisonné de la Cour Warren ou d'une faille du modèle de comportement qu'il avait défendu dans ses écrits<sup>358</sup>, Bickel semble nuancer le rôle de la Cour dans la formation du droit et des principes.

Dans *The Least Dangerous Branch*, Bickel fait preuve d'un optimisme clair : bien qu'il faille encadrer l'action de la Cour, cette dernière est la mieux placée pour dégager des principes et encourager leur développement. Au contraire, *The Supreme court and the idea of progress* et *The Morality of Consent* sont empreints d'un pessimisme patent. La Cour est reléguée au second plan :

La leçon est plutôt que face à des problèmes de grande magnitude aux ramifications généralisées, des problèmes aux racines complexes et aux

---

américaine, et le peu d'exemples historiques de révision constitutionnelle en réponse à des décisions de la Cour montrent que cette réponse, bien qu'étant la plus efficace, est exceptionnelle.

<sup>355</sup> Il souligne cet élément dans la définition qu'il donne du *judicial review*, *the Least dangerous branch op. cit.*, p. 235, même s'il souligne les autres ressources dont dispose le système américain.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 238-239.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>358</sup> A. BICKEL n'explique pas clairement pourquoi il nuance considérablement ses propos.

conséquences se multipliant de façon imprévisible –pour régler ces problèmes, la société est mieux habilitée à assembler les éléments de la tradition ; elle avance de façon plus effective, et peut-être d'une manière empirique, déployant son entière tradition dans toutes ses contradictions et non simplement dans un aspect indépendant ou dans un autre ; la société recule et avance, elle évolue et répond en fonction de l'expérience, et elle agit en accord avec les pressions supportées par le processus politique. La seule chose constante, comme Brandeis aimait à le dire, est le changement. Dans ces larges domaines de politique sociale où c'est le cas, nous devons conclure que la suprématie judiciaire n'est pas possible<sup>359</sup>.

Edward A. Purcell J<sup>r</sup> explicite cette évolution de la vision de Bickel des rapports entre le politique et le juridique dans l'élaboration des principes :

Dans *The Least Dangerous Branch*, Alexander Bickel a vu les cours de justice comme les voix spéciales de la raison, seules capables d'élaborer les principes appropriés ; le processus politique était apparu erratique et enclin à l'excès. Quand les principes sont devenus "idéologiques" à la fin des années soixante et quand le but premier de Bickel est passé de l'accomplissement d'une réforme morale au maintien de la tranquillité sociale, le jugement devait être renversé. Le Judiciaire devint erratique, le processus politique rationnel<sup>360</sup>.

*Mathilde Laporte est doctorante à l'Université Panthéon-Assas Paris II. Elle prépare, sous la direction du Professeur D. Baranger, une thèse intitulée « L'école doctrinale américaine du legal process et le droit public ».*

---

<sup>359</sup> A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, op. cit., p. 175.

<sup>360</sup> E. PURCELL J<sup>r</sup>, « Alexander M. Bickel and the Post-realist constitution », *Harv. C.R. – C.L. Law Review*, 11, 1976, p. 554; cité par J.H. ELY *Democracy and Distrust op. cit.*, p. 57.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Écrits d'Alexander Bickel

#### Ouvrages

Bickel (A.), *The Least Dangerous Branch (The Supreme Court at the Bar of politics)*, New Haven and London, Yale University press, 1962, 272 p.

Bickel (A.), *politics and the Warren Court*, Harper & Row publishers, New York, 1965, 261 p.

Bickel (A.), *The New Age of political Reform (The Electoral College, the Convention and the party System)*, J. & J. Harper Editions, Harper & Row publishers, New York and Evanston, 1969, 84 p.

Bickel (A.), *The Supreme Court and the Idea of progress*, New Haven and London, Yale University press, 1970, 181 p.

Bickel (A.), *Reform and Continuity (The Electoral College, the Convention and the party System)*, Harper Colophon Books, Harper & Row publishers, New York, Evanston, San Francisco, London, 1971, 122 p. (reprise et extension de *The New Age of political Reform*).

Bickel (A.), *The Morality of Consent*, New Haven and London, Yale University press, 1975, 142 p.

#### Articles

Bickel (A.), "The Original Understanding and the Segregation Decision", 69 *Harvard Law Review* (1955).

Bickel (A.), et Wellington (H.) "Legislative purpose and the Judicial process: The Lincoln Mills Case", 71 *Harvard Law Review* (1957).

Bickel (A.), "The Supreme Court 1960 Term. Foreword: the passive Virtues" 75 *Harvard Law Review* (1961).

Bickel (A.), "Felix Frankfurter", 78 *Harvard Law Review* (1965).

Bickel (A.), "The Role of the Supreme Court of the United States", 44 *Texas Law Review* (1965 – 1966).

Bickel (A.), "The Voting Rights Cases", 66 *The Supreme Court Review* (1966).

Bickel (A.), "The New Supreme Court: prospects and problems", XLV *Tulane Law Review* (1971)

Bickel (A.), "Citizenship in the American Constitution", 15 *Arizona Law Review* (1973).

Bickel (A.), "Civil Disobedience and the Duty to Obey", 8 *Gonzaga Law Review* (1973).

Bickel (A.), "Conscience, power, and the Duty to Obey Law", 27 *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences* (1974).



## II. Écrits sur Alexander Bickel

### Ouvrage collectif

*The Judiciary and American Democracy (Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory)*, ed. Ward (K.) et Castillo (C.), SUNY Series in American Constitutionalism, State University of New York press, 2005, 190 p. (contributions: Brubaker S., Devins (N.), Golove (D.), Nagel (R.), peretti (T.), peters (J.), Tushnet (M.), Ward (K.), Whittington (K.)).

### Articles

Gunther (G.), “The Subtle Vices of the passive Virtues” 64 *Columbia Law Review* (1964).

Wright (J.), “Professor Bickel, the Scholarly Tradition and the Supreme Court”, 84 *Harvard Law Review* (1971).

Black (C. L.), “Alexander Mordecai Bickel” 84 *Yale Law Journal* (1974).

Sacks (A.M.), “A tribute to Alexander Mordecai Bickel” 88 *Harvard Law Review* (1975).

Chayes (A.), “Alexander M. Bickel: a personal remembrance” 88 *Harvard Law Review* (1975).

Purcell (E.), “Alexander M. Bickel and the post-Realist Constitution”, 11 *Harv. C.R. – C.L. Law Review* (1976).

Kronman (A.), “Alexander Bickel’s philosophy of prudence”, 94 *Yale Law Journal* (1984).

O’Neill (J.), “Shaping Modern Constitutional Theory: Bickel and Bork Confront the Warren Court”, 65 *Review of politics* (2003).

Molot (J.), “Principled Minimalism: Restriking the Balance between Judicial Minimalism and Neutral principles”, 90 *Virginia Law Review* (2004).

### Ressources électroniques

Colins (R.), “Online Alexander Bickel symposium: Forward –looking back while moving forward” SCOTUS Blog, 13/08/2012.

Site de la bibliothèque de l’Université de Virginie : <http://lib.law.virginia.edu/specialcollections/person/alexander-mordecai-bickel>

Site de la bibliothèque de Yale (Guide to Alexander Mordecai Bickel’s papers) : <http://drs.library.yale.edu/HLTransformer/HLTransServlet?style=yul.ead2002.xhtml.xsl&pid=mssa:ms.0762&clear-stylesheet-cache=yes>

### III. Autres

#### Ouvrages

##### *En français*

Hamilton (A.), Jay (J.) Madison (J.), *Le Fédéraliste*, nouveau tirage avec une préface de Tunc (A.), LGDJ, coll. « Bibliothèque de textes et études fédéralistes », Paris, 1957.

Lamberti (J.-C.), *Tocqueville et les deux démocraties*, pUF, coll. Sociologies, 1983.

Zoller (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, 1<sup>ère</sup> édition, Dalloz, 2010.

Rials (S.) et Boudon (J.), *Textes constitutionnels étrangers*, Que sais-je ?, 13<sup>ème</sup> édition, 2010.

##### *En anglais*

Tribe (L.), *American Constitutional Law*, The Foundation press, Mineola New-York, 1978.

Ely (J.H.), *Democracy and Distrust (A Theory of Judicial Review)*, Harvard University press, Cambridge Massachusetts and London England, 1980.

Powell (H.J.), *The Moral Tradition of American Constitutionalism (A theological Interpretation)*, Duke University press, Durham and London, 1993.

Ackerman (B.), *We the people, Tome 1. Foundations*, Harvard University press, 1993.

Stone (G.), Seidman (L.), Sunstein (C.), Tushnet (M.), Karlan (P.), *Constitutional Law*, 5<sup>th</sup> edition, Aspen publisher, 2005.

#### Articles

##### *En français*

Calvès (G.), « Le juge constitutionnel entre droit et politique : une brève présentation de la querelle des principes neutres », *Jus politicum*, n° 5, 2010.

##### *En anglais*

Thayer (J.), "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law", 7 *Harvard Law Review* (1893).

Dahl (R.), "Decision-making in Democracy: the Supreme Court as a National policy Maker", 6 *Journal of public Law* (1957).

Tigar (M.), "Judicial power, the political Question Doctrine and Foreign Relations", 17 *UCLA Law Review* (1970).

- Ackerman (B.), “Storrs Lectures: Discovering the Constitution” 93 *Yale Law Journal* (1984).
- Ackerman (B.), “Constitutional politics / Constitutional Law”, 99 *Yale Law Journal* (1989).
- Graber (M.), “The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary”, 7 *Studies in American political Development* (1993).
- Tushnet (M.), “Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty”, 94 *Michigan Law Review* (1995).
- Sebok (A.), “Reading “The Legal process””, 94 *Michigan Law Review* (1996).
- Dorr (G.), “Principled Expediency: Eugenics, Naim vs Naim and the Supreme Court”, 42 *The American Journal of Legal History* (1998).
- Althouse, “Electoral College Reform: Déjà vu”, 95 *Northwestern Law Review* (2001).
- Friedman (B.), “The Counter-majoritarian problem and the pathology of Constitutional Scholarship”, 95 *Northwestern University Law Review* (2001).
- Friedman (B.), “The birth of an Academic Obsession: the History of the Countermajoritarian Difficulty, part. Five” 112 *Yale Law Journal* (2002).
- Somin (I.), “Political Ignorance and the Countermajoritarian Difficulty: A New perspective on the Central Obsession of Constitutional Theory” 89 *Iowa Law Review* (2004).
- Amar (A.R.), “America’s Constitution and the Yale Law School of Constitutional Interpretation”, 115 *Yale Law Journal* (2006).
- Martens (A.), “Reconsidering Judicial Supremacy: From the Countermajoritarian Difficulty to Constitutional Transformations” 5 *perspectives on politics* (2007).
- Smith (T.), “Reckless caution: the perils of Judicial Minimalism”, 5 *New York University Journal of Law and Liberty* (2010).
- Williams (N.), “Reforming the Electoral College: Federalism, Majoritarianism and the perils of Subconstitutional Change”, 100 *Georgetown Law Journal* (2011).
- Monaghan (H.), “On Avoiding Avoidance, Agenda Control and Related Matters”, 112 *Columbia Law Review* (2012).