

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

L'ÉVOLUTION DE LA POLITISATION DE LA COUR SUPRÊME AMÉRICAINE DEPUIS
1973

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ

COMME EXIGENCE PARTIELLE

MAÎTRISE EN SCIENCE POLITIQUE PROFIL AVEC MÉMOIRE

PAR

GABRIELLE OUELLETTE-TURP

AVRIL 2023

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.04-2020). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

1.1.1 REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon directeur, Frédérick Gagnon pour ses conseils, son soutien et ses suggestions. Travailler sous sa direction a été une expérience extrêmement enrichissante. Merci d'avoir cru en moi et mon projet. Toute ma reconnaissance va également à ma relectrice, Elisabeth Vallet pour ses commentaires et encouragements et à Christophe Cloutier-Roy pour son aide lorsque ce mémoire était encore seulement un travail de session et mes idées complètement désorganisées. Une pensée spéciale pour Caroline Patsias qui m'a épaulée durant mon cheminement et m'a encouragée à m'affirmer dans le monde académique et dans la vie de tous les jours.

Merci à mes amis qui ont été à mes côtés depuis le début de cette aventure. Merci à Justine, ma complice dans les cours et séminaires qui comprenait toujours mes sentiments et mes besoins. Merci pour ton sens de l'humour et tes *relatable memes* qui ont rendu la maîtrise tellement mémorable. Merci à Elisa, qui m'a écoutée et encouragée lorsque je doutais de toutes mes décisions. Merci d'avoir été présente pour moi tous les jours. Tes encouragements m'ont permis de ne jamais abandonner. Merci à la meilleure, Stéphanie, qui a toujours soutenu mes idées complètement folles. Merci de m'avoir donné le courage de me réorienter et de m'écouter parler de George Washington continuellement. Merci pour ta patience, ton enthousiasme et ton énergie lorsque je ne voyais pas la lumière au bout du tunnel.

Finalement, je désire remercier ma famille pour leur intérêt dans mon sujet et leurs encouragements à chaque étape de mon parcours académique depuis que je suis enfant. À ma mère, Lauraine, et mon père, Richard, merci d'être des parents fantastiques qui nous ont soutenus, mes frères et moi, toute notre vie et qui ont toujours été présents pour nous. Merci de nous avoir donné la liberté de faire nos propres choix et nos propres erreurs. Merci à Diane-Marie pour ton énergie, tes relectures et tes questions qui m'ont permis de développer mon propre style académique et qui m'ont permis de m'approprier mon sujet. Merci à mon grand frère, Vincent, qui m'a toujours encouragée à rêver et qui m'a montré par ses propres actions que parfois, nos rêves se réalisent. Tu es peut-être loin physiquement, mais sache que ton soutien traverse l'Atlantique. Mon plus gros remerciement est pour mon big bro, Sacha, qui depuis le début de ma maîtrise a été présent lors de mes hauts et mes bas, qui m'a écoutée, conseillée, consolée et calmée en plus de gérer sa propre vie. Merci de tout mon cœur pour nos nombreux débats et nos désaccords qui m'ont permis de devenir plus confiante en mes propres jugements et de défendre mes convictions d'une façon productive (la majorité du temps). Merci pour tes nombreuses relectures, ta patience envers moi et Antidote et ta capacité de comprendre exactement ce que je voulais dire même lorsque je n'étais pas capable de l'écrire clairement.

Ce mémoire n'existerait pas sans vous tous.

Merci.

1.1.2 DÉDICACE

*For Jeff,
Thank you.
I miss you.*

1.1.3 AVANT-PROPOS

The remedy for speech that is false is speech that is true. This is the ordinary course in a free society. The response to the unreasoned is the rational; to the uninformed, the enlightened; to the straight-out lie, the simple truth.

- Anthony Kennedy

1.1.4 TABLE DES MATIÈRES

1.1.1	REMERCIEMENTS	ii
1.1.2	DÉDICACE.....	iv
1.1.3	AVANT-PROPOS	v
1.1.5	Liste des figures.....	ix
1.1.6	RÉSUMÉ.....	x
1.1.7	ABSTRACT.....	xi
	INTRODUCTION.....	1
	CHAPITRE 1 CADRE & MÉTHODOLOGIE.....	4
1.1	PROBLÉMATIQUE, PRÉSENTATION DU SUJET, QUESTION DE RECHERCHE & THÈSE.....	4
1.2	REVUE DE LA LITTÉRATURE	7
1.2.1	LES INTERACTIONS ENTRE LA COUR ET LES AUTRES ACTEURS	7
1.2.2	LA COUR ET SON INDÉPENDANCE	8
1.2.3	CHANGEMENT DE CAP	9
1.2.4	LES DÉCISIONS	12
1.2.5	LA POLARISATION AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ ET DES INSTITUTIONS	13
1.2.5.1	DANS LA SOCIÉTÉ ET LES INSTITUTIONS POLITIQUES	13
1.2.5.2	LA POLARISATION AU SEIN DE LA COUR SUPRÊME.....	15
1.3	CADRE CONCEPTUEL ET THÉORIQUE	17
1.3.1	AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT (APD)	17
1.3.2	LAW AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT	19
1.4	DÉFINITION DES CONCEPTS	21
1.5	MÉTHODOLOGIE	22
	CHAPITRE 2 L'INFLUENCE DE LA POLITIQUE DANS LES DÉCISIONS JURIDIQUES..	26
2.1	ROE C. WADE : LA MOBILISATION ET LA RADICALISATION DE LA DROITE.....	26
2.1.1	DOE, ROE ET CASEY.....	26
2.1.2	LA GUERRE DES CLANS.....	28
2.1.3	EFFETS DE LA DÉCISION ROE C. WADE	31
2.1.3.1	HOMOGÉNÉISATION ET RADICALISATION DE LA DROITE	31
2.1.3.2	CRÉATION DE LA <i>FEDERALIST SOCIETY</i>	32

2.1.3.3	POLARISATION ET LE DÉBUT DES <i>CULTURE WARS</i>	33
2.2	BUSH C. GORE : LE JUGEMENT D’EXCEPTION ET LA PARTISANERIE DES JUGES.....	34
2.2.1	LES RÉSULTATS À RETARDEMENT	35
2.2.2	L’APPEL DE LA RETRAITE	37
2.2.3	LE RÔLE DE LA COUR ET LE RÔLE DU CONGRÈS	39
2.2.4	EFFETS DU JUGEMENT	40
2.2.4.1	AUPRÈS DE LA POPULATION	40
2.2.4.2	AUPRÈS DES JUGES ET DE L’INSTITUTION	41
2.2.4.3	AUPRÈS DES MÉDIAS	42
CHAPITRE 3	L’ÉVOLUTION DES AUDIENCES DE CONFIRMATION DES JUGES.....	45
3.1	ROBERT BORK ET LE DÉBUT DES NOMINATIONS POLITIQUES	45
3.1.1	LE RÊVE CONSERVATEUR DE REAGAN.....	45
3.1.2	DES AUDIENCES HORS DU COMMUN	50
3.1.3	LE RÔLE GRANDISSANT DES MÉDIAS ET DES GROUPES D’INTÉRÊTS	52
3.1.4	EFFETS DE LA NOMINATION DE ROBERT BORK.....	56
3.1.4.1	CHANGEMENTS DES COMPORTEMENTS DES PRÉSIDENTS	57
3.1.4.2	CHANGEMENTS DES AUDIENCES	57
3.1.4.3	PRÉSENCE ACCRUE DES MÉDIAS ET DES GROUPES D’INTÉRÊTS	58
3.2	L’IMPACT DUO TRUMP – McCONNELL SUR LES NOMINATIONS À LA COUR SUPRÊME	61
3.2.1	LES NOMINATIONS	61
3.2.1.1	Juges Garland et Gorsuch.....	61
3.2.1.2	Juge Kavanaugh	63
3.2.1.3	Juge Coney Barrett.....	63
3.2.2	EFFETS	64
3.2.2.1	AUGMENTATION DES COMMENTAIRES PARTISANS.....	64
3.2.2.2	SUPPRESSION DU FILIBUSTER	66
3.2.2.3	DISPARITION DU SWING VOTE.....	67
CONCLUSION	69
INTERPRÉTATION DE LA RECHERCHE	69
FORCES ET LIMITES DE LA RECHERCHE	71

RECHERCHES FUTURES.....71

3.2.3 BIBLIOGRAPHIE.....73

1.1.5 LISTE DES FIGURES

Figure 1.0 – La séparation des pouvoirs aux États-Unis.....	2
Figure 2.1 Position des juges dans la décision Bush c. Gore	38
Figure 2.2 – Taux de confiance de la population envers la Cour suprême après Bush c. Gore.....	41
Figure 2.3 – Taux d’approbation envers la Cour suprême par affiliation politique avant et après Bush c. Gore.....	41
Figure 2.4 – Connaissances générales de la Cour de la population américaine avant et après Bush c. Gore	43
Figure 3.1 – Le score du Judicial Common Space des juges de la Cour suprême en 1986	46
Figure 3.2 – Le score de la Judicial Common Space pour les juges en 2021	64

1.1.6 RÉSUMÉ

Cette recherche répond à un paradoxe historique : comment la Cour suprême des États-Unis, qui assure à ses juges l'inamovibilité afin d'éviter sa politisation, est-elle devenue l'une des institutions les plus polarisées des États-Unis, celle qui renversera l'arrêt *Roe c. Wade* (1973) en 2022? Non seulement la Cour suprême est-elle politisée aujourd'hui, mais sa polarisation est à l'image de celle de la société américaine. Les recherches sur cette institution insistent en général sur les impacts à court, moyen et long terme des décisions de la Cour et sur la perception qu'en ont les citoyens. Toutefois, elles mettent rarement l'accent sur les processus qui ont mené à la politisation de la Cour que l'on observe aujourd'hui, élément pourtant essentiel à la compréhension du problème et à la possibilité de définir des pistes de solution. Voulant contribuer à combler ce vide dans la littérature, ce mémoire s'appuie sur les travaux en *American Political Development* (APD) et la méthode du traçage de processus pour mettre en exergue quatre moments clés qui ont mené à la forte politisation qui caractérise désormais la Cour, soit la décision *Roe c. Wade* en 1973, la nomination du juge Robert Bork par le président Reagan en 1987, la décision *Bush c. Gore* de 2000 et les actes de gouvernance du duo de Donald Trump et Mitch McConnell de 2016 à 2021. À partir de 1973, ces quatre événements engagent les États-Unis sur une nouvelle voie, dont il est difficile pour leur système politique de se désengager. En guise de conclusion, nous réfléchissons aux solutions potentielles à la polarisation actuelle de la Cour.

Mots clés : États-Unis, Politique américaine, Cour suprême, Sénat, American Political Development (APD), Process Tracing, Politisation, Polarisation

1.1.7 ABSTRACT

This research addresses a historical paradox: how did the U.S. Supreme Court which provides its justices with security of tenure to avoid politicization, become one of the most politicized institutions in the United States, one that will overturn *Roe v. Wade* (1973) in 2022? Not only is the Supreme Court politicized today, but it reflects a polarized American society. In general, research on the Supreme Court focuses on the short-, medium-, and long-term impacts of its decisions as well as public perceptions of the Court. However, it rarely focuses on the processes that have led to this politicization, which is essential to understand the problem and identify possible solutions. In order to begin to address this shortcoming, this dissertation, through process tracing and American Political Development (APD), highlights four key events that have led to the strong politicization that now characterizes the Court : namely the *Roe v. Wade* decision of 1973, President Reagan’s appointment of Judge Robert Bork in 1987, the *Bush v. Gore* decision of 2000, and the governing acts of the duo composed of Donald Trump and Mitch McConnell from 2016 to 2021. Beginning in 1973, these four events set the United States on a new course, from which it is difficult for its political system to disengage. In conclusion, we will reflect on potential solutions to the current polarization of the Court.

Keywords: United-States, American politics, Supreme Court, Senate, American Political Development (APD), Process Tracing, Politicization, Polarization

INTRODUCTION

The Supreme Court, of course, has the responsibility of ensuring that our government never oversteps its proper bounds or violates the rights of individuals. But the Court must also recognize the limits on itself and respect the choices made by the American people.

- Elena Kagan

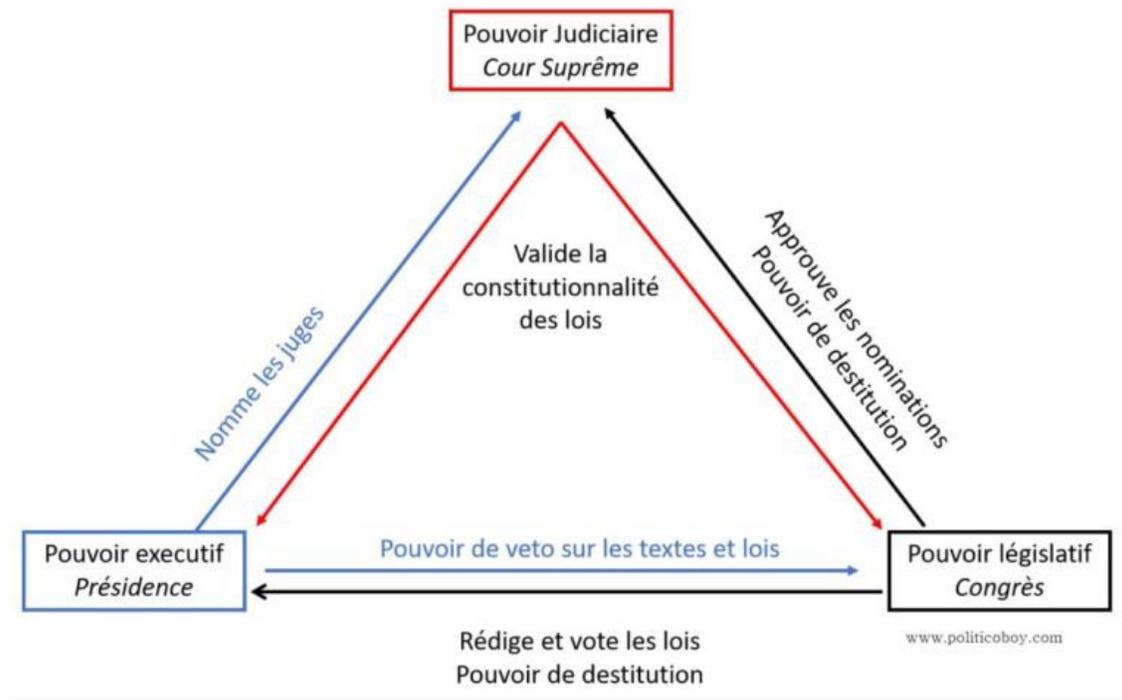
Everything I did in my life that was worthwhile, I caught hell for.

- Earl Warren

En se basant sur le fonctionnement des 13 colonies et sur les écrits d'auteurs comme John Locke et Montesquieu – qui croient à l'importance de la séparation des pouvoirs – les Pères fondateurs décident d'intégrer à la Constitution ce principe qui deviendra la base du système politique américain (McKay, 2009). Les trois premiers articles de la Constitution confient la responsabilité des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire à trois institutions distinctes et indépendantes les unes des autres et créent un système de contrôle (checks and balances) afin d'éviter qu'une branche du gouvernement ne concentre trop de pouvoir entre ses mains (Corbo et Gagnon, 2016).

Lors de sa création en 1789, la Cour suprême était perçue par les Pères fondateurs comme la branche la plus faible des trois et différente de l'exécutif et du législatif. En effet, Alexander Hamilton explique cette faiblesse par le fait que la Cour n'avait pas le contrôle sur le budget et ne pouvait pas créer de lois (Hamilton, s. d.). Selon les articles de la confédération (l'ancêtre de la Constitution), les cours d'état devaient régler les controverses légales, et avaient donc plus de responsabilités que la Cour suprême.

Figure 1.0 – La séparation des pouvoirs aux États-Unis¹



Lors de l'écriture de la Constitution, la création de la Cour suprême est en grande partie le produit du désir d'avoir un gouvernement central puissant et vise à uniformiser le droit américain. Elle est créée par l'article 3 de la Constitution de 1787, qui stipule aussi que les juges siègeront à vie, à moins de destitution, pour que l'inamovibilité des juges encourage leur impartialité (Shapiro, 2020a, p. 8). Ce même article établit aussi la juridiction de la Cour (Geyh, 2006). Cependant, la Constitution laisse carte blanche au Congrès pour fixer d'autres règles du système, comme le nombre de juges et la structure des cours inférieures. Elle donne aussi la responsabilité suivante au Sénat: « *through its "advice and consent," confirm or reject presidential nominees for membership on the Court* (Huebner, 2018, p. 1). »

Un mois avant la ratification de la Constitution en 1788, Alexander Hamilton fait valoir que les autres branches du gouvernement et le peuple se soumettraient à l'autorité de la Cour à cause de son prestige et de son impartialité. Dans le *Federalist 78*, il explique que les jugements seraient basés sur ceci : « *neither on force nor will, but merely judgment* » (Kaplan, 2018).

Lors de ses premières décennies d'existence, l'institution a si peu de prestige que ses juges doivent aussi être juges de district et se déplacer fréquemment pour accomplir leur rôle, et ce, jusqu'en 1891 (Huebner, 2018). Le premier juge en chef, John Jay, réalise rapidement que la Cour suprême n'a pas la légitimité des cours de districts et n'a pas non plus une charge de travail équivalente. Entre 1790 et 1801, la Cour suprême n'entend que 86 causes (Huebner, 2018). Il faut attendre le 19^e siècle pour qu'elle devienne une branche du gouvernement égale aux autres, grâce au juge en

¹ Graphique provenant de www.politicoboy.com (Politicoboy, 2018).

chef John Marshall après la décision unanime *Marbury c. Madison*, qui officialise le pouvoir du contrôle judiciaire (*judicial review*). Ce pouvoir offre un statut unique à la Cour comme arbitre final des conflits constitutionnels (Huebner, 2018). En revanche, il faut attendre 1810 pour voir la Cour utiliser son pouvoir de révision dans la décision *Fletcher c. Peck* (Huebner, 2018).

Le pouvoir limité de la Cour ne lui permet pas de gagner en crédibilité, puisque très peu de cas se rendent jusqu'à elle. Rapidement, un revirement de situation se produit et les juges s'accordent des pouvoirs supplémentaires, faisant soudain du judiciaire une menace pour l'exécutif et le législatif. Voyant les risques d'une Cour puissante, les autres branches décident donc de prendre cette dernière plus au sérieux et d'en influencer la composition afin qu'elle serve mieux leurs intérêts. En effet, lorsque les différents acteurs de ces deux branches réalisent qu'ils sont devant un véritable changement de paradigme, ils changent leur manière d'aborder le processus de nomination des juges de façon à choisir des candidats qui leur ressemblent sur le plan idéologique afin que les orientations du contrôle judiciaire reflètent leurs valeurs.

Aujourd'hui, le processus de nomination des juges comporte surtout un examen des inclinations politiques de ces derniers, avec des sénateurs qui votent rarement pour la confirmation de candidats qui ne partagent pas leur idéologie. Avec les audiences mouvementées des dernières années, il est pertinent de se demander comment, en l'espace de quelques générations, nous sommes passés d'une Cour sans véritable pouvoir, dont le processus de nomination est sans scandale ni coup d'éclat, à une Cour au cœur des grands débats politiques et dont les procédures de nominations sont partisans et dramatiques. À partir de cette prémisse, cette recherche tentera d'expliquer la politisation graduelle de la Cour suprême depuis 1973.

Dans ce travail, nous illustrerons comment le processus de politisation, qui se produit lorsque la Cour se prononce sur des litiges non seulement en fonction des faits qui lui sont présentés et de l'application objective de la loi, mais à partir de considérations idéologiques et partisans (Yacobucci et Hilbert, 2016), s'explique et s'accroît à la suite de quatre moments charnières de l'histoire de la Cour suprême. Afin de bien les comprendre, chaque événement sera analysé dans son contexte et selon ses effets. D'abord, nous analyserons l'impact du jugement *Roe c. Wade* de 1973. Ensuite, nous nous concentrerons sur la nomination à la Cour suprême du juge Robert Bork par Ronald Reagan en 1987. Subséquemment, nous nous tournerons vers le jugement *Bush c. Gore* de la Cour suprême en 2000 et nous terminerons l'analyse avec les impacts de l'ère Trump sur la Cour. En guise de conclusion, de possibles solutions pour limiter et ralentir les effets de la politisation afin d'assurer un fonctionnement optimal de la Cour seront présentées.

CHAPITRE 1 CADRE & MÉTHODOLOGIE

If Americans lose their faith in the Supreme Court's ability to render impartial justice, the Court might lose its power to resolve important questions in ways that all Americans can live with. (Epps et Sitaraman, 2019)

1.1 PROBLÉMATIQUE, PRÉSENTATION DU SUJET, QUESTION DE RECHERCHE & THÈSE

La décision *Brown c. Board of Education* en 1954 est reconnue pour avoir inauguré le rôle militant et activiste de la Cour suprême d'après-guerre dans le gouvernement national (Goldberg, 2010 ; Kluger, 2011 ; Lau *et al.*, 2004 ; Tushnet et Lezin, 1991). Cet activisme a contribué à réorganiser le système politique et constitutionnel de la nation. Les principaux domaines d'activisme qui concernaient les branches politiques peuvent être classés comme suit : (1) Droits civils pour les citoyens noirs, y compris les décisions concernant la déségrégation, le transport scolaire et la discrimination positive; (2) Réorganisation des districts du Congrès et des législatures des états; (3) Interdiction de la prière obligatoire dans les écoles publiques; (4) Protection constitutionnelle accrue pour les personnes accusées de délits criminels; (5) Protection par le droit à la vie privée en vertu de la clause de procédure régulière du quatorzième amendement pour les activités sexuelles et les relations familiales (Griffin, 1988).

Brown a interpellé les sénateurs et les représentants du Sud en leur montrant que la Cour était capable d'affecter profondément leur mode de vie. Cependant, les sudistes ne représentaient pas une force politique suffisante pour riposter directement à la Cour sur la question de la ségrégation. Ils se servent donc des audiences de nomination pour exprimer leurs points de vue. Les questions sur la philosophie judiciaire d'un candidat sont devenues de plus en plus courantes, et le niveau moyen d'opposition aux candidats a augmenté (Griffin, 1988).

La politisation de la Cour s'observe lorsque le mouvement des droits civiques gagne en importance. La décision d'intervenir au nom des citoyens noirs qui cherchaient à obtenir l'égalité devant la loi a entraîné la Cour dans le tourbillon de la politique américaine. Cette prise de position alignait la Cour avec une aile particulière du Parti démocrate (et finalement avec l'ensemble du Parti) contre les sudistes et les républicains conservateurs. Les conséquences politiques de l'implication de la Cour dans la lutte pour les droits civiques ont été pleinement affichées dans les audiences de Bork (Griffin, 1988).

Avant les années 1960, on observe peu de traces de politisation et de polarisation au sein de la Cour suprême et dans le choix des candidats sélectionnés (Devins et Baum, 2017). Toutefois, c'est au cours de cette décennie que s'instaurent les conditions encourageant les clivages dans le processus de nomination en fonction des lignes de parti. Avec le recul, on constate qu'avec la nomination de Byron White en 1962, le Parti démocrate nomme son dernier conservateur modéré à la Cour suprême. Le changement au sein du processus de nomination se cristallise en 1990 avec la nomination de David Souter, dernier « libéral » modéré nommé par un président républicain (Devins et Baum, 2017). La Cour n'a plus réellement de juges modérés (se rangeant parfois du côté

conservateur de la Cour et parfois du côté libéral), mais plutôt des juges, les uns progressistes et les autres conservateurs, qui votent la plupart du temps en fonction de leur idéologie respective (Devins et Baum, 2017). Selon Epps et Sitaraman (2019), l'apparition d'une ligne de parti chez les juges est une menace importante à la légitimité de l'institution, car l'idéologie des juges devient le critère principal des fondements de leurs jugements.

Cette évolution tend à convaincre les chercheurs de l'existence d'un phénomène de politisation de la Cour suprême. Un certain consensus existe voulant que la Cour atteigne un point de non-retour en 1973 avec l'arrêt *Roe c. Wade* (Kaplan, 2018). Cette polarisation affecte négativement la perception de la Cour par le peuple américain. Dans le cadre de leur étude, Bartels et Johnston (2012) affirment que 70% sont d'accord ou entièrement d'accord que la Cour est « trop impliquée » dans la politique et 64% considèrent que ses jugements sont parfois motivés par la politique (Bartels et Johnston, 2012). On recense plusieurs textes sur les impacts de cette politisation qui font valoir que la Cour est politisée et que les juges sont parfois partisans, mais leurs auteurs présentent la politisation comme un fait accompli et irréfutable et tentent rarement d'en identifier les tenants et aboutissants (Long, s. d.).

La question de la politisation de la Cour suprême représente une polémique importante dans la recherche et les chercheurs qui étudient la question ne parviennent pas à un consensus. Le premier débat concerne l'idée même de la politisation de la Cour suprême, car ce ne sont pas tous les chercheurs qui trouvent pertinent de s'attarder à ce phénomène. Certains considèrent la Cour comme une institution qui a toujours été politisée et ils croient qu'il n'est pas nécessaire de faire une analyse de cette politisation, car elle ne résulte pas, selon eux, d'un processus évolutif (Shapiro, 2020c).

Dans le même ordre d'idées, certains chercheurs vont jusqu'à faire valoir que la politisation de la Cour est bénéfique parce qu'une Cour politisée et polarisée serait représentative du débat public aux États-Unis, ce qui lui permettrait de mieux refléter l'évolution de la société américaine (Peretti, 2001). Un peu plus nuancé, un autre groupe de chercheurs croit aussi que la Cour a toujours été politisée, et même partisane, mais que la situation a bien changé dans les dernières années, car la Cour s'est octroyé énormément de pouvoir, ce qui lui permet de trancher des litiges aux impacts politiques importants (Deysine, 2020). Ces chercheurs étudient l'exacerbation et les impacts de la politisation.

À l'opposé de cette première vision du processus de politisation, un autre groupe de chercheurs avance que le processus de politisation est bien réel, mais ses différents membres ne s'entendent pas sur les causes de ce phénomène. Pour certains, la politisation de la Cour débute dans les années 1930, avec le débat sur le « court packing », qui devient un enjeu politique (Yacobucci et Hilbert, 2016). Pour d'autres, la politisation de la Cour s'explique entièrement par le processus de nomination des juges à partir des années 1940 (Sunstein, 2014). Pour eux, plusieurs changements significatifs se produisent à partir des années 1940, comme une attention plus particulière portée au point de vue des futurs juges par rapport à certaines décisions antérieures de la Cour suprême, un plus grand nombre de sujets abordés lors des procédures de nominations et un temps égal alloué à tous les sénateurs pour poser leurs questions au candidat, qu'ils soient majoritaires ou minoritaires. Ces changements s'expliquent par des facteurs endogènes et exogènes pour permettre la promotion

du rôle du comité judiciaire dans le processus de confirmation et pour offrir une nouvelle plateforme aux sénateurs afin qu'ils gagnent en visibilité (Collins et Ringhand, 2016). Similairement, des chercheurs croient que la politisation de la Cour débute dans les années 1940, mais considèrent que le processus prend de l'ampleur surtout à partir des années 1970. Pour arriver à cette conclusion, ils étudient la polarisation de la Cour en regardant le nombre de décisions tranchées par 5 votes contre 4. Entre 1801 et 1940, moins de 2 % des décisions de la Cour étaient tranchées à 5-4. Depuis, ce pourcentage n'a jamais arrêté de grimper, passant à 16 % dans les années 1970 et atteignant 21.5 % avec la Cour Roberts de 2012 (Kuhn, 2012). Ces décisions comportent un certain risque, car elles sont les plus susceptibles d'être renversées à l'avenir (Kuhn, 2012), ce qui augmente et cristallise la division entre les juges plus progressistes et les plus conservateurs (Feldman, 2019). Pour un autre groupe de chercheurs, la politisation de la Cour commence dans les années 1960, lorsque les juges commencent à se prévaloir plus souvent de leur pouvoir de contrôle judiciaire et s'en servent afin de trancher en matière de politique électorale, ce qui politise davantage la Cour, étant donné les causes qu'elle décide d'entendre et de trancher (Schmidt et Shapiro, 2018). D'autres considèrent que tout découle de l'arrêt *Roe c. Wade* de 1973 (Gooch, 2015b) et que cette décision, signalant le début des *Culture Wars* et de la polarisation que nous connaissons aujourd'hui, est l'élément déclencheur qui a donné l'occasion à la Cour de se politiser plus que jamais (Kaplan, 2018). Finalement, d'autres considèrent que l'élément clé de la politisation de la Cour est la nomination du juge Robert Bork par le président Reagan en 1987 (Ogundele et Keith, 1999), car ce choix redéfinit complètement le processus de nomination des juges et représente la première fois qu'un président justifie son choix par des motifs politiques, et non par les compétences du juge (Epstein *et al.*, 2006). Un dernier groupe met la responsabilité de la politisation de la Cour uniquement sur les épaules des médias (Clark *et al.*, 2015). La couverture médiatique accentue la politisation en caractérisant les juges de la Cour comme des acteurs politiques et idéologiques (Spill et Oxley, 2003) et en présentant les décisions de la Cour comme des décisions politiques motivées par les préférences des juges plutôt que comme des décisions apolitiques basées sur les précédents judiciaires et sur la doctrine constitutionnelle (Jones, 2014).

Dans le cadre de cette recherche, et compte tenu de l'étendue de la littérature existante sur le sujet, nous nous rangeons dans le deuxième groupe qui considère que la politisation est réelle et croissante. Toutefois, à la différence des recherches passées, nous faisons valoir que plusieurs éléments sont à la source de la politisation actuelle, et que cette dernière est en fait la résultante d'une série d'événements interreliés. À partir de cette prémisse, cette recherche tentera de répondre aux questions suivantes : **quels facteurs expliquent l'évolution de la politisation de la Cour suprême au cours des dernières décennies et quels sont les impacts de cette politisation sur l'institution depuis?**

Dans ce travail, nous illustrerons comment le processus de politisation évolue à la suite de quatre moments charnières de la Cour suprême. **Notre thèse de départ est que la politisation s'explique par l'enchaînement de quatre événements : 1) le travail de la droite visant à nommer des juges conservateurs qui appliqueront un cadre d'analyse compatible avec leur idéologie aux litiges qu'ils seront appelés à se prononcer ; 2) les changements au processus de nomination des juges après celle du Juge Robert Bork; 3) le début des décisions justifiées par des motifs politiques à partir de *Bush c. Gore*; et 4) les actes de gouvernance du duo de Donald Trump et Mitch McConnell de 2016 à 2021.**

De cette thèse découlent des arguments complémentaires. Premièrement, la thèse générale soutient qu'il existe une séquence chronologique importante, car l'évènement suivant aurait difficilement pu se produire si les précédents n'avaient pas eu lieu. Deuxièmement, nous croyons que la décision *Roe c. Wade* a pour effet d'organiser, de motiver et de radicaliser la droite quant aux nominations à la Cour suprême, ce qui mène à la création de la *Federalist Society*, qui influencera considérablement les nominations juridiques des présidents républicains par la suite. Troisièmement, nous croyons que la nomination du juge Robert Bork par Ronald Reagan en 1987 politise la Cour suprême de trois façons spécifiques : 1) les arguments offerts par le président pour justifier son choix changent à ce moment, car, pour la première fois, il ne cache pas le fait que la nomination est basée sur des motifs politiques plutôt que seulement sur les compétences juridiques du juge; 2) les audiences au Sénat changent aussi, avec les sénateurs qui posent plus clairement et fréquemment des questions reliées à l'idéologie du juge plutôt qu'à ses compétences; et 3) la nomination change aussi l'importance des acteurs secondaires, comme les médias et les groupes d'intérêts. Quatrièmement, nous croyons que la décision *Bush c. Gore* participe au processus de politisation de la Cour, car nous souscrivons à la notion que ce jugement est basé sur des arguments plus politiques que juridiques, ce qui illustre, à notre sens, le fait que la partisanerie des juges influence leur décision dans cette affaire. Notre dernier argument complémentaire est que la présidence de Trump jumelée au leadership de Mitch McConnell au Sénat crée une ambiance qui encourage les juges à émettre publiquement des commentaires hyperpartisans. Les résultats sont obtenus par le traçage de processus et les travaux en American Political Development (APD) en déterminant les moments cruciaux de l'institution créant une dépendance au sentier.

1.2 REVUE DE LA LITTÉRATURE

1.2.1 LES INTERACTIONS ENTRE LA COUR ET LES AUTRES ACTEURS

Il existe au moins cinq points d'interaction entre le Congrès et la Cour (Epstein *et al.*, 2015). Tout d'abord, le Congrès peut proposer des amendements visant à annuler les décisions de la Cour ou à modifier ses compétences, sa composition, etc. Un autre aspect de la dynamique entre la Cour et le Congrès est plus direct et permet aux membres du Congrès de déposer des mémoires *d'amicus curiae*² en lien avec les causes entendues par la Cour. Un troisième point d'interaction entre le Congrès et la Cour est la législation adoptée par le Congrès, qui peut devenir elle-même l'objet de litiges (Epstein *et al.*, 2015). Pour la majeure partie de son histoire, la Cour ne s'implique pas dans les affaires du Congrès. Avant le 20^e siècle, les juges ont déclaré des lois fédérales inconstitutionnelles seulement cinq fois. Dans les années 1990, la Cour rejetait trois ou quatre lois fédérales par session de la Cour³ (Kaplan, 2018). Un quatrième point d'interaction se produit entre la Cour et les commissions judiciaires du Congrès. Entre autres choses, ces commissions font des recommandations budgétaires pour le système judiciaire fédéral et examinent les projets de loi qui intéressent la Cour. La commission judiciaire du Sénat tient aussi des audiences de confirmation pour les candidats à la magistrature fédérale, y compris à la Cour suprême. Enfin, le Congrès peut

² Personne ou organisme, indirectement lié à une affaire judiciaire, qui propose au tribunal des informations ou des opinions pouvant l'aider à trancher l'affaire, sous la forme d'un mémoire, d'un témoignage, ou d'un document traitant d'un sujet en rapport avec le cas.

³ La Cour est en session à partir du premier lundi d'octobre jusqu'en juin ou juillet.

mettre en accusation les juges fédéraux, y compris les juges de la Cour suprême (Epstein *et al.*, 2015).

Le pouvoir exécutif participe également aux affaires judiciaires. Plus particulièrement, les présidents sont responsables de nommer des juges de la Cour suprême. L'exécutif participe également aux affaires de la Cour. Le bureau du Solliciteur général des États-Unis, situé au sein du ministère de la Justice, est chargé de représenter le gouvernement des États-Unis devant la Cour (Epstein *et al.*, 2015).

La Cour interagit aussi avec des entités extra-institutionnelles, en particulier des groupes d'intérêts. Les avocats représentant un éventail d'intérêts organisés font couramment pression sur la Cour. En moyenne, au cours des dernières années, près de 2 000 intérêts organisés ont participé à plus de 90 % des affaires ayant fait l'objet d'un avis (Epstein *et al.*, 2015). Le lobbying judiciaire est une entreprise différente de celle qui se déroule dans les couloirs du Congrès ou de l'exécutif. La loi interdit aux groupes d'approcher directement les juges et les magistrats de la même manière que les membres du Congrès ou de l'exécutif. Les groupes ont donc dû développer une approche judiciaire unique pour faire pression sur la Cour. Pour ce faire, ils parrainent des causes en offrant une représentation juridique aux parties aux procès. Ils interviennent dans les litiges en s'interposant volontairement dans les procès et ils déposent ou cosignent des mémoires *d'amicus curiae* (Epstein *et al.*, 2015).

1.2.2 LA COUR ET SON INDÉPENDANCE

Un élément séparant la Cour suprême des autres branches est son devoir d'impartialité, de là l'importance de conserver son indépendance de la sphère politique. La distance entre le politique et le juridique est d'autant plus ardue à maintenir du fait que le processus de nomination des juges est politique à la base. Le président nomme un juge et le Sénat décide d'entériner ou non la nomination. Ce processus se faisait en quelques jours seulement à huis clos sans contact entre le nommé et les sénateurs et reposait simplement sur les compétences professionnelles et légales des juges (Devins et Baum, 2017). Il faut attendre 1955 pour que les audiences prennent leur forme actuelle, soit une audience publique où le candidat est sommé de comparaître (Collins et Ringhand, 2016). En mettant l'accent sur les compétences du juge plutôt que sur ses croyances et idéologies, le processus permettait à la plupart des sénateurs de voter pour un juge compétent qui ne partageait pas nécessairement leurs valeurs.

Les juges de la Cour ont plus d'autonomie que la plupart des autres acteurs politiques. Cela est dû en grande partie au principe d'indépendance des cours judiciaires par rapport au processus politique (Baum, 2019a). Cette isolation de la politique est toutefois loin d'être totale. En tant que branches du gouvernement, les cours juridiques sont *de facto* des institutions politiques, car elles prennent des décisions sur des enjeux politiques majeurs. Le Congrès, le président et les groupes d'intérêts ont tous tenté d'influencer la juridiction de la Cour, sa composition et son fonctionnement (Huebner, 2018), ce qui fait du processus de nomination des juges une bataille sans cesse plus intense. Le processus légal et politique influence les décisions éventuelles de la Cour (Baum, 2019a).

Plusieurs chercheurs craignent qu'une Cour politisée s'affaiblisse par voie de perte de légitimité (Peretti, 2001). Pour que les gens perçoivent la Cour comme légitime, ils doivent considérer que les juges interprètent la loi plutôt que de la changer en fonction de leurs préférences personnelles (Peretti, 2001). En revanche, pour certains chercheurs, cette crainte n'a pas totalement lieu d'être. De multiples sondages montrent que le public américain est critique de la Cour suprême tout en la connaissant relativement peu. Les sondages montrent aussi que la vision de la Cour s'explique par des variables politiques, comme l'affiliation partisane, l'idéologie et les valeurs de l'individu (Peretti, 2001). Selon Dolbeare et Hammond, les variables politiques jouent un plus grand rôle que les variables démographiques pour déterminer le soutien à la Cour (Dolbeare et Hammond, 1968). Ils font donc valoir qu'une Cour plus politique serait bénéfique, car elle garantirait le soutien du public et des élites nécessaires pour préserver son pouvoir et sa légitimité (Peretti, 2001).

Aujourd'hui, les progressistes comme les conservateurs comptent sur la Cour pour trancher les difficultés de la société plutôt que sur les deux branches du gouvernement dont les membres sont élus démocratiquement. Le résultat crée deux axes: une Cour arrogante et un Congrès affaibli, rarement prêt à s'attaquer aux questions épineuses (Kaplan, 2018). Cela n'a pas toujours été le cas. Pour la grande majorité de son histoire, la Cour s'est tenue en grande partie à l'écart des affaires du Congrès. Avant le 20^e siècle, les juges ont déclaré des lois fédérales inconstitutionnelles à seulement cinq reprises. En 1950, la moyenne avait explosé à une déclaration d'inconstitutionnalité par session. À partir des années 1990, la Cour invalide trois ou quatre lois par session (Kaplan, 2018).

Malgré le pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour, sa capacité à produire du droit est limitée par le nombre restreint de décisions qu'elle rend chaque année (en moyenne moins de 80 jugements). De plus, les actions d'autres organismes juridiques diminuent l'impact des décisions de la Cour. Une fois la décision de la Cour rendue, les législateurs, notamment le Congrès et le Président, ont une grande discrétion sur l'application de cette décision. Il peut donc y avoir des différences importantes entre le jugement de la Cour et la politique publique qui en résulte (Baum, 2019a).

1.2.3 CHANGEMENT DE CAP

L'unanimité était fréquente sous le règne de Marshall en grande partie parce que les mêmes juges siégeaient et vivaient ensemble lorsqu'ils étaient à Washington. Cette unanimité s'érode à partir de 1823 avec l'arrivée de nouveaux juges et par le fait que les juges ne vivent plus ensemble (Huebner, 2018). En 1875, le *Removal Act* permet d'augmenter la charge de travail de la Cour. En 1880, 1212 cas se sont rendus à la Cour (seulement le quart ont fait l'objet d'une décision de la Cour) (Huebner, 2018). À la fin du 19^e siècle, l'expansion urbaine et industrielle force l'adoption de législation progressiste afin d'améliorer les conditions des travailleurs, des immigrants, des femmes et des enfants (Huebner, 2018).

La discrétion de la Cour quant au choix des causes qu'elle désire entendre affecte aussi le pouvoir des juges, les litiges qu'ils décident d'entendre et l'institution elle-même⁴. Dans les années 1930, les juges déménagent finalement du Capitole à leur propre bâtiment. Ce déménagement a une

⁴ Pour que la Cour se prononce sur une cause, quatre de ses juges doivent accepter de l'entendre.

portée symbolique importante, car il représente l'indépendance de la Cour et sa séparation du politique (Baum, 2019a). S'inscrivant dans cette tendance progressiste, les années 30 sont aussi la décennie du *New Deal* du président Roosevelt, maintenu par la Cour suprême malgré de nombreuses attaques (Huebner, 2018). La visée de la Cour commence à changer dans les années 1940 lorsque les juges tranchent de plus en plus de décisions en lien avec les droits civiques. Tout comme des groupes se forment au Congrès et dans la population, ces décisions causent une rupture entre les juges plus conservateurs et les juges plus progressistes de la Cour, avec un juge au centre pour trancher la décision (Lewis F. Powell Jr., Sandra Day O'Connor et plus récemment, Anthony Kennedy) (Urofsky, 2015).

La Cour vit un autre moment important en 1953 lorsque le juge en chef Fred Vinson meurt et est remplacé par Earl Warren lorsque celui-ci est nommé par le président Eisenhower (Huebner, 2018). Sous sa direction, la Cour Warren rend des décisions majeures en lien avec l'expansion des libertés protégées par la Constitution. Durant sa première année, Warren guide la Cour dans la décision unanime de *Brown c. Board of Education*⁵. Les juges reconnaissent aussi de nouveaux droits aux accusés, aux non-chrétiens et aux moins nantis (Cohen, 2020b). Ils utilisent ces nouvelles libertés pour protéger les accusés au criminel, pour renforcer les protections contre les fouilles et les saisies abusives dans *Mapp c. Ohio* (1961) ainsi que contre l'auto-incrimination dans *Miranda c. Arizona* (1966), tout en élargissant la portée du droit à un avocat dans *Gideon c. Wainwright* (1962) (Huebner, 2018). La Cour Warren protège aussi la séparation entre l'État et l'Église dans *Engel c. Vitale* (1962). Dans *Griswold c. Connecticut* (1965), elle décrète le droit constitutionnel à la protection de la vie privée, qui deviendra le fondement du droit à l'avortement quelques années plus tard. En 1967, Thurgood Marshall devient le premier juge afro-américain à la Cour suprême.

Entre 1800 et 1900, seulement 10 opinions n'ont pas le soutien de la majorité. Le désir d'unanimité se transforme en désir d'expression individuelle sous la gouverne du juge Warren, avec le taux d'unanimité le plus élevé en 1965 (46%) et le plus bas en 1957 (28.9%) (Urofsky, 2015). Entre 1901 et 1969 (la dernière année de la Cour Warren), 51 cas sont décidés avec une pluralité d'opinions. Durant les années Burger (1969-1986), ce nombre passe à 116 (Urofsky, 2015).

La Cour Warren est une exception très brève dans l'histoire de l'institution. La majorité des grandes décisions progressistes de la Cour Warren sont rendues dans ses sept dernières années d'exercice, après que les deux juges progressistes nommés par le président John F. Kennedy aient intégré la Cour. Après le départ du juge Warren, la Cour recommence à protéger les riches et puissants (Cohen, 2020b). La Cour Warren est une fragile force de changement, car plusieurs dénoncent sa tendance progressiste, surtout les conservateurs du sud (Cohen, 2020b). En 1968, Richard Nixon tire profit de cette frustration en choisissant la loi et l'ordre comme thème de campagne et promet de nommer des juges conservateurs à la Cour (Huebner, 2018). Durant la campagne, le juge Warren rend visite au président Johnson pour lui annoncer qu'il prend sa retraite et qu'il sera nécessaire de nommer un nouveau juge en chef progressiste pour protéger la Cour contre le président Nixon. Malheureusement pour les deux hommes, leur plan tombe à l'eau lorsque le Sénat refuse

⁵ Décision qui déclare la ségrégation raciale inconstitutionnelle dans les écoles publiques.

d'entériner la nomination d'Abe Fortas et Nixon, après sa victoire, nomme le juge en chef conservateur Warren Burger, un fervent opposant de la Cour Warren (Cohen, 2020b).

Une fois Burger confirmé comme juge en chef, le président Nixon, qui veut une Cour encore plus conservatrice, multiplie les tactiques visant à forcer le juge Fortas à démissionner. Durant le mandat de Nixon, deux autres juges quittent la Cour pour des problèmes de santé, ce qui lui permet de nommer deux autres juges conservateurs (Cohen, 2020b). Depuis, la Cour a toujours eu un juge en chef conservateur et a la plupart du temps maintenu sa majorité conservatrice (Cohen, 2020b). À part quelques exceptions, les décisions de la Cour ont une saveur beaucoup plus conservatrice, tant sur le plan économique qu'en matière de droits et libertés. Une des raisons qui explique le contrôle quasi constant des conservateurs depuis plus de 50 ans est le fait que les républicains ont ciblé la Cour comme point central de leur politique et de leur stratégie, ce que les progressistes n'ont pas fait (Cohen, 2020b).

Les juges conservateurs sont aussi de meilleurs stratèges lorsque vient le temps de planifier le moment de prendre leur retraite. Ils tendent à s'assurer que leur siège passe à un autre conservateur, tandis que les juges progressistes ne sont pas aussi efficaces à assurer que leur successeur partage leurs convictions. Depuis le milieu des années 1960, les six juges conservateurs qui prennent leur retraite sont remplacés par des juges conservateurs nommés par un président républicain. En contrepartie, des six juges plus progressistes ayant pris leur retraite durant la même période, seulement un est remplacé par un juge progressiste nommé par un président démocrate (Cohen, 2020b). L'importance des décisions et le désir d'obtenir la majorité à la Cour rendent les procédures de nomination des nouveaux juges lourdes de conséquences (Baum, 2019a).

Malgré les juges nommés par le président Nixon, la Cour Burger surprend le pays en 1973 lorsqu'elle reconnaît le droit à l'avortement dans sa fameuse décision *Roe c. Wade* (Cohen, 2020b). La Cour Burger déboute aussi le président Nixon lorsqu'il plaide que la notion du privilège exécutif le protège des *subpoenas*⁶ du procureur spécial dans l'affaire Watergate (Huebner, 2018).

La Cour Burger est polarisée, ce qui augmente la quantité de décisions rendues à 5 contre 4 (Huebner, 2018). Une autre grande étape est franchie pour l'institution en 1981, lorsque le président Ronald Reagan nomme la première femme à la Cour suprême : Sandra Day O'Connor. On se souviendra d'elle comme du *swing vote* en chef dans une Cour suprême divisée.

Le juge en chef Rehnquist succède à Burger et réussit à rendre la Cour plus conservatrice. Les deux décisions les plus connues de son temps comme juge en chef sont sans aucun doute *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey* (1992), qui maintient le droit à l'avortement, et *Bush c. Gore* (2000), qui donne la victoire présidentielle à George W. Bush (Huebner, 2018). Après le décès de Rehnquist, le président George W. Bush nomme John Roberts Jr. pour le remplacer. Un institutionnaliste recherchant l'unanimité, Roberts semble moins idéologique que son prédécesseur, mais la division idéologique au sein de la Cour est trop importante et les décisions les plus marquantes de l'ère Roberts sont rendues à 5-4 (*District of Columbia c. Heller*

⁶ Un document légal ordonnant à un individu de comparaître devant une cour de justice.

(2008), *Citizens United c. Federal Election Commission* (2010), *Shelby County c. Holder* (2013) (Huebner, 2018).

1.2.4 LES DÉCISIONS

Certains chercheurs croient que les juges agissent en grande partie en fonction de leurs convictions politiques. D'autres croient que les considérations sociétales sont importantes, mais que les considérations légales le sont encore plus, car les juges désirent interpréter la loi le plus précisément possible. Selon le modèle attitudinal, les juges décident en fonction des politiques et sont en grande partie autonomes. Ce modèle illustre en général que des juges aux valeurs différentes votent différemment et que les changements de décisions de la Cour s'expliquent par les changements de personnel au fil des ans (Gillman et Clayton, 1999). Il ne faut pas oublier que les juges sont influencés aussi par leurs collègues et par des acteurs non institutionnels. Selon une étude, les facteurs extralégaux exercent environ deux fois plus d'influence que les facteurs légaux lorsque vient le temps de rendre une décision (George et Epstein, 1992). Le modèle extralégal estime que les juges sont influencés par des forces endogènes et exogènes. Lorsqu'un juge stratégique prend une décision pour atteindre ses buts, il tient compte des réactions potentielles des autres pour savoir si ses buts sont partagés. Selon ce modèle, un juge guidé par les politiques peut trouver des terrains d'entente avec ses collègues sur le plan des mots choisis dans l'opinion pour orienter la Cour entière vers la meilleure décision collective possible à ses yeux (Baum, 2019b). C'est exactement ce qu'explique Richard Posner, un juge très respecté de la Cour fédérale d'appel qui a siégé de 1982 à 2017. Selon ses mots : « the outcomes of constitutional cases are driven not by legal jargon but by the justices' ideological views and a rough balancing of the costs and benefits of alternative outcomes » (Devins et Baum, 2019, p. 124).»

Le succès de la mise en application des décisions de la Cour dépend de plusieurs facteurs, dont le plus important a trait à la communication des politiques aux personnes d'autorité pertinentes, des motifs de ces dernières d'appliquer ou non les politiques, de l'autorité de la Cour et des sanctions qu'elle peut imposer pour décourager la contrevenance à ses décisions (Baum, 2019c).

Dans les dernières années, bien que plus de 50% des décisions de la Cour Roberts soient unanimes ou quasi unanimes (8-1 ou 7-2), les décisions les plus importantes et controversées de la Cour sont en général rendues en deux blocs dont les positions sont de plus en plus prévisibles: un bloc conservateur et un bloc progressiste. Ce phénomène est amplifié par le choix des nouveaux juges, qui sont maintenant sélectionnés pour leur position claire et fiable au sein d'un des deux groupes. Les juges arrivent donc sur le banc avec une mission idéologique pour leur groupe (Cohen, 2020b). Grâce à un meilleur processus de vérification lors des dernières années, les juges choisis par les présidents votent souvent comme celui-ci désire (Kaplan, 2018). Pour la première fois depuis la création de l'institution, l'idéologie des neuf juges est alignée avec les politiques du président qui ont choisi ces juges. Ce changement a eu lieu lorsque les juges John Paul Stevens et David Souter ont quitté la Cour (Coyle, 2013).

1.2.5 LA POLARISATION AU SEIN DE LA SOCIÉTÉ ET DES INSTITUTIONS

1.2.5.1 DANS LA SOCIÉTÉ ET LES INSTITUTIONS POLITIQUES

La polarisation politique est définie comme un gouffre croissant au sein de l'élite publique et politique entre les partisans et les idéologues (Gooch, 2015a). Les chercheurs en politique s'entendent sur le fait que les partis politiques et les politiciens sont maintenant plus enclins à prendre des positions extrêmes sur plusieurs sujets (Baldassarri et Gelman, 2008). Les chercheurs ne s'entendent toutefois pas sur la présence d'un tel changement au sein du public. Certains concluent qu'un processus de polarisation similaire se produit au sein de la société en général tandis que d'autres font valoir que l'opinion publique est restée stable ou même plus modérée dans ses croyances sur plusieurs questions politiques au cours des 40 dernières années. Selon ces mêmes recherches, les Américains auraient des positions moins au centre sur des sujets spécifiques et controversés, comme l'accès à l'avortement, la guerre en Irak et le port d'armes. Les chercheurs observent par ailleurs une polarisation plus systématique chez les groupes plus partisans, actifs politiquement et affiliés à l'un ou l'autre des deux partis (Baldassarri et Gelman, 2008).

Après une longue période de dépoliarisation qui débute après la Première Guerre mondiale, les partis politiques s'éloignent idéologiquement l'un de l'autre à partir des années 1970. Depuis, les membres du Congrès s'alignent aux opposés de l'échiquier politique et les représentants plus modérés sont moins nombreux (Baldassarri et Gelman, 2008). Selon une étude, en 1980, 40% des représentants au Congrès étaient considérés comme modérés. En 2015, ils étaient moins de 5% (Devins et Baum, 2019). Au sein du Parti républicain, ce changement s'enclenche avec le réaligement électoral des États du sud et avec la mobilisation des années 1960 des groupes conservateurs durant la campagne de Goldwater. Les républicains modérés qui quittent le Congrès sont remplacés par une nouvelle cohorte de conservateurs sociaux. Cette vague de changement gagne en importance dans les années 1990. En même temps, les démocrates modérés sont remplacés par des membres plus progressistes, ce qui permet d'homogénéiser le parti, qui est séparé en deux groupes, soit les démocrates du sud et les démocrates du nord (Baldassarri et Gelman, 2008). En 1994, 23% des républicains étaient plus progressistes que la médiane démocrate et 17% des démocrates étaient plus conservateurs que la médiane républicaine. En 2017, ces pourcentages étaient respectivement de 1% et 3% (Devins et Baum, 2019). Dans chaque Congrès depuis 2005, tous les sénateurs démocrates ont un historique de vote plus progressiste que tous les républicains. À partir de 2009, la distance idéologique entre les démocrates et les républicains est plus grande qu'au moment de la Reconstruction. Les membres du Congrès organisent maintenant les débats de façon à décourager la bipartisanerie (Thurber et Yoshinaka, 2015). À partir de 2012, la croissance du Tea Party a exacerbé cette distance alors que plusieurs de ses représentants remplacent des républicains plus modérés (Devins et Baum, 2019). La montée constante des inégalités au sein de la société a aussi contribué à la polarisation (Hare et Poole, 2014). Avec l'augmentation de l'extrémisme chez les activistes des deux partis, les candidats plus modérés ne réussissent pas à gagner les primaires. À la Chambre des représentants, ce phénomène est aggravé par le

redécoupage électoral partisan (partisan gerrymandering)⁷, qui garantit essentiellement des sièges à l'un ou l'autre des partis (Devins et Baum, 2019).

Plusieurs recherches identifient la polarisation accrue au sein des groupes plus partisans et actifs en politique comme étant l'élément déclencheur de la polarisation des partis. Dernièrement, les activistes plus radicaux s'assurent de jouer un rôle important dans le choix des candidats de leur parti. Les élites des partis jouent un grand rôle dans la polarisation de la société de trois façons. D'abord, elles sont capables de concentrer l'attention nationale sur de nouveaux enjeux ou encore sur les questions qui les intéressent. En mettant l'accent sur certaines problématiques, les élites influencent la population en leur indiquant les enjeux qu'ils considèrent comme cruciaux. Ensuite, la polarisation est caractérisée par le fait que les partis deviennent de plus en plus conservateurs ou progressistes. Enfin, le changement chez les élites précède celui qui s'opère au sein de la population (Layman *et al.*, 2006). Dès lors, la montée, dans les années 1970, des groupes d'intérêts concentrés sur un seul enjeu a pour effet de radicaliser les partis. Une fois le processus enclenché, la polarisation des partis et des activistes se renforce continuellement: « *the more party leaders "emphasize ideological appeals, the more likely that party will be to attract ideologically-motivated activists. The involvement of these ideologically motivated activists may, in turn, reinforce ideological extremism among party leaders"* (Baldassarri et Gelman, 2008) ». Deux autres facteurs expliquant la montée de la polarisation durant les années 1960 et 1970 sont l'expansion majeure et la centralisation d'importants services à la population, comme Medicaid et Medicare⁸, ainsi que la création de nouvelles agences fédérales comme l'*Environmental Protection Agency*. L'État fédéral gagne donc en importance à ce moment et cela crée un fossé entre les partis, car les républicains ne désirent pas un gouvernement central puissant (Pierson et Schickler, 2020). Un autre facteur de polarisation est la présence de médias très partisans qui radicalisent plusieurs individus qui les suivent (Prior, 2013).

La polarisation politique constitue une menace, car elle provoque un alignement selon plusieurs lignes de conflit potentielles et organise les individus et les groupes autour d'identités exclusives. Cet alignement crée une frontière rigide entre « nous » et « eux », qui rend la possibilité de compromis impossible. Cela mène à une dynamique de « nous contre eux ». Selon cette perspective, l'alignement des opinions, plutôt que leur radicalisation, est l'aspect de la polarisation le plus lourd de conséquences pour l'intégration sociale et la stabilité politique. Si les gens ont des opinions opposées sur certaines questions, même sans avoir une position radicale, le résultat final reste tout de même une société polarisée (Baldassarri et Gelman, 2008). La polarisation contemporaine favorise l'émergence de nouvelles organisations et transforme les organisations existantes. Elle a permis de créer de nouvelles relations et un nouvel équilibre des pouvoirs politiques. Ces changements ont accentué les divisions entre les partis et les citoyens (Pierson et Schickler, 2020).

De plus, la polarisation peut décourager le compromis, menotter les acteurs, bloquer les processus politiques, perturber l'environnement institutionnel et, dans les cas extrêmes, mener à des perturbations violentes de la paix sociale. Elle mène aussi à de sérieuses rancunes partisans entre

⁷ Pratique consistant à tracer les lignes des circonscriptions législatives pour favoriser la victoire d'un parti politique.

⁸ Programmes fédéraux offrant une couverture médicale pour les gens de 65 ans et plus, les gens ayant des invalidités et pour les personnes à faible revenu.

les partis, à une plus grande cohésion intraparti au Congrès et parfois à des attaques plus fréquentes et puissantes contre l'autorité (Gooch, 2015a).

Cependant, certains chercheurs considèrent que la polarisation n'a pas que des effets négatifs. En effet, le clivage entre les deux partis permet une meilleure représentation des opinions politiques et la différence très claire entre les candidats républicains et démocrates permet aux citoyens de les distinguer plus facilement selon leurs positions sur certains enjeux. Cette différence tranchée entre les candidats donne un choix clair aux citoyens et permet une meilleure représentation de leurs désirs au Congrès. La cohésion au sein des partis permet aussi au parti au pouvoir de travailler de manière cohérente, car ses membres partagent une vision plutôt similaire (Layman *et al.*, 2006).

1.2.5.2 LA POLARISATION AU SEIN DE LA COUR SUPRÊME

La polarisation qui affecte la société américaine et le Congrès à partir des années 1970 a aussi des impacts sur la Cour suprême (Bartels, 2015). Depuis les années 1970, les juges de la Cour suprême siègent pour une moyenne de 26 ans. Ces longs mandats impliquent donc que chaque nomination a des effets à long terme pour l'institution et pour la société (Armaly, 2018). En plus de ces longs mandats, la Cour actuelle est la plus polarisée de l'histoire. Les juges sont maintenant complètement séparés en fonction de leur idéologie avec, d'un côté, un groupe progressiste nommé par des présidents démocrates et de l'autre, un groupe conservateur nommé par des présidents républicains. Cela se produit en 2010, lorsque le président Obama nomme la juge Elena Kagan pour remplacer le juge Stevens. Cette séparation s'accroît en 2016 et 2018 avec les nominations des juges Gorsuch et Kavanaugh, tous deux très conservateurs (Devins et Baum, 2019). Tout comme au Congrès, les juges de la Cour s'éloignent du centre et, depuis le départ du juge Kennedy, l'institution n'a plus de juge modéré (Bartels, 2015). Pourtant, il suffit de retourner seulement 30 à 40 ans en arrière pour voir une Cour dont la majorité des juges (jusqu'à 5) sont modérés et centristes. Le centre politique de la Cour a disparu tranquillement, surtout à partir des années 1980, comme au Congrès (Bartels, 2015).

La polarisation de la Cour est nourrie par le processus de nomination des juges. Le processus de nomination a toujours été politique, mais, étant donné la polarisation accrue au sein du Sénat, les considérations politiques prennent de plus en plus d'importance aux dépens de l'évaluation des compétences du juge (Bartels, 2015). La montée en importance des groupes d'intérêts et des élites dans le processus de nomination augmente également la minutie avec laquelle est scrutée l'idéologie des juges (Bartels, 2015). Les procédures de nomination sont devenues très volatiles. Dans les faits, étant donné la polarisation et la radicalisation idéologique des partis, le parti au pouvoir tendra à nommer des juges dont les positions sur les enjeux sociaux importants reflèteront le climat polarisé actuel. Conséquemment, le clivage entre les juges « républicains » et leurs homologues « démocrates » est immense. La capacité d'un président de nommer des juges plus conservateurs ou progressistes est contrainte par le Sénat, surtout lorsque le parti adverse a une majorité de sièges. Le cas échéant, le président tentera de choisir un juge plus modéré pour augmenter les chances que ce dernier soit confirmé au Sénat (Bartels, 2015). En revanche, ce genre de conjoncture est de plus en plus rare; les nominations de David Souter en 1990 et de Clarence Thomas en 1991 sont les dernières nominations qui ont eu lieu avec un Sénat et un président de deux partis différents (Armaly, 2018).

Cette polarisation n'affecte pas seulement les nominations pour les juges de la Cour suprême. En effet, même les juges nommés pour des postes aux cours inférieures en ressentent les effets. On observe une augmentation de la durée des procédures et une diminution des nominations confirmées, et ce, surtout lorsque le parti qui « détient » le Sénat n'est pas le parti du président. Avant les années 1990, les juges pour les cours inférieures devaient attendre en moyenne moins de 2 mois pour être confirmés et le taux de confirmation était bien au-dessus du 50%. Après 2000, le taux de confirmation chute et les juges doivent attendre en moyenne plus d'un an pour les audiences. C'est ce changement qui motive les démocrates, en 2013, à invoquer « l'option nucléaire », soit de supprimer le *filibuster*⁹ et de permettre un vote à majorité simple pour confirmer ou non les nominations pour les cours inférieures (Hasen, 2019).

Avant 2005, la plupart des juges étaient confirmés avec une importante majorité bipartisane. John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Antonin Scalia et Anthony Kennedy ont tous été confirmés à l'unanimité. Seulement trois sénateurs se sont opposés à la nomination de la défunte Ruth Bader Ginsburg et neuf se sont opposés à la nomination de David Souter et Stephen Breyer. Toutefois, depuis la nomination du juge en chef John Roberts, les votes selon la ligne de parti et des considérations idéologiques explicites sont devenus la norme pour les sénateurs. John Roberts, Samuel Alito, Sonia Sotomayor et Neil Gorsuch ont tous obtenu le soutien unanime du parti du président les ayant nommés et seulement un démocrate s'est opposé à la nomination d'Elena Kagan (nommée par Barack Obama). Les démocrates étaient divisés en deux groupes égaux pour la nomination du juge Roberts. Pour les juges Alito, Sotomayor et Kagan, la majorité des sénateurs du parti adverse du président se sont opposés à leurs nominations. Quant à Neil Gorsuch, seulement trois démocrates ont voté pour sa confirmation, un seul a voté pour la confirmation du juge Brett Kavanaugh (Devins et Baum, 2019) et aucun n'a voté pour celle de la juge Amy Coney Barrett. Les trois derniers juges siègent maintenant à la Cour, car les républicains ont éliminé le *filibuster* pour les nominations de la Cour suprême pour confirmer Neil Gorsuch avec une majorité simple. À la suite du décès du juge Scalia, comme l'explique Armaly : « *blatant partisan use of the nomination as a means to a political end made apparent the openly political nature of nominations [...] This style of confirmation politics, called by some "political paralysis," is the "new normal"* » (Armaly, 2018) ».

Ce changement a des répercussions significatives. La nature précaire de l'autorité de la Cour amenuise le soutien qu'elle reçoit de la part des autres institutions. Si les nominations ouvertement politiques peuvent influencer la perception des autres acteurs institutionnels, il est possible de croire qu'elles affecteront aussi celle des citoyens (Armaly, 2018). Le taux d'approbation de la Cour est déjà en baisse. Selon un sondage *Gallup*, il était de 62% en 2001 et avait chuté à 49% en 2017 (Hasen, 2019).

⁹ Tactique procédurale qui permet à un groupe minoritaire de sénateurs d'empêcher la tenue d'un vote final sur un projet de loi ou de budget. Cette tactique est possible, car un vote de 60 sénateurs sur 100 est nécessaire pour clore les débats et passer au vote final sur la plupart des questions débattues au Sénat.

1.3 CADRE CONCEPTUEL ET THÉORIQUE

1.3.1 AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT (APD)

Comme mentionné plus haut, l'objectif de ce mémoire est d'expliquer l'évolution de la politisation de la Cour suprême à l'aide des travaux sur l'étude du développement politique américain (*American Political Development*). L'APD tente de comprendre les causes, la nature et les conséquences des grandes transformations politiques dans l'histoire des États-Unis (Skowronek et Orren, 2016). Pour réaliser cette étude longitudinale, l'APD analyse les processus historiques afin de comprendre et d'expliquer les structures et institutions politiques qui génèrent des changements. En d'autres termes, elle se tourne vers le passé pour expliquer le chemin qui a mené au présent (Kersh, 2005). Cette approche permet l'étude détaillée des changements au sein des institutions qui se produisent plus ou moins rapidement à travers le temps. Étant donné notre volonté d'expliquer un changement institutionnel crucial dans l'histoire de la Cour suprême, l'APD semble utile, car elle vise justement à identifier les moments charnières ayant marqué le développement des institutions politiques. La recherche en APD permet entre autres d'expliquer comment des ruptures importantes dans l'histoire des États-Unis ont engendré une réorganisation des relations de pouvoirs entre les institutions.

Malgré l'importance qu'elle accorde aux événements du passé, l'APD s'intéresse surtout à l'histoire pour éclairer la manière dont les institutions politiques fonctionnent aujourd'hui (Skowronek et Orren, 2016). Cette approche permet l'étude détaillée des changements au sein des institutions qui se produisent plus ou moins rapidement à travers le temps. Elle explique également comment les choix, décisions et événements du passé ont placé les États-Unis sur une trajectoire dont il n'est plus simple de dévier aujourd'hui.

L'APD voit le jour dans les années 1980, lorsque l'étude de l'histoire de la politique américaine n'est plus populaire dans les départements d'histoire (John, 2016). Dès sa création, l'APD se concentre sur l'évolution des institutions, l'État et les tendances historiques à grande échelle. Dans la littérature contemporaine, l'APD se penche aussi sur la polarisation depuis 1984, année de publication du livre *The Polarization of American Politics* de Keith Poole et Howard Rosenthal (McCarty, 2016). Aujourd'hui, il s'agit d'un des domaines qui gagnent le plus rapidement en importance dans la science politique américaine. La bannière de l'APD recense des chercheurs tant en science politique que dans d'autres disciplines (Valelly et Mettler, 2016). Aujourd'hui, des dizaines de livres, des centaines d'articles, des conférences et des cours universitaires sur l'APD existent (Kersh, 2005).

Les recherches en APD se concentrent surtout sur la construction historique des politiques et sur le développement précis de ces politiques à travers le temps. Cela mène certaines personnes à confondre l'APD avec le domaine d'étude de l'histoire politique (Galvin, 2016). Il est donc possible de croire que les chercheurs en APD poursuivent les mêmes buts que les historiens, notamment celui d'élaborer et de présenter les multiples facteurs en jeu, corriger les archives historiques, offrir de nouvelles perspectives en lien avec des événements historiques, etc. Or, les travaux en APD se distinguent des travaux en histoire par le fait que leurs questions de recherche visent systématiquement la réflexion conceptuelle et théorique et non simplement l'étude des faits

historiques (Galvin, 2016). Les chercheurs en APD se basent certes sur des données historiques, mais les utilisent pour remettre en question les croyances populaires, élaborer des théories novatrices, développer et raffiner des concepts ou encore ouvrir la porte à de nouvelles problématiques de recherche (Galvin, 2016). Cette orientation plus théorique distingue l'APD de l'histoire politique et l'ancre dans le sous-champ de l'institutionnalisme historique en science politique. L'APD et le reste des approches en institutionnalisme historique partagent plusieurs similitudes sur le plan conceptuel. Elles tendent toutes à s'appuyer sur des concepts communs pour comprendre les processus de changement institutionnel. Elles utilisent un langage commun et considèrent que le moment (*timing*), l'ordre et la séquence des événements sont essentiels pour expliquer les relations de pouvoir aux États-Unis aujourd'hui. Les chercheurs s'intéressent aux dynamiques qui relient ces facteurs au fil du temps (Galvin, 2016).

Trois caractéristiques sont communes à la grande majorité des travaux en APD et dans les plans de cours consacrés à l'APD. La première est une tendance à se concentrer uniquement sur l'étude du cas américain. Malgré le fait que les travaux comparent parfois entre les États-Unis et d'autres nations, cela reste somme toute très rare. Deuxièmement, les chercheurs en APD utilisent des méthodes d'analyse historique. Cela implique notamment de comparer des périodes charnières dans l'histoire des États-Unis avec les dynamiques que l'on observe aujourd'hui. Troisièmement, les travaux en APD sont souvent interdisciplinaires, notamment parce que les politologues en APD s'intéressent à l'histoire des États-Unis (Kersh, 2005).

La majorité des travaux en APD cherche effectivement à retracer les changements majeurs dans l'histoire politique américaine ou à découvrir les origines d'un problème politique contemporain (Galvin, 2016). La recherche de liens de cause à effet entre divers événements est l'approche de prédilection pour expliquer les transformations majeures, les changements durables d'autorité et les problèmes de politique contemporains. Dans cette approche, les chercheurs examinent un événement particulier en profondeur ou un résultat précis et analysent les informations récoltées pour l'expliquer et l'évaluer (Galvin, 2016). Comme l'explique Gavin: « APD scholars tend to “start with events that have occurred in the real world and move backwards to ask about their causes” (Galvin, 2016, p. 209) ». Les premières recherches en APD se basaient principalement, et parfois uniquement, sur des sources secondaires pour déceler les liens de cause à effet. Cependant, les chercheurs utilisent de plus en plus de sources primaires, ce qui leur permet de faire de nouvelles découvertes et de poser de nouvelles questions. Les chercheurs peuvent donc contester des hypothèses existantes ou en produire de nouvelles, développer de nouveaux concepts et identifier des mécanismes de changement (Galvin, 2016).

Plutôt que de chercher l'effet moyen d'une variable indépendante, l'APD tente d'identifier des configurations de facteurs causaux qui expliquent un résultat à un moment et lieu précis. Le fait que les variables indépendantes aient un effet en général n'est pas présumé, mais celles-ci sont plutôt perçues comme ayant des effets contingents qui varient selon le contexte et produisent des conséquences variables selon les contextes. L'APD ne cherche pas à découvrir des lois générales de la politique américaine; elle vise à expliquer un ou plusieurs développements précis et à mettre en relief les spécificités causales propres à un ou quelques cas particuliers. Comme l'explique Gavin : « *a core premise of APD research is that an explanation that illuminates even only a small number of substantively significant political phenomena – or even only one important, unique case – can still represent a very important scholarly contribution* » (Galvin, 2016, p. 213).

Étant donné notre objectif d'expliquer un changement institutionnel de la Cour suprême, cette approche permettra de brosser un portrait complet de l'histoire de la Cour afin d'identifier les moments charnières qui créent des ruptures dans le temps et qui permettent, en les joignant, d'expliquer le processus et les moments qui ont mené à ce changement. Cette approche exige par la suite une analyse de l'impact de ces ruptures historiques cruciales et de la manière dont elles mènent à une réorganisation des relations de pouvoir entre les institutions. Cela permet de comprendre la situation actuelle et la difficulté de changer de cap.

1.3.2 LAW AND AMERICAN POLITICAL DEVELOPMENT

Law and American Political Development est un sous-champ de l'APD qui se concentre sur les institutions juridiques. Les travaux en Law & APD considèrent que les tribunaux, et surtout la Cour suprême, sont des institutions non seulement juridiques, mais aussi politiques (Kahn et Kersch, 2006). Elles sont donc uniques, car elles se retrouvent à la jonction du droit et de la politique. Law & APD a comme objectif de montrer comment le droit et l'évolution de la pratique constitutionnelle ont contribué aux changements institutionnels, et ainsi réexaminer les définitions conventionnelles d'institution et de changement en intégrant les notions et concepts juridiques aux définitions fondamentalement politiques (Novkov, 2016).

Au départ, il était commun d'observer que l'histoire du droit et celle de la politique étaient interreliées à tel point qu'il était impossible de les étudier séparément (Whittington, 2016). L'étude du droit et des cours de justice en science politique a une longue et complexe relation avec les études historiques en science politique et l'étude de l'APD. Les chercheurs intéressés aux politiques du droit et des tribunaux ont intégré l'étude de l'évolution du mode de fonctionnement des tribunaux et des approches historiques depuis la création de cette discipline et la sensibilité historique a toujours été présente dans les recherches utilisant cette approche (Whittington, 2016).

Les études historiques du droit sont mises de côté en science politique durant la révolution behavioriste à partir de la deuxième moitié du 20^e siècle. Durant cette période, les chercheurs ont préféré se concentrer sur la Cour contemporaine et sur le comportement des juges contemporains au détriment des facteurs contextuels qui pouvaient influencer les décisions judiciaires (Whittington, 2016). Cependant, les recherches sur la relation entre le droit et le développement politique reviennent en force dans les années 1980. Les chercheurs tentent, depuis ce temps, d'intégrer l'étude des idées en droit aux études descriptives de l'évolution des institutions politiques (Whittington, 2016).

Se concentrer sur les questions d'identité et de droit permet de mettre en relief l'importance du droit et des institutions juridiques dans le développement du pays. Les questions et conflits juridiques forment un pont entre des inquiétudes culturelles générales et les institutions et les normes qui forment l'état (Novkov, 2016).

Les chercheurs en Law et APD travaillent en général selon deux intérêts généraux. Le premier groupe s'intéresse au rôle des juges et des cours comme participants au processus de création de l'État (state building)(Frymer, 2008). Le deuxième groupe tente plutôt de comprendre la genèse des décisions judiciaires et l'interprétation constitutionnelle à travers une méthodologie centrée sur

l'institution et son histoire (Frymer, 2008). Les chercheurs du premier groupe tentent de réviser notre compréhension de la création de l'état des États-Unis en mettant de côté le législatif et en mettant l'accent sur l'impact de l'activisme judiciaire sur le système américain. Pour le deuxième groupe, L'APD s'écarte des approches comportementales de la prise de décision judiciaire, lesquelles stipulent que les juges prennent des décisions prédéterminées par leur attitude et par leurs préférences politiques. Ce courant entend remettre en question la jurisprudence universitaire, qui perçoit les juges comme étant menés par une poursuite normative et intellectuelle pour interpréter la loi (Novkov, 2016).

Les travaux en Law and APD ont été très utiles dans le monde de la recherche en aidant à expliquer pourquoi une institution comme la Cour suprême ayant peu de pouvoir officiel a, par moments, une influence considérable sur la politique et la culture. Ils réussissent à expliquer l'autorité de la Cour en lien avec les dynamiques institutionnelles des autres branches et font des efforts constants pour incorporer des questions de genre et de race dans les problématiques de recherche (Frymer, 2008).

Ces travaux ne sont toutefois pas sans carences et il pourrait être bénéfique pour les chercheurs de retourner à la base de l'APD et de sa compréhension du développement institutionnel et des États. Malgré la présence du concept d'institution dans les travaux, celui-ci n'est pas toujours clairement défini et fait généralement référence au contexte politique. En diminuant l'importance du concept d'institution dans leurs recherches, ces travaux ignorent curieusement les institutions juridiques. Comme l'explique Frymer: « *they write about the law as being defined by nine Supreme Court justices, and they say little about actual legal institutions such as the structure and procedure of courts, its administrative apparatus, its adherence to common law, the adversarial nature of the process, and the organizational role of lawyers and the Bar* » (Frymer, 2008).

Une chose souvent reprochée à l'APD est qu'étant donné l'accent qu'elle met sur les institutions et les questions structurelles, il devient difficile de reconnaître les racines du problème lorsqu'elles se trouvent en dehors des institutions ou des pratiques politiques formelles. Une autre faiblesse de l'APD est qu'elle accorde peu d'attention à la manière dont les luttes idéologiques changent les rapports de pouvoir ou transforment les institutions. En travaillant à l'intersection du droit et de l'identité, les chercheurs en Law & APD comblent en partie ces lacunes, notamment en montrant comment les idées sur l'identité et l'égalité deviennent des cadres légaux (Novkov, 2016). Les chercheurs de ce sous-champ pourraient toutefois mieux intégrer les concepts d'institution et d'état dans leurs travaux, à la manière de l'APD. Un des effets de ce manque d'intérêt pour les institutions est le fait que les chercheurs en Law et APD écrivent beaucoup sur les juges, mais très peu sur les institutions, les procédures et les structures qui les encadrent. S'ils traitaient les institutions juridiques comme étant autonomes, comme les autres travaux en APD traitent les institutions (le Congrès, la présidence, etc.), les travaux mettraient mieux en lumière le rôle central des tribunaux dans l'augmentation du pouvoir de l'état. Contrairement aux chercheurs qui étudient l'ensemble des institutions (l'exécutif, le législatif et le fonctionnariat), les travaux en Law & APD ont une vision très restreinte du droit et des tribunaux, qui se limite en général à la Cour suprême et à ses neuf juges (Frymer, 2008).

1.4 DÉFINITION DES CONCEPTS

Pour ce mémoire, le terme **politisation** renvoie au fait que la Cour, "de façon perçue ou réelle, tranche ses litiges non seulement en fonction des faits qui lui sont présentés et de l'application objective de la loi, mais à partir de considérations idéologiques et partisans indépendantes des faits ou du droit" (Yacobucci et Hilbert, 2016). Selon Rogowski et Stone, il y a politisation lorsque des figures partisans ou idéologiques tiennent des discours de nature politique à propos de juges, de décisions des tribunaux ou du processus judiciaire. Le phénomène se produit aussi à l'extérieur du processus de nomination, comme l'illustrent les discours du Président Trump contre les juges fédéraux qui ont accordé une injonction visant à freiner son décret présidentiel controversé à propos du « *travel ban* » (Rogowski et Stone, 2018). Nous faisons valoir que les messages à caractère politique en lien avec les nominations à la Cour suprême émanant des sénateurs et du président ont un effet polarisant qui reflète les clivages partisans sur les appuis aux candidats et à la Cour (Rogowski et Stone, 2018). La politisation de la Cour peut donc être définie par les actions des juges et les perceptions des décisions.

Dans leur texte, Fiorina et Abrams décrivent la **polarisation** comme la présence simultanée de points de vue, de tendances ou de principes opposés ou conflictuels. Ils ajoutent qu'il s'agit d'un mouvement qui éloigne les gens du centre et les poussent vers les extrêmes (Fiorina et Abrams, 2008). Il s'agit donc d'un attachement fort à des croyances et à des valeurs qui rend impossible tout dialogue ou compromis avec des points de vue opposés (Norris et Inglehart, 2019).

En politique américaine, le concept de **gauche** fait référence aux personnes et groupes qui ont une vision libérale (*liberal*) des enjeux sociaux et du rôle du gouvernement au sein de la société¹⁰. Cela signifie qu'ils soutiennent en général des réformes progressistes, surtout pour avoir une plus grande égalité sociale et économique (« Why Do « Left » And « Right » Mean Liberal And Conservative? », 2020). Sur le plan juridique, la philosophie judiciaire libérale considère la Constitution comme fondamentalement dynamique et ouverte à l'interprétation afin de l'adapter aux réalités modernes. Le concept de l'extrême gauche est utilisé pour décrire des visions radicales et révolutionnaires (comme le socialisme et le communisme).

À l'opposé, le concept de la **droite** fait référence à des gens ou des groupes partageant des valeurs conservatrices. Ceci signifie généralement qu'ils ont plus enclins à préserver les conditions et les institutions actuelles voire à restaurer les institutions traditionnelles en limitant les changements (« Why Do « Left » And « Right » Mean Liberal And Conservative? », 2020). Au plan juridique, la philosophie conservatrice est de croire que la Constitution américaine permet la création de certaines lois par l'exécutif et le législatif plutôt que par le judiciaire. Cette philosophie voit la Constitution comme un document fixe. L'extrême droite permet de décrire les visions extrêmes, encourageant un point de vue plus nationaliste (comme le fascisme et d'autres idéologies oppressives).

Finalement, la philosophie de **centrisme** judiciaire consiste à se ranger d'un côté ou de l'autre du spectre politique en fonction de la cause précise et de ses particularités. Les décisions en vertu de

¹⁰ Mot employé dans le sens communément conféré au terme dans le monde de la politique américaine.

la philosophie modérée varient d'un cas à l'autre, ce qui explique pourquoi les juges qui y adhèrent sont souvent considérés comme les votes décisifs (*swing votes*), car il est toujours difficile de savoir de quel côté ils se rangeront (Saylor, s. d.).

Afin d'évaluer la position des juges de la Cour suprême sur une échelle idéologique, l'échelle de « **Judicial Common Space** » sera utilisée (Epstein *et al.*, 2007). Cette échelle, allant de -1 à 1, analyse les décisions et la philosophie des juges. Étant donné que certains juges évoluent au fil de leurs années sur le banc, cette valeur est dynamique et change dans le temps. Plus le score du juge s'approche du -1, plus le juge est considéré comme libéral. Le juge qui se retrouve près du 1 est considéré comme conservateur (Epstein *et al.*, 2007).

Le concept de **partisanerie** est utilisé pour signifier le fait d'appuyer fortement une personne, un principe ou un parti politique, souvent sans réflexion plus poussée quant aux enjeux pertinents (« Definition of partisan », s. d.).

Cruciale pour les travaux en APD, la **dépendance au chemin parcouru (Path Dependency)** renvoie aux « mécanismes qui rendent un choix historique de plus en plus contraignant à mesure qu'il s'inscrit dans la durée, du fait de nombreux mécanismes de rendements croissants, liés aux coûts d'investissement, aux effets d'apprentissage, de coordination et d'anticipation » (Palier, 2010).

Finalement, le **traçage de processus (process tracing)** est un outil d'analyse qualitative. Cette méthode de recherche permet de retracer les mécanismes causaux en utilisant une analyse empirique détaillée. Elle a pour but d'utiliser les théories causales pour retracer et expliquer le déroulement d'un événement. Cette technique peut être utilisée pour des études de cas qui visent à améliorer notre compréhension des dynamiques causales pour un cas spécifique et aussi pour clarifier en partie des mécanismes causaux reliant des causes et effets dans des cas similaires. Le traçage peut être utilisé pour créer ou pour tester une théorie. En revanche, cette approche se concentre sur des cas uniques, ce qui signifie que les résultats et inférences obtenus ne peuvent pas être généralisés (Collier, 2011).

1.5 MÉTHODOLOGIE

Pour ce mémoire, nous mènerons une analyse documentaire qualitative, plus précisément une recension des écrits et une analyse bibliographique, à l'aide de livres de référence, d'articles de périodiques et de journaux ainsi que de documentaires et capsules vidéo. Par la suite, nous compilerons une liste d'événements cruciaux concernant la politisation de la Cour suprême décrits dans les ressources bibliographiques. L'utilisation du traçage de processus nous sera utile par la suite pour comprendre les liens entre les événements. Cette méthode nous montrera comment les événements de la Cour influencent un changement relié spécifiquement à l'institution. Subséquemment, nous ciblerons ceux qui reviennent le plus fréquemment dans les lectures. Une fois les événements sélectionnés, nous effectuerons un travail d'analyse du contexte et de ses effets sur la politisation de la Cour. Dans le cadre de ce travail préalable, nous identifions quatre événements. Cette liste est déterminée par la fréquence à laquelle nos sources font allusion à ces

événements et par leur importance dans les sources consultées. Elle n'est toutefois pas exhaustive par souci de concision¹¹.

Le jugement *Roe c. Wade* nous permet de constater le point de départ de la polarisation que nous connaissons aujourd'hui. Cette décision, qui était originalement une question juridique, devient rapidement un enjeu politique. La polarisation post-*Roe c. Wade* s'observe par le grand faussé qui se crée entre les conservateurs et les progressistes et par les réactions des deux clans après la décision. Pendant que les progressistes deviennent plutôt passifs, les conservateurs s'organisent et préparent un plan pour s'assurer une forte représentation en ce qui concerne les instances juridiques. L'impact de *Roe* s'observe et s'analyse aussi en ce qui a trait à l'impact du jugement sur les nominations subséquentes, car il devient le sujet principal des questions posées aux juges par les sénateurs. De plus, la fréquence à laquelle l'arrêt est mentionné lors des nominations suivantes à la Cour montre à quel point cette décision est lourde de conséquences.

Nous verrons donc que le jugement *Roe c. Wade* est un événement clé du processus de politisation de la Cour, car il provoque l'organisation et la radicalisation de la droite, qui mène à la création de la *Federalist Society*, laquelle influence la totalité des nominations des juges par les présidents républicains depuis sa création en 1981. En raison de la radicalisation de la droite causée par *Roe c. Wade*, en 1987, une deuxième rupture se produit lors de la nomination du juge Bork, que Ronald Reagan choisit autant des raisons politiques et idéologiques que pour ses compétences de juriste.

Les trois grands impacts de la nomination du juge Robert Bork en 1987 montrent que, pour la première fois, la nomination d'un juge est rejetée par le Sénat pour des raisons politiques. Un examen des justifications offertes par les présidents précédents pour la nomination des juges montre que Reagan est le premier à citer clairement l'idéologie du juge comme premier motif de son choix. Les impacts de cette nomination sur les audiences au Sénat se mesurent de deux façons. D'une part, on peut se pencher sur les justifications de la nomination des autres juges de la Cour suprême. Gross et Vieira montrent qu'il s'agit du premier cas de rejet pour des motifs d'idéologie (Vieira et Gross, 1990). La nomination change aussi le type de questions posé aux juges par les sénateurs. Cet impact se mesure à l'aide d'analyses statistiques qui classifient les types de questions posées aux juges et le pourcentage pour chaque type de question (Gulizza III *et al.*, 1992). Finalement, la montée en importance des groupes d'intérêts et de la couverture médiatique se mesure par le nombre d'articles et par le temps d'antenne consacré aux audiences des juges (Epstein *et al.*, 2006). L'augmentation de la participation des groupes d'intérêts s'observe facilement par les prises de position des nombreux groupes (Vieira et Gross, 1990) et par le simple nombre de groupes impliqués (Gulizza III *et al.*, 1992).

Les candidatures choisies en fonction de considérations politiques, dont celle de Bork est le premier exemple, mènent à la sélection de juges à l'idéologie de moins en moins modérée. Conséquemment, cette surenchère idéologique cause la diminution, voire la disparition des candidatures de juges dits

¹¹ Les cas dans la littérature d'avant *Roe c. Wade* sont traités de façon sporadique et les auteurs ne semblent pas estimer qu'ils ont eu d'effet majeur sur la politisation de la Cour, ce qui justifie le choix d'entamer l'analyse au moment du jugement *Roe c. Wade*.

modérés. Résultat : nous voyons un clivage de plus en plus clair entre les motifs des juges nommés par un président républicain et ceux nommés par un président démocrate.

Cette tendance atteint ce qui était à l'époque un sommet en 2000, lorsque la Cour rend son jugement dans l'affaire *Bush c. Gore*, qui permet à George W. Bush de s'emparer de la Maison-Blanche. Avec l'arrêt *Bush c. Gore*, la partisanerie et la polarisation influencent considérablement le travail des juges et leur processus décisionnel. Dans un jugement sans précédent, la Cour se donne le droit de décider du résultat d'une élection même si elle n'est pas habilitée à le faire par la Constitution. Le jugement ne peut pas créer de précédent, car les juges mentionnent au début du jugement que cette décision ne s'applique qu'au cas précis de l'élection présidentielle de 2000, ce qui va à l'encontre de la philosophie de la Cour, qui doit rendre des décisions générales. De plus, cette décision de 5-4 illustre la partisanerie des juges puisque ceux qui ont voté pour l'arrêt du recomptage avaient été nommés par des présidents républicains et ceux qui souhaitent le prolonger avaient été nommés par des présidents démocrates. À partir de cette décision, on recense de plus en plus de cas reliés à la politique (surtout en lien avec le redécoupage électoral partisan), ce qui rapproche encore davantage la Cour du politique. Finalement, cette décision marque le retour des multiples dissidences (Hendershot *et al.*, 2013).

Ces trois événements mènent au point culminant de la politisation de la Cour durant l'ère Trump, avec la tentative de ce dernier d'utiliser la Cour pour gagner sa campagne électorale, ses trois nominations mouvementées ainsi que ses commentaires sur les décisions de la Cour et sur les juges eux-mêmes. La polarisation des années Trump, qui correspondent à un accroissement de la partisanerie des juges, se constate par le nombre de décisions 5-4 où deux groupes très distincts et fixes (les juges plus conservateurs et les juges plus progressistes) sont en profond désaccord. Les décisions deviennent donc prévisibles en ce qu'elles sont fortement déterminées par l'idéologie des juges. Une analyse des commentaires publics des juges permet aussi de voir une quantité grandissante de commentaires partisans de leur part. En analysant les votes du Sénat pour les nominations de Trump, il est possible de voir que les nominations sont moins consensuelles depuis l'abolition du *filibuster*.

Nous soulignerons donc que les quatre événements choisis et leur contexte permettent d'expliquer les étapes ayant mené à l'évolution de la politisation de la Cour suprême. Les critères de politisation utilisés seront divers. Les premiers sont reliés au Président et à son choix de juges. Le processus de sélection des juges s'est politisé avec l'influence croissante de la *Federalist Society* (organisation juridique conservatrice conseillant les présidents républicains dans le choix des juges sélectionnés). La sélection et la confirmation des juges sont aussi devenues, au cours des dernières années, un enjeu électoral majeur. Chaque nomination influencera l'orientation idéologique de la Cour pour une très longue période, car les juges siègent à vie. D'autres critères sont reliés au processus de nomination des juges. Ce processus a beaucoup évolué sur le plan des votes de confirmation qui sont moins unanimes et sont maintenant tranchés par les lignes de partis. Le type de questions posées par les sénateurs aux juges évolue aussi, car il est davantage axé sur l'idéologie politique des juges. Les sénateurs utilisent aussi de plus en plus les procédures de nomination des juges comme plateforme électorale, ce qui politise le processus. Finalement, certains critères sont reliés aux juges et à l'institution spécifiquement. Depuis la présidence Obama, l'idéologie des juges correspond à l'idéologie du parti du président qui les a sélectionnés. Nous assistons aussi à la disparition des juges centristes : nous avons maintenant deux groupes aux extrêmes, ce qui

décourage le compromis. Nous voyons aussi une augmentation des dissidences, car les opinions des juges ressortent de plus en plus.

Une fois les événements sélectionnés, nous nous attarderons aux impacts des événements clés sur la politisation de l'institution. Puisque la thèse de ce mémoire considère qu'un événement est indissociable des événements qui le précèdent, il est logique de croire que chaque événement aura un impact différent sur la politisation de la Cour.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE DE LA POLITIQUE DANS LES DÉCISIONS JURIDIQUES

La Cour a rendu des décisions importantes pour l'évolution de la politisation de l'institution. *Roe c. Wade* en 1973 et *Bush c. Gore* en 2000 crée un système déséquilibré avec un groupe très actif afin d'influencer la branche judiciaire et un autre plutôt inactif, qui ne se mobilise pas pour exercer une telle influence. L'arrêt *Bush* illustre les effets de ce déséquilibre, alors que certains juges influencent une élection présidentielle pour garantir des nominations futures qui partagent leur idéologie. Par le biais du traçage de processus que nous réalisons dans le mémoire, un lien direct entre les deux décisions est visible et fait apparaître une escalade de la politisation auprès de l'institution et de ses acteurs.

2.1 ROE C. WADE : LA MOBILISATION ET LA RADICALISATION DE LA DROITE

2.1.1 DOE, ROE ET CASEY

Entre 1953 et 1969, la Cour suprême est dirigée par le juge en chef Earl Warren. Sous son règne, il transforme l'institution en emblème progressiste en réalisant sa vision d'une Cour animée par l'activisme judiciaire, idée selon laquelle la Cour peut et doit élargir son domaine d'action afin de rendre des décisions plus englobantes qui auront de grands impacts sur la société (McCloskey, 1965 ; Schwartz, 1996 ; Tushnet, 1993 ; Urofsky, 2001 ; Wolfe, 1997). Cette Cour est particulièrement reconnue pour ses décisions relatives aux droits civiques (Tushnet, 1993). Ses décisions et son penchant pour l'activisme lui aliènent les conservateurs du pays qui sont d'avis que la Cour devrait plutôt faire preuve de retenue judiciaire, c'est-à-dire restreindre ses domaines d'actions et ses pouvoirs (Wolfe, 1997), et se sentent trahis par le plus haut tribunal du pays (Kaplan, 2018).

C'est dans ce contexte que Warren prend sa retraite en 1969 et offre une chance au président républicain Richard Nixon de changer la direction de la Cour avec un nouveau juge en chef. En nommant le juge Burger, Nixon espère apaiser les conservateurs et limiter l'activisme judiciaire de la plus haute instance juridique du pays (Kaplan, 2018). Cette nomination laisse présager un changement jurisprudentiel au sein de la Cour. La Cour Burger est rapidement testée, lorsqu'au début des années 1970, elle décide d'entendre les causes *Doe c. Bolton* et *Roe c. Wade*, qui touchent le droit des femmes à l'avortement. *Doe c. Bolton* sera rapidement éclipsé par *Roe c. Wade*, qui deviendra une des décisions les plus connues de la Cour. La Cour Burger joue aussi un rôle crucial dans la résolution d'une des plus grandes crises constitutionnelles du 20^e siècle : l'étendue du pouvoir présidentiel.

The Burger Court played a critical role in resolving the greatest constitutional crisis of the late 20th century. For several decades, with the exception of the Court's thwarting President Harry Truman's seizure of the nation's steel mills during the Korean War, presidential power had developed unchecked. But when Nixon claimed that the notion of "executive privilege" permitted him to ignore a subpoena duces tecum from the special prosecutor investigating the Watergate scandal, the justices issued a stinging rebuke. In an 8-0 opinion (with Justice William Rehnquist, who had worked for Nixon, recusing himself), the Court held in *United*

States v. Nixon (1974) that the claim of executive privilege always needed to be weighed against the fair administration of criminal justice (Huebner, 2018, p. 17)

Grâce à cette décision, la foi des Américains en un pouvoir judiciaire indépendant est protégée, puisque les huit juges, dont trois qui devaient leur poste à Nixon, se sont entendus sur cette question (Huebner, 2018).

Le jugement *Roe* arrive dans un contexte historique et politique marqué par la montée de mouvements sociétaux progressistes désireux de transformer certains aspects de la société américaine. C'est ce contexte qui ouvre la porte à la décision en créant une conjoncture critique, phénomène permettant des changements majeurs dans la société. En ce sens, le mouvement féministe est en pleine expansion et gagne en crédibilité, le « *Equal Rights Amendment*¹² » est en attente de ratification dans la plupart des États. Le mouvement pro-choix, surtout constitué de féministes, de libertariens civils ainsi que de professionnels du domaine médical et légal, réussit à ramener la question du droit à l'avortement au coeur de l'actualité et mène à une tentative de modification des lois limitant l'accès à l'avortement dans certains États (MacGregor Burns, 2009).

La création de plusieurs organisations se concentrant sur l'égalité des sexes, durant l'expansion du féminisme, popularise l'idée que l'accès à l'avortement amplifie la libération sexuelle totale des femmes et se doit d'être décriminalisé : « *the prohibition of abortion, they argued, forced women to bear children; the state's enforcement of motherhood exemplified the oppression of women* » (Griffith, 2017, p. 212). Ce discours fait réagir les groupes catholiques, qui affirment alors que la plus grande menace à la morale est le féminisme (Griffith, 2017).

En contradiction avec la vision des groupes catholiques, des groupes protestants et des groupes juifs soutiennent, au niveau local et national, l'organisation sans but lucratif *Planned Parenthood*¹³. Ce soutien se maintient, en dépit des frictions grandissantes entre ces groupes et les hôpitaux et parfois même les départements de santé, qui subissent d'énormes pressions de la part de dirigeants catholiques désirant arrêter la distribution des moyens de contraception (Griffith, 2017). Malgré ces tensions, les clergés protestant et juif réussissent tout de même à mettre en place un réseau grandissant permettant aux femmes ayant des grossesses non désirées d'obtenir des avortements sécuritaires, sans jugement ou sanctions.

De plus, depuis la fin des années 1960, le tiers des États avaient élargi leur accès à l'avortement ou avaient allégé leurs lois en lien avec les restrictions à l'avortement. Juste avant le jugement, les progrès semblent ralentir, voire stagner, en grande partie en raison des efforts mis de l'avant par le mouvement pro-vie afin de contrer les progrès du mouvement pro-choix (MacGregor Burns, 2009). En même temps, le mouvement pro-choix commence à se tourner vers les instances judiciaires pour accomplir ce que les législatures d'États refusent de faire. Ils y arrivent, le 22 janvier 1973,

¹² Amendement voulant garantir que l'égalité des droits entre les sexes ne pouvait être remise en cause par aucune législation fédérale, étatique ou locale.

¹³ Organisation à but non lucratif qui fournit des soins de santé reproductive et de l'aide au niveau de la planification familiale aux États-Unis et dans le monde entier.

lorsque la Cour suprême transforme le droit constitutionnel américain avec quelques phrases et peu d'explications (Kaplan, 2018).

Blackmun announced without further explanation, emerge a "right to privacy" that was "broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy." And that was it. With a wave of the judicial wand, without more of an accounting of why, abortion was placed in the pantheon of sacred American freedoms, with such rights as expression, religion, jury trials, and unsegregated schools (Kaplan, 2018, p. 191).

Roe c. Wade rend inconstitutionnelles les restrictions trop strictes contre l'avortement et donne une grande victoire au mouvement pro-choix (Kaplan, 2018). Dans sa décision de 7-2, la majorité explique que le droit à l'avortement est protégé par le droit constitutionnel de la protection de la vie privée (préalablement décrit dans le jugement *Griswold c. Connecticut* de 1965). Cette décision établit le droit constitutionnel de la protection de la vie privée (*constitutional right to privacy*). Elle est une victoire cruciale dans le combat pour une réforme de l'accès à l'avortement. Le raisonnement veut que, si la contraception est protégée par le droit à la vie privée, l'avortement doit l'être aussi (Griffith, 2017). En revanche, les juges ne mentionnent pas les raisons constitutionnelles dans *Roe*, mais décrivent plutôt des règles encadrant cette protection (Tomlins, 2005).

Sous la direction de Burger, l'institution répond aux attentes des conservateurs dans certains domaines, mais surprend aussi en élargissant certains des droits établis par la Cour Warren. Elle instaure, par exemple, des limites en lien avec les protections procédurales pour les accusés criminels, le tout au grand plaisir du président ayant choisi comme slogan « la loi et l'ordre ». Cependant, la Cour choque aussi en légalisant l'avortement (Huebner, 2018). Avec cette légalisation, le désir de Nixon de transformer la cour de façon plus conservatrice après les années Warren est anéanti (MacGregor Burns, 2009, p. 207).

2.1.2 LA GUERRE DES CLANS

Cette décision est d'autant plus surprenante que ce sujet faisait déjà controverse avant le jugement. Huit jours seulement après la décision, un membre de la Chambre des représentants, soit un catholique divorcé du Maryland, introduit un amendement constitutionnel déclarant qu'un fœtus est une personne dès le moment de sa conception, ce qui aurait comme impact de rendre les avortements illégaux, et ce, peu importe leur contexte (Griffith, 2017). En 1972, la firme Gallup réalise un sondage selon lequel deux Américains sur trois considèrent que l'avortement devrait être une décision prise uniquement par une femme et son médecin. Selon ce même sondage, 64% des Américains soutiennent l'idée d'une libéralisation totale des lois pour restreindre cet accès (*full liberalization of abortion laws*), incluant une majorité (56%) de catholiques ayant participé au sondage (Griffith, 2017). Plutôt que d'accélérer la tendance de soutien à l'accès à l'avortement visible en 1972, le jugement de 1973 provoque un conflit entre le 64% d'individus voulant rendre l'avortement plus accessible et le 32% s'y opposant. Ce conflit n'a fait que prendre de l'ampleur au fil des ans (Griffith, 2017).

Roe crée beaucoup de frustration par son manque de fondement constitutionnel. Auparavant, chaque État pouvait légiférer comme il le voulait et certains États n'étaient pas heureux d'avoir à modifier leurs lois. Le jugement transporte le débat dans la sphère juridique plutôt que de rester dans la sphère législative. Ce faisant, il nationalise et constitutionnalise le débat sur l'avortement (Tomlins, 2005). Ce changement a comme conséquence d'offrir une cible unique et claire au mouvement pro-vie. En effet, la férocité et la détermination de ce mouvement, lesquelles avaient été ignorées et sous-estimées, allaient maintenant être dirigées vers une nouvelle cible unique : la Cour suprême. Après la décision, plutôt que de devoir combattre plusieurs législations d'États qu'ils considèrent comme trop permissives, le mouvement pro-vie peut maintenant se concentrer uniquement sur le renversement de *Roe*, ce qui rendrait aux États la responsabilité de légiférer sur la question et leur permettrait de restreindre ou d'interdire le droit à l'avortement. En limitant le débat moral à la sphère juridique et en le bannissant du forum politique qui offrait une possibilité de discussion et de modification au fil du temps, selon les désirs de la population, les juges enlèvent la possibilité de compromis (Kaplan, 2018).

La décision soulève aussi plusieurs critiques de la part d'académiciens et de féministes. Certaines analyses féministes soulignent les risques et l'ambivalence du fait que l'argumentaire de la décision est centré sur le droit à la vie privée, un droit qui n'a pas toujours été bénéfique pour les femmes. Le jugement est aussi critiqué pour son utilisation de notions médicales plutôt que de la notion d'égalité des sexes. En même temps, les opposants de la décision la décrivent comme un symbole de tyrannie judiciaire dénué de fondements juridiques (Machado, 2020).

Le jugement a aussi pour effet de populariser deux camps distincts particulièrement visibles. Le premier, se ralliant sous l'étiquette pro-vie, est constitué en grande partie de catholiques et finalement rejoint par des protestants conservateurs, qui mettent en place des associations comme l'organisation de Billy James Hargis, *American Against Abortion*. Dès le départ, de nombreuses figures catholiques importantes sont à la tête de ce mouvement et de ses efforts, menaçant d'excommunication tous les catholiques qui auraient eu recours à l'avortement ou qui auraient aidé quelqu'un à y avoir accès (Griffith, 2017). Le mouvement pro-vie met l'accent sur le caractère sacré du fœtus et insiste pour que des efforts législatifs doivent être déployés pour renverser *Roe* et mettre fin à ce qu'ils considèrent comme étant des avortements sur demande (*abortion on demand*) (Griffith, 2017).

Pour la majorité des catholiques conservateurs et de leurs alliés, le féminisme et le droit à l'avortement font partie du même combat. Dans les années 1980, les politiques liées à l'avortement deviennent un enjeu primordial lors des élections fédérales et locales à travers le pays. Ronald Reagan décide de faire campagne en soutenant ouvertement la droite catholique et défend l'idée d'un amendement constitutionnel contre l'avortement. Reagan gagne facilement contre son adversaire démocrate Jimmy Carter. Cette décennie voit aussi l'avortement devenir un sujet qui divise encore plus la société, changement engendré par des groupes religieux ainsi que certains politiciens des deux côtés du spectre politique (Griffith, 2017).

Le deuxième camp, connu sous le nom de "pro-choix", regroupe des protestants, des juifs et plusieurs catholiques plus progressistes. Le terme pro-choix vient de l'idée selon laquelle l'autonomie de la femme et ses valeurs personnelles devraient avoir préséance lors du choix de

mettre un terme à une grossesse. Pour le mouvement pro-choix, la décision de la Cour garantit aux femmes le droit fondamental de déterminer le contexte où elles décideront d'avoir un enfant (Griffith, 2017).

Des groupes d'activistes antiavortement, comme *The Army of God* (reconnu par le gouvernement comme une organisation terroriste) appellent à la violence et encouragent l'enlèvement et même le meurtre des médecins qui pratiquent l'avortement. Bien que ces organisations ne représentent qu'une infime partie de la population, elles démontrent à quel point la question de l'avortement est importante et lourde de conséquences (Griffith, 2017).

Un emblème du mouvement activiste des années 1980 a été la tendance croissante des figures religieuses à s'exprimer sur des sujets politiques, tels que l'avortement. La politisation de l'avortement a, en revanche, des effets mitigés. Durant cette décennie, les sondages notent une polarisation croissante lorsqu'il est question des attitudes par rapport à l'avortement. Tandis qu'une majorité d'Américains continuent d'être en faveur de la légalisation de l'avortement dans certaines circonstances, un mouvement vers un consensus pro-choix plus visible se fait sentir. Ce mouvement s'explique en partie par le fait que les extrémistes pro-vie encourageant la violence frustrent des modérés qui étaient indifférents préalablement, et les pousse à soutenir le mouvement pro-choix ou au minimum, à soutenir la légalisation de l'avortement (Griffith, 2017).

Le mouvement pro-vie, et la droite en général, voit la décision rendue par la Cour comme une insulte et une preuve que le tribunal n'est pas de leur côté. Conséquemment, les forces conservatrices décident de se mobiliser afin de contrer les efforts des forces progressistes dans la sphère légale (Tomlins, 2005, p. 308). Ce mouvement de protestation est le résultat d'années de frustration de la droite depuis la Cour Warren. Il cherche à s'approprier un certain contrôle sur le système judiciaire afin que les « trahisons » des années Warren et Burger ne se reproduisent plus. Le mouvement contre l'avortement qui était jusqu'alors un groupe désorganisé d'activistes de terrain bénéficiant d'un soutien irrégulier du Parti républicain se transforme en un groupe de plus en plus professionnel aux organisations juridiques hautement organisées et bien financées ayant des liens forts avec les partis politiques (Machado, 2020). Cette professionnalisation du mouvement permet de former un réseau puissant d'organisations d'élite, reliées à des facultés de droit chrétiennes, des avocats des meilleures firmes, un système de financement professionnel, un programme de formation pour les employés et un réseau capable de communiquer, soutenir et transmettre l'expertise aux acteurs locaux (Machado, 2020). Ce changement majeur transforme radicalement les ressources disponibles pour les activistes pro-vie, qui depuis les années 1970, s'équipent de nouvelles tactiques et d'un nouveau langage pour se battre dans l'arène institutionnelle (Machado, 2020). Plutôt que d'encourager des changements radicaux, les opposants de *Roe* explorent la possibilité de changements graduels, étape par étape (Machado, 2020). S'attaquer aux cours de justice devient leur principal objectif et ils consacrent leur énergie à réduire la portée de *Roe* petit à petit en ramenant la question continuellement devant les juges et en s'assurant de nommer des juges pro-vie à tous les échelons du système juridique, ce qui transforme *Roe* en point central des audiences de confirmation. Ce changement de stratégie veut aussi dire que les candidats présidentiels font de la Cour un enjeu politique central, car, comme l'explique un expert : « *the only way to get rid of Roe (or retain it) was to appoint the right justices* » (Kaplan, 2018, p. 201).

Depuis les années 1990, les conservateurs se concentrent davantage sur la réglementation du service. Cette approche implique l'adoption, par les législatures des États, de lois restreignant l'accès à l'avortement en imposant des exigences légales destinées à décourager les femmes d'en obtenir un. Par exemple, le consentement des parents et du conjoint, les périodes d'attente obligatoires, les échographies et des tests de viabilité (Machado, 2020). Le désir de limiter l'accès à l'avortement transparaît aussi dans les tentatives de réglementer les cliniques à travers les lois TRAP (*targeted regulation of abortion providers*). Sous prétexte d'assurer la sécurité des femmes et leur santé, ces lois imposent des obligations aux cliniques, comme des normes reliées au bâtiment, ou des exigences de se trouver à une certaine distance d'écoles ou hôpitaux. Ne pouvant pas toujours répondre à ces exigences, des centaines de cliniques à travers le pays doivent fermer leurs portes (Machado, 2020).

Sous la direction du juge Rehnquist, la Cour devient encore plus conservatrice. Mais comme c'est souvent le cas dans l'histoire de l'institution, les précédents ont permis de la protéger contre des changements constitutionnels trop profonds (Huebner, 2018). C'est par respect pour les précédents que le droit à l'avortement de 1973 reste valide en 1992 dans le jugement *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*. La montée des chrétiens conservateurs dans la politique nationale après *Roe*, l'adoption officielle de la position antiavortement du Parti républicain et la nomination successives de sept juges conservateurs par des présidents républicains entre 1975 et 1991 donnaient l'impression que *Casey* signifierait la fin des droits acquis en vertu de *Roe* (Huebner, 2018). Pourtant, *Casey* se conclut avec cinq juges nommés par des républicains qui confirment le droit des femmes à l'avortement. Cette décision réitère les éléments centraux de *Roe* et maintient son essence, mais modifie tout de même la décision de façon significative. Beaucoup plus fragmentée que *Roe*, cette décision rendue à 5 voix contre 4 rejette le cadre d'évaluation trimestriel dans son ensemble, se concentrant uniquement sur le concept de la viabilité et rejetant la clause stipulant qu'une femme mariée doit aviser son mari de son désir de subir un avortement, déclarant qu'il s'agissait d'un fardeau excessif pour la femme. Cette déclaration vient contredire *Roe* qui stipule que l'avortement était un droit fondamental pouvant être restreint *seulement* pour servir un *compelling state interest* (Kaplan, 2018).

2.1.3 EFFETS DE LA DÉCISION ROE C. WADE

2.1.3.1 HOMOGÉNÉISATION ET RADICALISATION DE LA DROITE

L'activisme antiavortement voit bien sûr le jour avant *Roe*. Des organisations subventionnées par l'Église catholique comme le *Human Life Center* et la *Society for a Christian Commonwealth* se concentrent sur le droit à l'avortement dès les années 1960, souvent camouflées derrière un objectif plus général incluant les méthodes de contraception et le mariage traditionnel, par exemple. Par contre, *Roe* a un effet catalyseur et engendre une nouvelle phase de mobilisation contre l'avortement en inspirant des tentatives de fusions d'organisations locales pour créer une force pouvant protéger le droit à la vie des fœtus (Griffith, 2017). Cette mobilisation tend à favoriser une certaine homogénéisation de la droite, surtout chez les conservateurs sociaux, autour d'une cause commune et d'une radicalisation que la droite juge nécessaire pour arriver à son but.

Le phénomène s'observe chez les républicains et non chez les démocrates, car, pendant que le mouvement pro-vie se révolte et agit contre ce jugement, il a l'effet opposé sur le mouvement pro-choix et le rend plus passif (Kaplan, 2018, p. 201). Après 1973, les activistes pro-choix avaient très peu de revendications supplémentaires. Outre la recherche de financement pour les femmes moins nanties voulant avoir accès à la procédure, leur rôle était devenu plutôt défensif qu'offensif. Leur victoire a eu comme effet inattendu de les rendre moins revendicateurs pendant que l'inverse se produisait du côté du mouvement pro-vie. En 1977, le *New York Times* publie un commentaire de la responsable du district de Los Angeles de *Planned Parenthood* qui va comme suit : «*pro-choice people went on a long siesta* (Kaplan, 2018, p. 201)».

Ces changements mènent à la création d'un mouvement légal conservateur et nous en voyons les premiers résultats lors des nominations de Ronald Reagan à la Cour suprême (Devins et Baum, 2017). On assiste ensuite à des centaines de tentatives légales et législatives, toutes infructueuses, visant à invalider *Roe*. En 1992, la Cour suprême réaffirme les principes de *Roe c. Wade* dans son jugement *Planned Parenthood c. Casey* (Tomlins, 2005, p. 323).

2.1.3.2 CRÉATION DE LA *FEDERALIST SOCIETY*

On assiste à la création de la *Federalist Society* en 1981, qui prône et propage la philosophie conservatrice légale (Salamone, 2014). Cette organisation est fondée par un groupe conservateur et libertarien d'étudiants en droit des universités de Chicago et Yale et existe grâce à un partenariat entre Reagan et la droite religieuse. Elle compte aujourd'hui plus de 40 000 membres de toutes les sphères légales qui ont comme but de restaurer les valeurs conservatrices (Salamone, 2014).

Créée durant la présidence de Reagan, cette société s'affaire à identifier des juges conservateurs dignes d'être nommés à la Cour suprême et à soumettre leur candidature au président de façon à assurer que des juges conservateurs seront nommés au plus haut tribunal du pays de façon constante (Deysine, 2020). Malgré son rôle durant les années Reagan, elle gagne réellement en importance durant la première année de Bush père, en devenant plus efficace, organisée et crédible. Durant les quatre années de Bush père, les gens responsables des nominations judiciaires sont tous membres de cette organisation, et recommandent des juges faisant aussi parties de la société (Garbus, 2002, p. 27). Les présidents républicains depuis Bush père sous-traitent le processus de nomination des juges à la société, autant pour les juges de la Cour suprême que pour les cours fédérales (Deysine, 2020). Aujourd'hui, cette organisation a plus d'influence que *l'American Bar Association* (ABA) dans les nominations judiciaires (Devins et Baum, 2017).

La *Society* tente d'influencer les cours judiciaires différemment des autres groupes organisés similaires. Le groupe gagne en crédibilité en agissant comme une communauté intellectuelle (*intellectual community*), c'est-à-dire qu'il tente de créer un environnement favorable à la promotion de son idéologie conservatrice (Salamone, 2014). La *Federalist Society* offre des formations, des conférences et des événements commandités dans un but précis: «*to shape and socialize them intellectually and professionally in a particular way, and to encourage them to draw on this training as they carry out their work as legal professionals, academics, judges, government officials, and civic leader* (Salamone, 2014) ». La *Society* tente aussi de tisser des liens directs avec le gouvernement afin d'institutionnaliser son influence et ses idées (Salamone, 2014). En 2022, les

six juges conservateurs siégeant à la Cour suprême (Roberts, Thomas, Alito, Barret, Gorsuch et Kavanaugh) font partie des *Federalists* et cela démontre bien le poids de l'organisation sur le plan politique (Devins et Baum, 2017). Cette proximité entre la société et la Cour suprême ne fait que s'accroître au fil du temps car, plus la *Federalist Society* gagne en popularité, plus les présidents républicains sont portés à choisir des membres de cette organisation afin de pourvoir les postes vacants à la Cour. Lors des dernières années, cette interrelation ainsi que la partisanerie croissante au Congrès fait augmenter le degré de polarisation des débats autour du choix des juges car, plus la propension des républicains à nommer des membres de la *Federalist Society* augmente, plus celle des démocrates de leur présenter une fin de non-recevoir pour des raisons idéologiques augmente également (Scherer et Miller, 2009).

2.1.3.3 POLARISATION ET LE DÉBUT DES *CULTURE WARS*

Plutôt que de mettre un terme à la controverse liée à l'avortement, la décision *Roe c. Wade* était à la fois unifiante et polarisante. En effet, sans le véhicule politique pour trouver un compromis, les positions des deux côtés se sont durcies avec le temps (Kaplan, 2018). Le réalignement et le durcissement des positions des partis étaient visibles depuis la décision *Brown c. Board of Education*, mais *Roe* accélère le virage à droite du Parti républicain et sa métamorphose en parti résolument pro-vie que nous connaissons depuis les années 1980 (Kaplan, 2018). À partir de ce moment, la moindre trace de modération sur l'enjeu de l'avortement dans le Parti républicain disparaît. La plateforme du parti évolue dans la même direction en s'éloignant de celle qu'il avait en 1976, et qui consistait à présenter l'avortement comme étant l'une des questions les plus délicates et controversées de cette époque (Kaplan, 2018). Il s'agissait alors de la première mention d'un test décisif sur la question pour être juge. Ce test exigeait pratiquement des candidats qu'ils s'engagent explicitement à s'opposer à *Roe* pour obtenir le poste. Ce changement modifie totalement le processus de confirmation, centralisant celui-ci autour d'une seule décision (Kaplan, 2018) et faisant de l'avortement le point focal des nominations subséquentes. L'obsession envers *Roe* durant les audiences de confirmation débute véritablement avec la nomination de Sandra Day O'Connor en 1981, surtout expliquée par le fait qu'elle est la première femme nommée à la Cour (Kaplan, 2018). En revanche, sans être une obsession, l'arrêt devient le point central des processus de nominations et chaque futur juge doit obligatoirement nommer de façon explicite sa position sur ce sujet, et ce, dès l'annonce de sa sélection par le président.

Avec *Roe*, les juges décident de prendre position sur un sujet qui peut sembler faire partie des dossiers dont les branches démocratiquement élues devraient se charger, elles qui représentent plus directement l'opinion des électeurs que les juges non élus de la Cour. *Roe* devient donc un point d'inflexion pour la Cour, car la décision marque le début de l'ère du triomphalisme moderne de la Cour. Pour les conservateurs par exemple, ce triomphalisme montre que la Cour est plus en plus activiste dans ces décisions, l'éloignant de l'opinion de la majorité des Américains et risquant de réduire, par le fait même, sa propre légitimité (Kaplan, 2018).

Roe c. Wade a eu des effets importants sur la société américaine et sur la politisation de la Cour suprême. Une étude de Franklin et Kosaki portant sur l'impact de la décision sur l'opinion des gens quant à la question de l'avortement suggère que la Cour influence l'opinion publique de façon inattendue et involontaire. Ces chercheurs ont dès lors montré que *Roe* augmente le soutien public

à l'accès à l'avortement pour des raisons dites exceptionnelles, comme en cas de déformation fœtale ou lorsque la santé de la mère est en danger. En ce qui concerne les avortements discrétionnaires, prises pour des raisons moins exceptionnelles, comme le fait d'être pauvre ou simplement ne pas vouloir d'enfant, *Roe* a plutôt comme effet de polariser l'opinion publique. Autrement dit, l'opposition des activistes pro-vie à ce deuxième type d'avortement est celle qui est la plus forte, alors que le soutien à l'avortement pour ce même type de raison est particulièrement prononcé chez les activistes pro-choix (Peretti, 2001). La frustration de la droite est alimentée par le fait que les médias assurent une couverture substantielle du jugement. Le débat sur le droit à l'avortement ayant un effet clivant, cette couverture médiatique augmente la division au sein du pays sur la question (Kastellec *et al.*, 2010) et la polarisation en général. En effet, plus les citoyens sont intéressés par un enjeu, plus celui-ci risque d'être un facteur important de l'élection ou de la réélection des politiciens, ce qui les force à rester fidèles à la position de leur base sur la question.

Roe c. Wade marque donc l'entrée de la Cour suprême dans ce que nous connaissons aujourd'hui comme les *culture wars*¹⁴. Elle contribue au réalignement des principaux partis politiques, notamment en radicalisant le Parti républicain, et transforme les audiences de confirmation au Sénat en faisant de l'avortement un point focal orientant les questions posées par les sénateurs (Kaplan, 2018).

Roe devient aussi une question qui revient fréquemment durant les campagnes électorales, liant de façon permanente le politique à une décision de la Cour. En se permettant de trancher dans un domaine aussi controversé, la Cour entame son processus de politisation en rendant une décision qui sera à la base de l'activisme de la droite et deviendra un cheval de bataille pour les élus (Kaplan, 2018).

Roe agit donc comme un catalyseur, mettant sur la table les pièces du casse-tête de la politisation de la Cour. La droite avait besoin de cette décision contre laquelle se rallier et s'organiser. Sans *Roe*, la droite n'aurait pas cru nécessaire de créer la *Federalist Society* pour avoir des juges qui représentent leur idéologie dans la sphère légale. Sans cette mobilisation de la droite et la création de la *Federalist*, les morceaux du casse-tête permettant la décision de *Bush c. Gore* de 2000 n'auraient peut-être pas été réunis.

2.2 BUSH C. GORE : LE JUGEMENT D'EXCEPTION ET LA PARTISANERIE DES JUGES

If Republicans were to win the presidency, political control of two branches-including both houses of Congress-would be unified under the Republican Party. Hence, the political stakes for the contest extended well beyond the formal position of the presidency (Yates et Whitford, 2002, p. 104).

Le problème de *Bush c. Gore*, et la raison pour laquelle nous en parlons encore aujourd'hui, est qu'il est un exemple trop révélateur de mauvaise conduite judiciaire pour que de nombreux juristes

¹⁴ Débats au sein de la société américaine en lien avec des enjeux moraux. Ces débats sont marqués par une polarisation du public autour de positions immuables fondées sur des conceptions opposées de l'ordre moral et culturel.

puissent l'excuser et le défendre. Il ne s'agissait pas d'un accrochage isolé et sans grande importance. Au contraire, il a déterminé le résultat d'une élection présidentielle et, indirectement, l'identité de juges qui siègeraient à la Cour suprême et aux tribunaux fédéraux inférieurs pour les décennies suivantes. De plus, puisqu'il s'agissait d'une élection présidentielle et de la plus haute instance juridique, la Cour n'a pas pu ne pas se rendre compte que tous les regards étaient tournés vers elle (Balkin, 2001). Une préoccupation centrale, particulièrement chez les critiques de la décision, est que la Cour a peut-être compromis sa propre légitimité, du moins parmi les membres du public qui avaient été d'ardents partisans d'Al Gore ou d'ardents opposants à George W. Bush (Kritzer, 2001).

2.2.1 LES RÉSULTATS À RETARDEMENT

La campagne présidentielle de 2000, mettant en opposition George W. Bush et Al Gore, restera dans la mémoire collective en grande partie à cause de sa conclusion. La première situation problématique se produit lorsque des allégations de fraude électorale jaillissent alors que la fermeture anticipée des bureaux de vote a privé de nombreux Afro-Américains de leur droit de vote et que les personnes âgées du sud de la Floride ont découvert que des bulletins de vote défectueux les avaient fait voter pour un candidat tiers plutôt que pour le candidat de leur choix (Hoffer *et al.*, 2018).

Durant la soirée électorale du 7 novembre 2000, les deux hommes sont à égalité dans les résultats et la Floride devient l'État décisif. Celui qui gagne la Floride gagne la présidence. La Cour suprême intervient dans l'élection de 2000 à trois reprises. Seules les deux dernières de ces interventions forment la décision *Bush c. Gore* (la première intervention porte plutôt sur le jugement *Bush c. Palm Beach County Canvassing Board*).

En fin de soirée le 7 novembre, les réseaux de télévision annoncent la victoire d'Al Gore en Floride et prédisent donc sa victoire au Collège électoral, lui assurant la présidence. À 18h 48 (CST), NBC est la première chaîne annonçant la victoire de Gore. Dans les 12 minutes qui suivent, tous les grands réseaux font la même prédiction, en s'appuyant sur les mêmes chiffres erronés du *Voter News Service* de NBC. Deux heures plus tard, les réseaux commencent à se rétracter en faveur de Gore et déclarent que la course est trop serrée pour que l'on déclare l'identité du gagnant. À 1h16 du matin, les réseaux commencent à annoncer que Bush est le vainqueur. 15 minutes plus tard, Gore appelle Bush pour concéder l'élection.

The television networks made their now infamous "calls" — which is to say projections — four times that night in early November 2000. First they called Florida and hence the election for Vice President Al Gore, which was then pulled back, and then the same for Bush, which was then pulled back. Television news, contrary to public perception, holds no formal place in the constitutional process for electing a president. Yet like everyone else, newsroom editors around the country are heavily influenced by what they see on TV. Even if they work for TV (Folkenflik, 2020)

Or, entre le moment où Gore appelle Bush et son discours de concession, l'avance de Bush était passée de 50 000 à moins de 2 000 voix. Gore rappelle Bush à 2 h 30 du matin pour lui annonce

qu'il ne concède plus la victoire (Rountree, 2007). Le *Florida Division of Elections* annonce que Bush a une avance de seulement 1 784 votes sur Gore. Cette avance, représentant moins de 0.05% du vote populaire dans l'État, engendre un recomptage automatique des scrutins selon les lois de l'État. Ce recomptage confirme la victoire de Bush, mais avec une marge encore plus serrée que la précédente. À la demande de Gore, un recomptage manuel est entamé dans 4 circonscriptions de la Floride : *Volusia, Palm Beach, Broward* et *Miami-Dade*. Pendant ce temps, le vote total national favorise Gore par plus d'un demi-million de votes. L'*Associated Press* annonce le 10 novembre que l'avance de Bush a été réduite à 327 voix dans le cadre du recomptage automatique (Rountree, 2007).

L'équipe de Bush s'oppose à ces efforts et se tourne vers l'exécutif de la Floride, qui est dirigée par Jeb, le frère de George W. Bush. Bien que le gouverneur se soit récusé de la commission électorale de l'État, l'équipe Bush a trouvé un allié en la personne de la secrétaire d'État Katherine Harris, républicaine, responsable des élections en Floride et coprésidente de la campagne de Bush dans cet état. Malgré le recomptage manuel en cours, Harris, encouragée par un lobbyiste républicain envoyé à Tallahassee par l'équipe Bush, refuse de modifier la date limite du 14 novembre pour annoncer le résultat final, ne laissant donc que quelques jours pour recompter manuellement des milliers de votes (Rountree, 2007). Gore reçoit également l'aide d'alliés. Le procureur général démocrate de Floride, Robert A. Butterworth, envoie une lettre consultative aux bureaux de vérification des votes pour contrer l'affirmation de Harris selon laquelle les recomptages étaient limités aux erreurs imputables aux machines électorales. En insistant sur le fait que l'erreur de l'électeur était une raison valable pour justifier un recomptage, il persuade le comté de Palm Beach de relancer son recomptage. Un avocat démocrate intente une action en justice pour faire rejeter les bulletins de vote par correspondance du comté de *Seminole* qui ont été remplis par des agents républicains (Rountree, 2007). Un avocat de Gore fait aussi circuler un mémorandum très critiqué qui décrit une stratégie pour lancer des contestations juridiques à propos des bulletins de vote par correspondance, y compris ceux des électeurs militaires. En réponse aux efforts juridiques de Bush, l'équipe Gore intente plusieurs demandes judiciaires pour s'assurer que les délais soient prolongés et que davantage de bulletins soient examinés (Rountree, 2007).

En réponse, la Cour suprême de l'État de la Floride décide de prolonger le délai et impose comme nouvelle date le 26 novembre pour transmettre les résultats finaux et certifier le résultat. À cette date, la *Florida Elections Canvassing Commission* donne la victoire à Bush, qui devient alors le nouveau président avant que le recomptage manuel soit terminé (Hoffer *et al.*, 2018). Pour la première fois depuis 1888, un président gagne les votes nécessaires au Collège électoral sans gagner le vote populaire (Yates et Whitford, 2002).

Le lendemain, Gore conteste les résultats et demande de terminer le recomptage manuel avant de déclarer un vainqueur. Le premier jugement de la Cour suprême fait suite à la décision prise par la Cour suprême de la Floride de prolonger le délai de certification des bulletins de vote au-delà de la date fixée par la loi de Floride. La Cour suprême entend l'affaire le 1^{er} décembre. Les neuf juges réalisent rapidement qu'ils sont très divisés sur le plan idéologique, et toute décision sur le fond risque de saper leur propre légitimité. Dans des décisions passées importantes comme *Brown c. Board of Education* et *United States c. Nixon*, la Cour s'était exprimée à l'unanimité afin de renforcer son autorité et d'éviter de donner l'impression que ses décisions capitales sont motivées par la politique partisane. En 2000, cette unanimité est impossible. Les juges décident donc de

renvoyer le cas vers la Cour suprême de la Floride avec des instructions pour réécrire l'opinion pour éviter d'en faire une question fédérale. Puis, le 8 décembre, la Cour suprême de Floride ordonne un recomptage des bulletins de vote à l'échelle de l'État. Ceci étant, au lieu de la décision unanime que les juges rendent quelques semaines auparavant, ils votent cette fois à quatre voix contre trois (Balkin, 2001).

Le lendemain, la Cour suprême se saisit de l'affaire une deuxième fois, en utilisant à nouveau son pouvoir discrétionnaire de *certiorari*¹⁵. Elle accorde un sursis temporaire à tous les recomptages en Floride. L'ordonnance *per curiam*¹⁶ du 9 décembre s'accompagne de deux opinions : celle du juge Scalia soutenant le sursis, et l'autre écrite par le juge Stevens et rejointe par les trois autres juges libéraux dissidents du sursis. Avec cette deuxième intervention, les fissures idéologiques que la Cour suprême tentait de masquer deviennent évidentes (Balkin, 2001).

La troisième et dernière intervention de la Cour a lieu le 12 décembre, lorsqu'elle émet un avis *per curiam* qui tranche la question, ordonne la fin du recomptage et déclare Bush le vainqueur (Tomlins, 2005, p. 353). L'avis n'est pas signé, mais la croyance populaire est qu'il est principalement l'œuvre du juge Kennedy. Il a été rejoint par le juge en chef Rehnquist et les juges O'Connor, Scalia et Thomas. Ils jugent que la décision du 8 décembre de la Cour suprême de la Floride ordonnant un dépouillage judiciaire dans tout l'État violait la clause de protection égale du quatorzième amendement et exigent l'arrêt des recomptages. Puisque la Cour suprême des États-Unis a jugé que la Cour suprême de la Floride ne pouvait pas recommencer les recomptages, il ne restait aucun autre choix à la Cour suprême que de rejeter l'affaire et nommer Bush vainqueur (Balkin, 2001). L'élection se conclut avec une avance finale de 537 voix pour Bush sur près de 6 millions de votes exprimés (Rountree, 2007). Les juges conservateurs qui forment la majorité de 5-4 dans cette décision rendent leur décision rapidement, soit 36 heures seulement après avoir entendu les arguments oraux des deux côtés (MacGregor Burns, 2009). Quant à eux, les juges Souter et Breyer conviennent qu'il y avait une violation de l'égalité de protection, mais expriment leur désaccord avec le refus de permettre un recomptage. Enfin, les juges Stevens et Ginsburg font valoir qu'aucune loi fédérale n'a été violée et soutiennent la décision de la Cour suprême de Floride (Balkin, 2001).

These vigorous dissents reflected the discernable ideological lines along which this five-to-four decision fell. Highlighting the tension on the Court, Justice Ginsburg chose to sign her opinion with a simple "I dissent," as opposed to the traditional "I respectfully dissent." (Yates et Whitford, 2002, p. 103)

2.2.2 L'APPEL DE LA RETRAITE

Le jugement *Bush c. Gore* est le premier de la Cour suprême qui divise les juges selon leur idéologie. En effet, les quatre juges plutôt progressistes (Ginsburg, Breyer, Stevens, Souter) votent

¹⁵ Processus de demande de révision judiciaire et nom de l'écrit délivré par une juridiction dans lequel elle ordonne à une cour inférieure, un tribunal ou une autre autorité publique, d'envoyer le dossier d'une procédure pour une telle révision

¹⁶ Jugement rendu dont l'auteur n'est pas connu, car celui-ci n'est pas signé.

la poursuite du recomptage tandis que les cinq juges plus conservateurs nommés par des présidents républicains (Thomas, Rehnquist, O'Connor, Kennedy, Scalia) votent pour y mettre fin (Epps et Sitaraman, 2019).

Figure 2.1 Position des juges dans la décision Bush c. Gore¹⁷

VOTE	PARTY OF JUSTICE'S NOMINATING PRESIDENT	
	DEMOCRATIC	REPUBLICAN
ALLOW RECOUNT	Ginsburg, Breyer	Stevens, Souter
END RECOUNT	None	Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy, and Thomas

Étant donné que la décision est tranchée à cinq voix contre quatre, la présidentielle de 2000 a donc été décidée par une seule personne, le juge Kennedy, dernier à remettre sa décision. Malgré une majorité qui demande l'arrêt du recomptage pour donner la victoire à Bush, les juges dans la majorité ne s'entendent pas sur une raison commune qui explique cette décision. Chaque juge rend donc sa propre version de sa décision et en donne sa propre justification (Kaplan, 2018, p. 240).

Les mois précédant et suivant l'élection ont vu émerger des rumeurs quant au fait que plusieurs juges de la Cour désiraient prendre leur retraite au cours des prochaines années. Plus précisément, la rumeur circulant à Washington au moment du jugement veut que le juge en chef Rehnquist et la juge O'Connor désirent prendre leur retraite rapidement, et souhaitent le faire sous le règne d'un président républicain pour assurer des nominations conservatrices pour leurs successeurs. En tranchant l'élection, les juges dans la majorité penchent pour un président qui nommera leurs collègues et leurs successeurs et dotera le système judiciaire fédéral de juges conservateurs partageant la même idéologie. Les cinq juges de la majorité utilisent donc le pouvoir de révision judiciaire pour s'assurer du contrôle d'une autre branche du gouvernement qui, à son tour, aidera à poursuivre leur révolution constitutionnelle (Balkin, 2001). C'est ce désir qui aurait influencé leur vote, et non l'aspect légal de la question (Tomlins, 2005, p. 353). Plusieurs années suivant la décision et à la suite de sa retraite, la juge O'Connor avoue publiquement regretter son choix dans ce jugement (Kaplan, 2018, p. 232).

Le vote à saveur politique des juges est également illustré par le renversement des positions habituelles des juges au sujet des questions importantes de fédéralisme et d'*Equal Protection*. Dans *Bush*, les juges abandonnent essentiellement leurs positions doctrinales traditionnelles sur ces questions. La décision laisse entendre que la Cour est motivée par un type particulier de partisanerie, beaucoup plus étroit que la promotion de grands principes politiques par le développement de la doctrine constitutionnelle. Les cinq mêmes juges conservateurs qui forment la majorité dans *Bush c. Gore* sont engagés, depuis plus d'une décennie, dans une véritable

¹⁷ Graphique provenant de Yates et Whitford (2002).

révolution des doctrines constitutionnelles concernant les droits civils et le fédéralisme. Dans ces décisions, les cinq conservateurs avaient promu un ensemble relativement cohérent de positions idéologiques comme celle en lien avec la protection des processus gouvernementaux des États contre la supervision fédérale. Mais l'affaire *Bush c. Gore* ne favorisant pas ces valeurs, les cinq conservateurs ont plutôt adopté les arguments juridiques qui favoriseraient l'élection du candidat républicain (Balkin, 2001).

This division within the Court expresses itself in ways not clearly reconcilable with the past doctrinal positions of its members, but intersects with the justices' ideological and political preferences. Most remarkably, the division occurred within a broader social context of ideological and partisan divisions of power (Yates et Whitford, 2002, p. 104).

Cette décision s'ajoute à plusieurs autres éléments : le traitement de la Cour Rehnquist sur le *Voting Rights Act*, sa décision concernant le redécoupage électoral partisan et la gestion de Rehnquist et d'O'Connor du principe de *one person per vote* mettent en évidence le désir de la Cour de s'impliquer dans les élections américaines. Cela dit, *Bush c. Gore* représente la première occasion où la Cour s'empare d'une cause concernant directement le choix du gagnant d'une élection.

2.2.3 LE RÔLE DE LA COUR ET LE RÔLE DU CONGRÈS

Lorsque la Cour rend son jugement, beaucoup d'experts doutent que la Cour soit l'institution qualifiée pour trancher ce litige, considérant que le 12^e amendement de la Constitution et le *Electoral Count Act* décrit le Congrès comme l'arbitre final dans le cas d'un résultat électoral contesté (Kaplan, 2018, p. 216).

L'intervention de la Cour n'était pas particulièrement nécessaire, quoique cette dernière dise le contraire. Bien qu'il existe des arguments jurisprudentiels pour justifier l'intervention et l'arrêt des recomptages le 12 décembre, ils n'ont de sens que si la Cour était déjà convaincue que George W. Bush aurait dû gagner l'élection. Si les résultats de l'élection sont réellement incertains et qu'aucun des deux candidats ne peut prétendre à la légitimité, l'argument en faveur de l'intervention n'est pas convaincant. En effet, s'il y a le moindre doute, la poursuite du recomptage est le choix logique. Et si Gore est considéré comme le vainqueur légitime, les arguments en faveur de l'intervention risquent de le pénaliser (Balkin, 2001).

Tous les éléments semblent indiquer que le Congrès aurait pu régler ce différend sans l'implication de la Cour suprême. Outre le fait qu'il s'agit d'une tâche qui lui est assignée par la Constitution en vertu de l'article II et du 12^e amendement, le Congrès a adopté deux lois, l'une en 1845 et l'autre en 1887, pour faire face à une éventuelle élection contestée en spécifiant que la tâche de trancher revient au Congrès (Kaplan, 2018). En vertu du droit américain, il incombe au Congrès d'être l'arbitre final en comptabilisant et certifiant les votes de chaque État. Dans le 12^e amendement, il est stipulé que « la personne qui obtiendra le plus grand nombre de suffrages pour la présidence sera président si ce nombre représente la majorité des grands électeurs nommés; et si personne n'obtient une telle majorité, alors la Chambre des Représentants procèdera séance tenante à un vote pour choisir un président parmi les 3 personnes ayant obtenu le plus de suffrages ». En outre, l'un des grands avantages de laisser le Congrès trancher la question aurait été qu'il est politiquement

redevable au peuple. Si les citoyens ne sont pas friands de la façon dont les membres du Congrès traitent la question, ils peuvent voter pour que ces membres soient démis de leurs fonctions. On ne peut pas en dire autant des juges de la Cour suprême. Même si une intervention judiciaire avait été nécessaire, la Cour semble bien pressée de s'impliquer (Balkin, 2001). Malgré cela, au lieu de laisser le Congrès prendre la décision ultime, la Cour a tranché et s'est imposée comme autorité en la matière (Yates et Whitford, 2002).

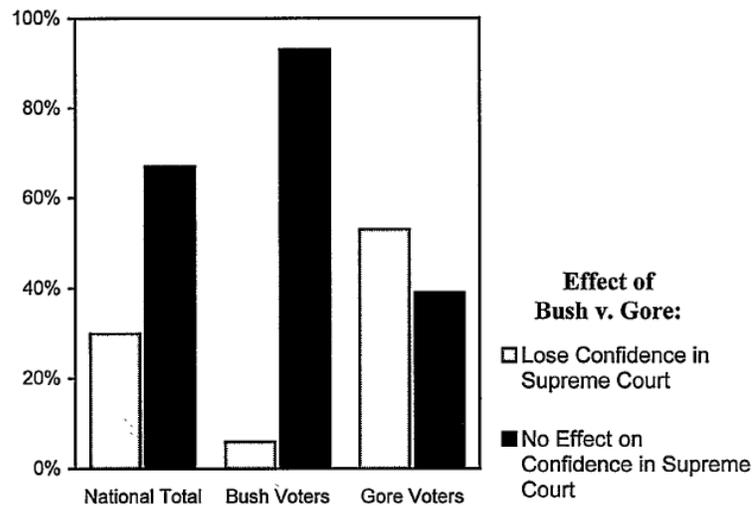
2.2.4 EFFETS DU JUGEMENT

L'arrêt *Bush c. Gore* est un moment décisif dans l'évolution de la politisation de la Cour et met en lumière trois manières dont la Cour s'attribue un nouveau rôle politique. D'abord, elle s'implique de plus en plus dans l'exercice législatif. Ensuite, la Cour devient un organe qui se substitue au Congrès pour produire du droit. Enfin, les juges sont de plus en plus à l'aise de réguler les activités politiques en construisant et en imposant des critères de comportement acceptables pour les groupes d'intérêts, les partis politiques et les élus (Ferejohn, 2002). Puisque le Congrès est de plus en plus polarisé, il est plus difficile de légiférer qu'avant en raison des blocages et de l'incapacité des deux partis d'obtenir des appuis auprès de la formation politique adverse. La Cour prend donc la place du Congrès en rendant des décisions sur des sujets politiques. La Cour se permet aussi de rendre des décisions qui ont un impact sur les comportements des politiciens et des groupes d'intérêts, comme la décision de 2010 de *Citizens United c. FEC* régulant les contributions financières des campagnes électorales. Les juges élargissent la portée de leurs décisions en stipulant que les États ne peuvent pas légiférer sur certains sujets ou vice-versa.

2.2.4.1 AUPRÈS DE LA POPULATION

L'image et la légitimité de la Cour sont testées à la suite de cette décision, car elle s'implique dans les élections alors qu'elle n'a pas besoin de le faire et pourrait rester neutre (Kritzer, 2001). Le recomptage se déroulait sans problème et l'État gérait la situation comme il se doit. Le fait que la Cour s'immisce dans le processus électoral a pour effet de confirmer, pour bien des gens, que les juges sont parfois en proie à la partisanerie (Kaplan, 2018, p. 216). Ce sentiment se fait sentir et se confirme grâce à des sondages auprès de la population qui montrent le changement de l'opinion publique. Les modifications soulevées dans les sondages montrent qu'ils affectent autant les républicains que les démocrates de façon diamétralement opposée (Kritzer, 2001 ; Yates et Whitford, 2002). Alors que l'approbation envers la Cour augmente auprès des républicains, une chute importante de celle des démocrates s'observe.

Figure 2.2 – Taux de confiance de la population envers la Cour suprême après Bush c. Gore¹⁸



Note: Gallup Poll, December 13, 2000. Question wording: Does this decision make you lose confidence in the U.S. Supreme Court, or does it not have an effect on your view of the Court?

Figure 2.3 – Taux d’approbation envers la Cour suprême par affiliation politique avant et après Bush c. Gore¹⁹

	Before			After			Shift
	Favorable	Unfavorable	(n)	Favorable	Unfavorable	(n)	
Democrats	51.6%	15.3%	353	34.1%	31.1%	132	-17.5
Republicans	45.8%	19.7%	330	58.9%	11.2%	107	+13.1
Independents	31.5%	35.6%	73	34.5%	34.5%	29	+3.0

2.2.4.2 AUPRÈS DES JUGES ET DE L’INSTITUTION

À la suite de cette décision, la Cour se politise de deux façons : d’une part, du simple fait de se pencher sur cette question, les juges s’impliquent dans un conflit politique controversé : « *In hearing the case, the Court chose to take an active and conclusive role in the outcome of the election and, at least implicitly, accepted the risk that the nation would regard its decision as politically partisan* (Yates et Whitford, 2002, p. 105). »

¹⁸ Graphique provenant de Kritzer (2001).

¹⁹ Graphique provenant de Kritzer (2001).

D'autre part, et cela est sans doute plus important encore, sachant que le vainqueur pourra potentiellement nommer de nouveaux juges à la Cour, les juges conservateurs qui votent pour donner la victoire à Bush réussissent à influencer l'avenir de la Cour en demandant la fin du recomptage, ce qui favorise un président républicain (Yates et Whitford, 2002). Cette victoire permet un contrôle total du Congrès et de la présidence par les républicains, ce qui facilite les nominations de Bush pour les postes de juges, même si celui-ci nomme des juges beaucoup plus conservateurs qu'à l'habitude (McKeever, 2010). Enfin, le nouveau président serait en mesure de transformer les autres tribunaux fédéraux en alliés idéologiques. Étant donné que la Cour suprême entend relativement peu de causes, les présidents ont un intérêt considérable à s'assurer que leurs décisions et actions sont interprétées par des juges qui partagent leur idéologie (Balkin, 2001).

D'autres conflits d'intérêts ont aussi été soulevés en lien avec cette décision. Par exemple, le fils du juge Scalia travaillait dans le même cabinet d'avocats que Theodore Olson, qui représentait l'équipe Bush devant la Cour. Aussi, la femme du juge Thomas était employée par l'équipe de transition de Bush (Balkin, 2001).

2.2.4.3 AUPRÈS DES MÉDIAS

Enfin, cette décision a un effet sur la couverture médiatique des décisions de la Cour semblable à celui que Bork a eu sur la couverture médiatique des processus de nominations. Étant donné l'importance de la *décision Bush*, celle-ci fait l'objet d'une couverture médiatique nettement supérieure à la couverture habituelle des décisions de la Cour (Kritzer, 2001).

Étant donné cette quantité inégale d'attention portée aux activités de la Cour et l'information qui en découle, des gens qui ne s'attardaient pas aux jugements du plus haut tribunal du pays s'y intéressent soudain en raison de cette décision qui ne laisse personne indifférent. La couverture médiatique et l'impact de la décision ont permis à la population de s'informer et de mieux connaître la Cour suprême (Kritzer, 2001).

Figure 2.4 – Connaissances générales de la Cour de la population américaine avant et après Bush c. Gore²⁰

	Percent (or mean) correct		
	Total	Before	After
Size of Court***	31.3%	28.7%	39.0%
Mandatory retirement age [†]	47.9%	46.4%	52.6%
Who appoints justices	68.4%	67.9%	69.8%
Who is chief justice***	19.8%	16.0%	31.0%
Supreme Court's use of juries*	74.6%	73.2%	79.0%
Control of docket	71.9%	70.9%	74.9%
Mean number correct***	3.15	3.04	3.48

[†]p<.10, *p<.05, **p<.01, ***p<.001 (before/after difference; two-tailed)

Cette couverture médiatique augmente la polarisation en creusant le fossé entre ceux qui sont d'accord avec le verdict (surtout les républicains) et ceux qui s'y opposent (surtout les démocrates) (Kritzer, 2001). En plus d'augmenter les clivages au sein de la population, cette décision accentue les clivages politiques entre les juges et leur donne une image très partisane.

Fox's decision to bestow Florida, and hence the election, to Bush had a ripple effect on other networks and on how many Americans interpreted what had transpired. The way they understood it, a win had been taken away from the Republican (Folkenflik, 2020).

L'impact de *Bush* sur les médias se fait encore sentir aujourd'hui. Les vingt dernières années ont vu des médias prendre leur temps avant d'annoncer le vainqueur des élections pour ne pas répéter les erreurs de 2000. En effet, les présidents des réseaux de l'information, convoqués devant le Congrès pour faire leur *mea culpa* sur l'échec des appels électoraux de 2000, ont depuis adopté une approche plus prudente (Battaglio, 2020).

Bragging rights also were at play. Network news divisions took pride in projecting a winner first. "There was a lot of competitive pressure to not get beat and not be five minutes behind somebody else," said Al Ortiz, who worked on CBS News' election coverage in 2000 and is now vice president of standards and practices for the division. "In the years that followed — and today — there is a lot more patience. If you've got a county that goes completely differently from its history or in the models we have, it sets off a round of questioning now that it didn't automatically back in 2000." (Battaglio, 2020)

²⁰ Graphique provenant de Kritzer (2001)

Malgré le fait que la Cour soit encore crédible et respectée, *Bush c. Gore* reste toujours dans la mémoire collective. En s'impliquant dans un débat qui ne les concernait pas de manière évidente, les juges se permettent de choisir le nouveau président. Cette décision très serrée de 5 contre 4 voix ne tient pas sur des fondements juridiques, mais plutôt sur des fondements idéologiques. Une fois que les juges ont passé le Rubicon et se sont impliqués dans une élection, ils y prennent rapidement goût et utilisent leur pouvoir pour aider un parti aux dépens d'un autre. Dans les années qui ont suivi *Bush*, dans les affaires concernant le droit de vote, la Cour s'est souvent rangée du côté des élites dirigeantes plutôt que du côté des citoyens engagés. L'un des domaines où cela s'est révélé particulièrement vrai est celui des contestations liées au redécoupage électoral partisan. En plus de faire pencher les élections en faveur du parti favori, cette action prive les électeurs ordinaires de leur pouvoir puisque les élections sont pratiquement décidées avant même que le vote ne commence (Cohen, 2020a).

Roe c. Wade et *Bush c. Gore* causent un changement significatif quant à la politisation de la Cour. L'organisation de la droite et leur frustration envers la Cour suprême font qu'ils sont plus attentifs à la Cour et veulent changer le système avec des nominations de juges conservateurs à tous les échelons juridiques. Finalement, le fossé idéologique et la polarisation sociale causés par *Roe* sont présents au moment de *Bush*. Ils sont visibles auprès des juges, qui sont divisés idéologiquement pour la première fois dans une décision. De plus, les juges qui sont nommés par Bush à la suite du jugement (Roberts, comme juge en chef, et Alito) sont tous deux des membres de la *Federalist Society* et ont été suggérés directement au président. Les conservateurs ont donc non seulement créé les outils et institutions dont ils avaient besoin, mais se permettent aussi de les utiliser sans gêne ou tabou. Ils sont aussi visibles au sein de la société. En effet, la couverture médiatique accentue le fossé entre les progressistes et conservateurs qui commence à se creuser avec *Roe*.

CHAPITRE 3

L'ÉVOLUTION DES AUDIENCES DE CONFIRMATION DES JUGES

Malgré le fait que le processus de nomination a toujours été un processus politique, la politisation de la Cour s'observe lors de la nomination et les audiences de confirmation des juges au Sénat. Deux événements reliés aux nominations accélèrent la politisation de la Cour. En 1987, le président Reagan justifie son choix du juge Robert Bork principalement pour des raisons politiques et idéologiques plutôt que pour ses compétences juridiques. 30 ans plus tard, Donald Trump devient président; Mitch McConnell contrôle le Sénat. S'ensuit l'abolition du *filibuster* pour les nominations de la Cour suprême et trois nominations plus controversées les unes que les autres.

3.1 ROBERT BORK ET LE DÉBUT DES NOMINATIONS POLITIQUES

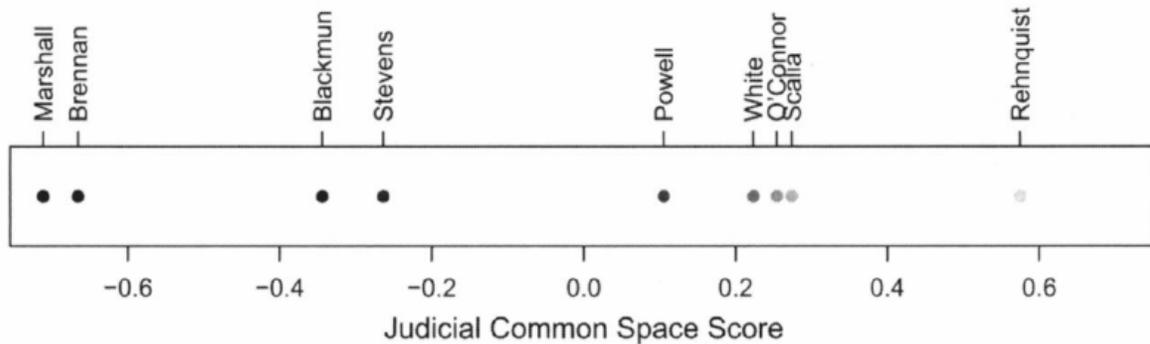
On assiste à plusieurs controverses en lien avec la Cour lors des années 1970 et 1980, autant sur le plan procédural que sur celui des décisions qu'elle rend. La Cour Burger devient celle qui rend le plus de décisions de 5-4 en chiffres bruts et en pourcentage total des opinions à ce moment (Huebner, 2018). Ces tensions mettent en relief la fracture entre les *liberal judges* et les *conservative judges* qui n'a fait que s'accroître depuis. Cette division se fait surtout sentir au moment des nominations et du processus de confirmation.

Malgré les confirmations sans grand débat de Sandra Day O'Connor (la première femme juge de la Cour suprême) et Antonin Scalia (le premier juge italo-américain de la Cour suprême) en 1986, la situation est bien différente en 1987 lorsque Reagan sélectionne le juge Robert Bork pour combler le siège nouvellement disponible.

3.1.1 LE RÊVE CONSERVATEUR DE REAGAN

Le Sénat et les démocrates entament la 100^e session du Congrès en 1987 avec une majorité de 55-45 sièges. Le sénateur Joe Biden devient à ce moment le président de la Commission judiciaire à majorité démocrate de 8-6 sièges. Tel est l'état des choses lorsque Ronald Reagan a l'occasion de nommer un nouveau juge à la Cour suprême après l'annonce de la retraite du juge Lewis F. Powell, Jr., le 26 juin 1987. Powell, un juge centriste, était souvent le *swing vote* au sein d'une Cour divisée dans les décisions de 5-4 sur des questions comme l'avortement et la discrimination positive.

Figure 3.1 – Le score du *Judicial Common Space* des juges de la Cour suprême en 1986²¹



En utilisant le *Judicial Common Space*, nous voyons que Powell était effectivement très centriste, avec un score se rapprochant de 0.

Le 1^{er} juillet 1987, Reagan annonce la nomination du juge Robert H. Bork pour combler le siège vacant (Myers III, 1989). Cette occasion se présente vers la fin de son deuxième mandat, après une longue croisade visant à nommer plusieurs juges conservateurs à des postes importants dans le système judiciaire avec l'aide de la *Federalist Society* (Ogundele et Keith, 1999). Cette nomination diffère des nominations précédentes du fait que le président, voyant le potentiel politique d'avoir une Cour suprême conservatrice, est le premier à tenter de politiser tout le système judiciaire fédéral, sans honte ni subtilité (Garbus, 2002, p. 13). Il se permet donc des nominations justifiées par l'idéologie des juges plutôt que par leurs compétences et connaissances juridiques (Kaplan, 2018).

Cette action est le point culminant d'un changement de vision quant aux confirmations au Sénat qui débutent dans le premier mandat de Reagan, mais prend toute son importance avec la nomination de Bork. L'administration Reagan et ses partisans considèrent immédiatement la démission de Powell comme une occasion de rendre la Cour résolument plus conservatrice. En réponse à cet enthousiasme, Biden les met en garde en promettant d'adopter l'attitude suivante: « *resist any efforts by this administration to do indirectly what it has failed to do in Congress – and that is impose an ideological agenda upon our jurisprudence* » (Griffin, 1988, p. 556).

Bork, un universitaire respecté, professeur de droit à l'Université Yale de 1962 à 1975 et de 1979 à 1981, *Solicitor General* des États-Unis de 1973 à 1977, et juge dans le *federal circuit*, possède une vision profondément conservatrice et controversée, et ce, même pour d'autres juristes conservateurs (Griffin, 1988). Sa philosophie transparait dans ses nombreux écrits, exprimant une très forte opposition aux décisions de la Cour Warren et son héritage provenant du fait qu'il ne considère pas que la Constitution défend un droit à la vie privée ni un droit à l'avortement (Huebner, 2018). Ses opinions paraissent encore plus radicales lorsqu'elles sont comparées à la position du juge retraité Powell.

²¹ Graphique provenant d'Epstein *et al.*, (2007)

Le fait que le juge Powell avait été un vote crucial est d'ailleurs soulevé au cours des audiences à plusieurs reprises. De nombreux sénateurs désiraient un candidat se rapprochant idéologiquement du juge Powell pour conserver un équilibre idéologique au sein de la Cour. La possibilité que Bork remplace le *swing vote* a électrisé les groupes d'intérêts et a causé ce qui fut un cas historique de pression politique (Myers III, 1989). Les opposants de Bork ne prennent pas à la légère la possibilité que Powell soit remplacé par un juge conservateur. Ils mettent rapidement en place une campagne publique contre sa nomination (Huebner, 2018).

De son côté, la Maison-Blanche fait appel aux services de Thomas C. Korologos, un lobbyiste privé, pour aider Bork à se préparer aux audiences. Le 29 juillet 1987, le président Reagan prononce un discours devant le *National Law Enforcement Council*, dans lequel il compare Bork au juge Frankfurter, déclarant que Bork est l'un des plus éminents juristes de son temps (Griffin, 1988). La Maison-Blanche a aussi tenté, en vain, de détourner l'attention de l'idée que le juge Bork serait le *swing vote* à la Cour. Une première tentative a été la distribution d'un document d'information sur la nomination pour les sénateurs, comportant une section traitant de la question de l'équilibre idéologique à la Cour suprême. Le document d'information soutenait également l'idée suivante: « *judges... were to confine themselves to interpreting the law as given to them by statute or Constitution, rather than injecting their own personal predilections, there would be no need to worry about 'balance on the Court'* » (Myers III, 1989, p. 408). En conclusion, le document fait valoir que la nomination du juge Bork ne changera pas l'équilibre de la Cour parce que ses décisions en tant que juge de district sont dans le courant dominant, citant comme preuve qu'il a voté avec la majorité dans 94% des cas. En réponse, le sénateur Biden affirme que le président Reagan a tenté de changer la Cour à son image. Selon lui, les sénateurs ont le droit et le devoir constitutionnel de prendre en considération la philosophie judiciaire de Bork et de déterminer si cette philosophie serait un ajout souhaitable à la Cour (Myers III, 1989).

Dans le cas de la nomination de Bork, l'importance de l'idéologie ne se fait pas uniquement sentir à la présidence. Pour la première fois, les sénateurs annoncent ouvertement qu'ils refuseraient de le confirmer pour des raisons purement idéologiques, et non pour un manque de compétences. Les démocrates, détenant la majorité au Sénat, mettent en place une tactique pour empêcher Reagan d'atteindre ses objectifs (Shapiro, 2020a, p. 121). Le jour même où le Président annonce la nomination de Bork, le sénateur Edward Kennedy du Massachusetts prend la parole au Sénat et fait les remarques colériques suivantes à propos de la nomination :

A land in which women would be forced into back-alley abortions, blacks would sit at segregated lunch counters, rogue police could break down citizens' doors in midnight raids, schoolchildren could not be taught about evolution, writers and artists could be censored at the whim of the government, and the doors of the federal courts would be shut on the fingers of millions of citizens (The Shows Must Go On!, 2009).

Le discours de Kennedy traduit un revirement (qui peut être interprété à l'aune d'intérêts partisans) de la part du sénateur, qui avait affirmé vingt ans plus tôt que toute considération de la philosophie judiciaire plutôt que des compétences des juges n'était pas appropriée (Kaplan, 2018). Le sénateur Metzenbaum de l'Ohio n'a pas hésité non plus à exprimer son mécontentement envers la nomination, y compris dans sa déclaration d'ouverture lors du premier jour des audiences devant la commission judiciaire.

Now it is clear that the President wants to revise the Constitution through his appointments to the Supreme Court. [...]the confirmation of this nominee is likely to tip the Court radically on key constitutional issues.... Those who know Robert Bork know he is not Lewis Powell, nor I suspect, would he claim to be (Myers III, 1989, p. 408).

Bork a aussi un impact sur la population américaine en galvanisant autant les supporteurs que les opposants à la nomination. Cette mobilisation se traduit à Washington par une forte mobilisation des lobbies pour et contre Bork. En réponse à ces efforts de lobbying des deux côtés du débat, une énorme quantité de lettres s'accumule dans les bureaux du Sénat pour tenter d'influencer la décision des sénateurs (Griffin, 1988). La commission judiciaire reçoit, elle aussi, plus de courrier pendant le processus de nomination qu'elle n'en avait jamais reçu pendant une période comparable. Durant les premières semaines, le courrier était généralement favorable à la nomination (Griffin, 1988). La Commission judiciaire reçoit aussi une liste de 100 professeurs de droit favorables à la nomination, une liste de 71 professeurs de droit et 32 doyens de faculté de droit s'y opposant, une autre de 123 professeurs de la *Society of American Law* s'opposant aussi à la nomination et enfin des lettres de 1 925 professeurs de droit contre la nomination. Ceci signifie que près de 40% de tous les professeurs de droit des États-Unis se sont publiquement opposés à la nomination (Griffin, 1988).

La nomination de Bork subit son premier véritable revers lorsque le comité permanent de l'ABA ne vote pas à l'unanimité pour donner à Bork sa meilleure note. 10 membres sur 15 considèrent alors que Bork remporte la note la plus élevée, c'est-à-dire « bien qualifié », 4 jugent que Bork n'est « pas qualifié », et un vote pour une option intermédiaire définie comme suit : « pas opposé » (Griffin, 1988).

Le 6 octobre 1987, la commission judiciaire vote à 9 voix contre 5 pour soumettre la nomination au Sénat complet avec comme recommandation de la rejeter, rendant la défaite de Bork quasi certaine. Tous les sénateurs initialement indécis se positionnent contre la confirmation. D'autres sénateurs, pour la plupart des démocrates du Sud, annoncent qu'ils rejettent à leur tour la confirmation.

Le 8 octobre, une majorité du Sénat s'est déjà déclarée opposée à la confirmation. Certains sénateurs s'opposent à Bork par principe, disant qu'une personne opposée à la cause des droits civiques ne devrait pas siéger à la Cour. D'autres font valoir que même si personne ne peut prédire avec certitude le vote d'un juge, le risque est trop grand que Bork vote pour annuler ou interprète de manière restrictive des décisions importantes pour la nation. Pour le sénateur Biden, le point important consiste alors à affirmer que si Bork avait siégé à la Cour au courant des trois dernières décennies et que ses opinions avaient prévalu, les décisions importantes des Cours Warren et Burger seraient restées lettre morte. Pour Biden, la nomination était en fait un référendum sur les trente dernières années de décisions de la Cour suprême. Les sénateurs qui se sont opposés à la confirmation de Bork ont rejeté l'emploi exclusif de la théorie de l'intention originelle et ont plutôt adopté sans réserve un principe concurrent, *the jurisprudence of fundamental values*, que Biden utilise comme thème pour les audiences.

I believe all Americans are born with certain inalienable rights. As a child of God, I believe my rights are not derived from the Constitution. My rights are not derived from any government.

My rights are not derived from any majority. My rights are because I exist. They were given to me and each of my fellow citizens by our Creator, and they represent the essence of human dignity (Griffin, 1988, p. 575).

À la suite de la recommandation de la commission, Reagan annonce qu'il ne renoncera pas à la nomination de Bork face au rejet des sénateurs. Au lieu de renoncer à sa nomination, le juge Bork annonce à la Maison-Blanche le 9 octobre qu'il considérait nécessaire d'avoir un débat complet et une décision ultime du Sénat. Bien qu'il sût que sa nomination ne serait pas confirmée, il déclare ceci : « *a crucial principle is at stake. That principle is the way in which we select the men and women who guard the liberties of all the American people. That should not be done through public campaigns of distortion* » (Griffin, 1988, p. 564). Le même jour, il publie une déclaration qualifiant l'utilisation de tactiques politiques pendant le processus de confirmation non seulement d'inquiétante, mais de dangereuse. Il exprime aussi son inquiétude quant à l'impact de cet épisode sur l'impartialité des juges à l'avenir. Il s'inquiète également de l'érosion de la confiance du public quant à l'impartialité des tribunaux et l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le président Reagan énonce des préoccupations semblables lors d'un discours télévisé prononcé cinq jours plus tard. Pourtant, dans ce même discours, Reagan, après avoir condamné l'impact des tactiques de campagne politique, conclut en demandant à l'auditoire d'informer les sénateurs que le processus de confirmation ne doit plus jamais être compromis par des pressions politiques (Myers III, 1989).

Le 8 octobre 1987, il est clair que les opposants à la nomination ont suffisamment de soutien au Sénat pour la faire échouer. Le Sénat ajourne ce jour-là pour la fin de semaine avec 53 sénateurs ayant déjà déclaré leur opposition à la confirmation et 36 ayant annoncé leur soutien (Myers III, 1989). Finalement, la nomination de Bork est rejetée à 58-42 voix (MacGregor Burns, 2009, p. 215). Voyant le manque de collaboration des démocrates, Reagan doit se contenter du juge Anthony Kennedy, qui deviendra rapidement le *swing vote* par excellence plutôt que d'avoir un juge défendant sans relâche les valeurs conservatrices (MacGregor Burns, 2009, p. 216).

Dans son histoire, le Sénat avait étudié 143 nominations de candidats pour siéger à la Cour suprême (incluant Bork). Avant Bork, le Sénat avait refusé seulement 27 des 143 nominations. De ces 27 rejets, 22 ont eu lieu au cours du 18^e ou 19^e siècle. Au cours du 20^e siècle, le Sénat a rejeté uniquement trois nominations, a fait de l'obstruction à la nomination de Fortas comme juge en chef jusqu'à ce qu'elle soit retirée par le président, et n'a pas conclu d'action sur une cinquième nomination, celle de Homer Thornberry en 1968. Il faut retourner jusqu'en novembre 1969 et avril 1970 pour les derniers rejets du Sénat, soit ceux de Clement Haynesworth et Harrold Carswell respectivement. À l'exception de la nomination de Thornberry par le président Johnson (qui a été retirée en même temps que celle de Fortas), Robert Bork n'est que le cinquième candidat à être rejeté au cours du 20^e siècle (Myers III, 1989).

Bork n'a pas été confirmé parce qu'il était en profond désaccord avec ce qui était devenu, à l'époque de sa nomination, l'orthodoxie du Parti démocrate et de certains éléments du Parti républicain quant au rôle de la Cour Suprême dans la protection de certains droits constitutionnels fondamentaux. Dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle, Bork est un radical qui rejette une exigence de la règle de droit jusque-là acceptée par toutes les parties au débat: que les juges doivent interpréter la Constitution en vertu des principes ayant guidé les décisions passées de la Cour ainsi que d'autres aspects de l'histoire constitutionnelle du pays (Dworkin, 1987). Les

sénateurs sont préoccupés par les reproches adressés par Bork à la Cour pour sa gestion jurisprudentielle des cinq enjeux suivants: les droits civils; la division du territoire électoral; le droit à la vie privée et à un procès équitable; la protection des femmes via la Clause de protection égale; et l'applicabilité du premier amendement à l'expression artistique et subversive (Griffin, 1988).

Toutefois, certains des facteurs derrière la défaite de la nomination de Bork étaient hors du contrôle du juge. En général, les présidents ont beaucoup plus de mal à obtenir la confirmation des nominations à la Cour lorsque le Sénat est aux mains du parti de l'opposition et lorsque la nomination a lieu au cours de la dernière année de leur mandat en fonction. Même si le président Reagan avait encore plus d'un an et demi à son mandat lorsqu'il annonce la nomination du juge Bork, son administration était gravement affaiblie par la crise économique et par les effets du scandale Iran-Contra. Les ennuis autour de cette affaire ont peut-être entravé la capacité de la Maison-Blanche à faire face de manière appropriée à l'opposition à la nomination de Bork (Griffin, 1988).

Plusieurs ont aussi pensé que le moment de l'annonce de la nomination du juge Bork avait mal été choisi par la Maison-Blanche. Ce choix permet aux sénateurs qui s'opposent à la nomination de travailler en coalition avec les groupes d'intérêts de l'opposition pendant les longues vacances d'août, avant que le premier jour des audiences ne commence. Pendant que l'opposition s'organise, le président Reagan est, quant à lui, en vacances en Californie, sans sentir le besoin de se préparer. La Maison-Blanche désirent éviter de politiser la nomination décide d'organiser très peu de mobilisation pour Bork. A. B. Culvahouse, Jr., conseiller du président Reagan, reconnaît à cet effet qu'une partie de l'erreur réside alors dans la stratégie de la Maison-Blanche. Il note entre autres le long retard dans les audiences et le temps donné aux opposants pour organiser leur campagne (Myers III, 1989).

3.1.2 DES AUDIENCES HORS DU COMMUN

Les raisons justifiant la nomination de Bork ne sont pas l'unique signe des évolutions qui marquent le processus de sélection des juges de la Cour suprême durant les années 1980. Les audiences au Sénat sur la nomination de Bork sont elles aussi révélatrices à cet égard. Sachant que son pedigree n'était pas un bon argument pour refuser sa confirmation, mais ne voulant tout de même pas permettre à Reagan de rendre la Cour plus conservatrice, les démocrates décident de modifier les critères utilisés pour évaluer les candidats. Plutôt que de se pencher sur leurs qualités personnelles et leurs compétences professionnelles, ils décident de mettre l'accent sur leur philosophie sociale et légale (Gulizza III *et al.*, 1992). Cette évolution mène à des audiences durant lesquelles l'intégrité et les qualifications professionnelles des juges sont rarement mises en doute et où les sénateurs scrutent à la loupe la feuille de route décisionnelle des nominés tout en tentant d'anticiper leur position sur certaines questions légales épineuses qui pourraient se rendre devant la Cour (Vieira et Gross, 1990). À partir de ce moment, les sénateurs mettent moins l'accent sur l'éthique, les compétences et l'intégrité, mais plutôt sur l'idéologie, la philosophie et les politiques du juge (Epstein *et al.*, 2006).

Les aptitudes psychologiques du juge Bork et son expérience pour le poste n'ont pas été remises en question. Les audiences ont été principalement consacrées à l'enquête sur la philosophie judiciaire du juge Bork (Myers III, 1989). En effet, sur les quelque 400 questions posées à Bork, 92,6% concernaient sa philosophie juridique et son idéologie (Gulizza III *et al.*, 1992). En général, les audiences ont porté sur sa philosophie judiciaire, sa doctrine constitutionnelle, son interprétation des lois *antitrust* et sa conduite en tant que procureur général par intérim lors du renvoi du procureur spécial Archibald Cox en 1973 (Griffin, 1988).

Bork commet l'erreur durant ses audiences d'être franc, direct, impérieux et de répondre longuement et en détail aux questions des sénateurs. Sa performance, une démonstration éblouissante de transparence et de sa maîtrise doctrinale, est décrite par plusieurs observateurs comme une *suicide mission* (Kaplan, 2018). Plutôt que de rester vague dans ses réponses, comme le font maintenant la plupart des juges, Bork est extrêmement volubile et les démocrates utilisent les mots du juge pour justifier leur refus (McKoski, 2020). Peu de candidats ont annoncé de manière aussi claire et définitive que Bork leurs positions sur les questions susceptibles de susciter la controverse. Bork a déclaré, par exemple, que la décision de la Cour Suprême dans l'affaire *Roe c. Wade*, qui limitait le pouvoir d'un État de rendre l'avortement criminel, était elle-même inconstitutionnelle, que la Constitution reconnaît clairement le bien-fondé de la peine de mort, et que la longue série de décisions de la Cour mettant en œuvre le principe de *one man, one vote* dans les élections nationales et locales était une grave erreur. Il qualifie aussi la suggestion selon laquelle les minorités morales telles que les homosexuels pourraient avoir des droits constitutionnels contre la discrimination, légalement absurde, et doute de la sagesse de la règle constitutionnelle que la police ne peut pas utiliser des preuves obtenues illégalement dans un procès criminel. Dans une opinion dissidente sur la cour de circuit, qui, selon la majorité, contredisait un précédent de la Cour suprême, Bork a déclaré que le Congrès ne pouvait pas contester devant les tribunaux la constitutionnalité des décrets et actions du président (Dworkin, 1987). Quand une cause nécessite que les juges déterminent la signification d'une proposition constitutionnelle abstraite, ceux-ci devraient, selon Bork, être guidés par l'intention des Pères fondateurs, et rien de plus. S'ils vont au-delà de l'intention des auteurs, alors ils s'appuient sur des préceptes moraux et une philosophie abstraite, et agissent comme des tyrans judiciaires, usurpant l'autorité qui appartient au peuple. Selon lui, c'est ce qu'a fait la Cour Suprême en rendant ses jugements sur l'avortement, les cas de *one man, one vote*, la peine de mort, la discrimination positive (*affirmative action*), et d'autres causes avec lesquelles il n'est pas d'accord (Dworkin, 1987).

Bork n'est pas aidé par le fait que certains de ses partisans défendent également le rôle d'activiste de la Cour dans le domaine des droits individuels. En fait, la plupart des sénateurs qui ont voté pour Bork ne contestaient pas les arguments de fond avancés par ses adversaires, mais préféraient plutôt justifier leur vote en invoquant le fait que Bork avait été nommé par le président Reagan et qu'il était bien qualifié.

Si certains sénateurs s'inclinent devant la doctrine de la retenue judiciaire, peu d'entre eux sont prêts à défendre explicitement la philosophie précise du juge. Bork nuit à sa cause lors des audiences. Il est évident avant même leur début que les sénateurs ayant les voix décisives de la Commission judiciaire ont de nombreuses réserves sur la philosophie judiciaire de Bork exprimée dans ses écrits universitaires. Pour confirmer Bork, ils ont besoin d'être rassurés, ce qu'il ne réussit pas à faire. Dans sa déclaration d'ouverture, il réfère d'abord à la retenue judiciaire et à l'intention

originelle et refuse l'idée d'un rôle activiste pour la Cour dans la protection des droits individuels. Particulièrement dans le domaine des droits civils, Bork ne semble pas se préoccuper des implications plus larges de ses déclarations. Il laisse entendre que l'expansion de la liberté des citoyens noirs était un jeu à somme nulle, et renouvelle ses critiques de *Shelley v. Kraemer*, *Reynolds v. Sims* et *Katzenbach v. Morgan*. Lorsque le sénateur Kennedy l'interroge au sujet de sa critique de la décision interdisant les taxes électorales dans les États, Bork déclare à nouveau qu'il pense que la Cour a eu tort de statuer ainsi et commente : «*it was just a \$1.50 poll tax* » (Griffin, 1988, p. 580).

Un autre élément qui change à partir de la nomination de Bork est la durée des procédures. La nomination de Bork fait tripler la durée des procédures, passant de 42 à 143 heures (Epstein *et al.*, 2006). La quantité de témoignages de Bork devant la commission est sans précédent pour un candidat à la Cour suprême. Il témoigne pendant trente heures sur une période de cinq jours. Sept autres jours sont consacrés à l'examen des témoignages de 111 autres individus, dont l'ancien président Gerald Ford, l'ancien juge en chef Warren Burger, sept anciens procureurs généraux des États-Unis, des membres actuels et anciens du Congrès, de nombreux professeurs et doyens de facultés de droit, l'ancien conseiller de la Maison-Blanche Lloyd Cutler, et divers représentants de groupes d'intérêts. Des corps de presse représentant tous les médias assistent aux audiences, et une bonne partie de son témoignage est retransmis en direct à la télévision et à la radio (Myers III, 1989).

Depuis la nomination de Bork, plusieurs démocrates et républicains tentent de transformer le processus de confirmation en une simple enquête visant à déterminer si le candidat est « qualifié » pour donner l'illusion de ne pas être politique. Mais cette vision ignore la responsabilité fondamentale et légitimement exercée par le Sénat. La défaite de Bork a été citée fréquemment comme l'exemple ultime du dysfonctionnement du processus de confirmation. Certes, il n'est pas traité équitablement par le sénateur Kennedy et certains autres sénateurs, mais on ignore souvent le fait qu'il est nommé précisément parce qu'il était en dehors du courant idéologique dominant. Dans ses écrits et ses discours, il se présentait comme un rebelle qui briserait l'élite libérale. Il est bien entendu que Reagan avait été heureux d'obtenir un juge aux références impeccables, mais c'était un boni. Bork est choisi ultimement parce qu'il voterait pratiquement toujours avec les conservateurs, notamment pour renverser *Roe* (Kaplan, 2018).

3.1.3 LE RÔLE GRANDISSANT DES MÉDIAS ET DES GROUPES D'INTÉRÊTS

Un autre élément qui rend la nomination de Bork unique est la couverture médiatique qui lui est consacrée. Avant les audiences, les médias avancent que Bork avait d'excellentes chances d'être nommé. Toutefois, étant donné le travail effectué par les démocrates pour le discréditer durant les audiences, en plus de la couverture médiatique du processus, l'opinion des Américains change. Avant le début des procédures, 25% des gens s'opposaient à sa nomination. Après, ce chiffre monte à 52% (Shapiro, 2020b, p. 130). Au départ, Bork accorde de nombreuses entrevues à des organes de presse et bénéficie d'une couverture médiatique généralement favorable. Le *Washington Post* le décrit comme flexible et pragmatique, et non pas comme l'idéologue que ses partisans et ses opposants perçoivent (Griffin, 1988).

Un autre élément qui surprend de nombreux sénateurs et autres observateurs durant le processus est le niveau d'effort déployé par les groupes d'intérêts. Cette nomination galvanise les groupes dans une campagne nationale reposant sur toutes les méthodes modernes de campagne politique pour créer une opposition ou un soutien à Bork dans les États d'origine des différents sénateurs. Ces méthodes incluent des annonces dans les journaux, des publicités télévisées, des campagnes de poste de masse, le recrutement de personnalités publiques de premier plan pour soutenir ou discréditer la nomination, des lettres et des éditoriaux dans les journaux, des sondages d'opinion, des rassemblements publics et des protestations, des autocollants sur les voitures, des macarons et des pétitions, visant à influencer le vote des sénateurs sur la nomination (Myers III, 1989).

Afin de comprendre pourquoi la nomination de Bork génère une telle ferveur chez les groupes d'intérêts, il faut retourner à la nature fondamentale des groupes et la manière dont ils parviennent à réaliser leur programme. Si les organisations sont incapables de réaliser leur programme par le biais de la législation ou de l'exécutif, elles concentreront alors leurs efforts sur les litiges qui peuvent donner lieu à un jugement favorable. La sagesse conventionnelle des lobbyistes veut que les chances d'obtenir le jugement souhaité augmentent lorsque sont confirmés des candidats qui sont favorables, soit par leur philosophie judiciaire, soit par leur philosophie politique, aux causes du groupe. À l'inverse, si le candidat est perçu comme antipathique au groupe d'intérêts, ce dernier peut s'efforcer d'empêcher la confirmation du juge pour protéger ses intérêts futurs. Ce phénomène est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de la Cour suprême, étant donné le caractère définitif des décisions de la Cour. Non seulement le juge Bork est-il considéré par l'opposition comme moins susceptible de rendre des décisions favorables à leur cause, mais il est vu comme le remplaçant d'un juge qui avait été un important vote décisif à la Cour, se retrouvant au centre de l'échiquier idéologique de la Cour et devenant par le fait même un *swing justice*. Cette situation signifiait donc que le successeur de Lewis Powell ne se contenterait pas d'exprimer l'une des neuf voix sur les décisions, mais qu'il détiendrait la voix décisive dans des décisions à cinq contre quatre sur un certain nombre de questions sociales importantes dans l'avenir (Myers III, 1989).

Divers groupes d'intérêts ont utilisé les semaines précédant les audiences pour mobiliser leurs membres. Par exemple, le groupe conservateur *Coalitions for America* a diffusé des publicités radio en faveur de la nomination au début du mois d'août. En même temps, la *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP) et la *National Education Association* (NEA) jurent de s'opposer à Bork lors de leur convention respective en juillet 1987. Par le biais des efforts du sénateur Kennedy, la *Southern Christian Leadership Conference* (SCLC) permet d'obtenir la garantie que les églises noires du Sud s'opposeront à la nomination. Quant à eux, le conseil exécutif de l'AFL-CIO et *The American Civil Liberties Union* (ACLU) demande au Sénat de rejeter la nomination de Bork. Le mouvement anti-Bork gagne en popularité au fil du temps et finit par inclure de nombreux groupes qui n'avaient pas l'habitude de prendre position pour les nominations judiciaires (Griffin, 1988).

Les groupes d'intérêts s'opposant à la nomination contribuent à la faire échouer en raison de leur effort en tandem avec certains sénateurs. Ensemble, ils forgent une image répugnante de Bork pour les autres sénateurs et leurs électeurs. Le sénateur Kennedy est un acteur crucial dans cet effort. Il décrit au *Boston Globe* sa réunion avec les sénateurs Biden, Metzenbaum et Cranston pour définir la stratégie d'opposition à Bork. Celle-ci comprend le report des audiences après les vacances d'août afin d'organiser l'opposition. Ils s'attaquent ensuite aux sénateurs indécis. Le sénateur

Kennedy lance des appels téléphoniques à des individus et des organisations pour s'assurer de leur aide dans la lutte contre la nomination. Par exemple, il appelle chacun des trente membres du Bureau exécutif de l'AFL-CIO, leur demandant de l'aider à rejeter la nomination et les groupes d'intérêts répondent à l'appel. Une campagne organisée de publicités dans les journaux et à la télévision contre la nomination accompagne les audiences. Cette campagne, dominée par le *People for the American Way*, achète des publicités dans de nombreuses villes à travers le pays. Leurs publicités télévisées présentaient la voix de l'acteur Gregory Peck déclarant que Bork défendait les taxes électorales et les tests d'alphabétisation, s'opposait au *Civil Rights Act*, rejetait la protection constitutionnelle du droit à la vie privée, et soutenait que la liberté d'expression ne s'appliquait pas à l'art et à la musique. Le *Washington Post* et le *New York Times* prennent aussi position et annoncent tous deux leur opposition à la nomination (Griffin, 1988). Le résultat est le suivant : une inquiétude généralisée dans tout le pays. Cela est dû en partie au fait que l'explication complète de principes constitutionnels complexes, élaborés à partir d'années de précédents et de débats ne se prête pas à une brève explication dans les journaux télévisés et les publicités. Par conséquent, les écrits et les opinions de Bork sont réduits à des slogans et des titres facilement consommables et accrocheurs. Plusieurs grandes organisations de lobbying des deux côtés de la nomination excellent en ce domaine. L'habileté des opposants, cependant, surpasse celle des forces pro-Bork. Par exemple, le fonds d'action *People For The American Way Action Fund* achète une pleine page de publicité dans le *New York Times* intitulée *Robert Bork vs. The People*, analysant plusieurs opinions du juge Bork, en utilisant des phrases telles que « Stériliser les travailleurs », « Pas de vie privée », « Les grandes entreprises ont toujours raison » et « Revenir en arrière sur les droits civils ». Les partisans de Bork accusent les opposants à sa nomination de jouer avec les faits et le droit des décisions et des articles rédigés par le juge Bork, mais les publicités atteignent leur public cible et le mal est fait (Myers III, 1989).

Ils attirent aussi l'attention des électeurs de nombreux sénateurs. Grâce à l'utilisation de tactiques de campagne typiquement politiques (appels, lettres, rassemblements, etc.), les électeurs rappellent aux sénateurs qu'ils sont politiquement redevables aux citoyens et que, puisque ces derniers sont opposés à la nomination de Bork, les sénateurs doivent s'y opposer également. Un nombre suffisant de sénateurs indécis obtempère et participe à bloquer la nomination. Si un sénateur devait ignorer l'avis de ses électeurs et des groupes d'intérêts sur de telles questions, il ferait peut-être son devoir constitutionnel, mais il s'exposerait à la colère de ses électeurs lors de la prochaine élection (Myers III, 1989).

Les groupes d'intérêts développent également le concept d'équilibre comme outil important pour attirer l'attention des citoyens et sénateurs. Le directeur général par intérim de l'organisation *People for the American Way*, par exemple, déclare dans une lettre adressée aux sénateurs que le juge Lewis Powell a joué un rôle clé dans l'établissement d'un consensus au sein de la Cour et que l'une des fonctions fondamentales du Sénat dans le processus de confirmation est d'empêcher la transformation partisane et idéologique des tribunaux par un président déterminé à remodeler la Cour suprême pour qu'elle reflète ses opinions (Myers III, 1989). L'AFL-CIO note aussi le jour de l'annonce de la nomination que le juge Powell a joué un rôle central sur plusieurs questions épineuses devant la Cour. La *Leadership Conference on Civil Rights*, considérée par plusieurs comme le chef de file des lobbyistes contre Bork, publie aussi une déclaration dans les heures qui suivent l'annonce du président dans laquelle il est écrit que la confirmation de Robert Bork modifiera dramatiquement l'équilibre de la Cour suprême. Ralph Nader, fondateur de *Public*

Citizen, publie aussi son rapport sur la nomination de Bork avec une lettre déclarant qu'un examen du dossier de Bork est justifié dans le cadre de cette importante nomination. Les publicités dans les journaux se concentrent aussi sur la question de l'équilibre de la Cour. La *National Abortion Rights Action League* présente une publicité dans les journaux affirmant que la victoire de Bork aurait comme effet que la Cour suprême à l'esprit vif et équilibré aimée des Américains serait chose du passé. Une majorité conservatrice de 5-4 l'emporterait pendant des décennies (Myers III, 1989).

Les groupes pro-Bork s'efforcent d'attirer l'attention des Américains en produisant leurs propres slogans. Une organisation connue sous le nom de *Free the Court* loue un avion pour survoler la foire d'État de l'Iowa avec une bannière dénonçant les *Bork bashers* et les *liberal lap dogs*. Le *National Conservative Political Action Committee* (NCPAC) présente des laisses pour chien à des sénateurs anti-Bork en les décrivant comme des chiens stupides alliés à la gauche cinglée. Le NCPAC présente aussi des chaînes d'étranglement à certains sénateurs qu'il considère comme étant à la solde par des groupes d'intérêts spéciaux radicaux. Les partisans de Bork ont également recours à des publicités. *We the people* fait paraître une publicité pleine page dans le *USA Today* intitulée « *The assassination of Judge Robert Bork: How politics stink and you lose* ». La publicité dénonce l'utilisation de propagande par des groupes d'intérêts et des politiciens ambitieux et attaque la personnalité de quatre démocrates de la Commission judiciaire du Sénat (Myers III, 1989).

Des groupes conservateurs se permettent aussi d'émettre des commentaires, comme le révérend Jerry Falwell de la *Moral Majority*, qui déclare que la nomination de Bork représente la dernière chance pour les conservateurs d'influencer cet organe politique important. En plus du révérend Falwell, d'autres conservateurs éminents sont prompts à soutenir la nomination en se basant sur leur propre perception de l'importance du siège vacant. Les évangélistes conservateurs de la télévision encouragent leurs téléspectateurs à contacter la commission judiciaire et son président Biden pour demander la confirmation de Bork (Griffin, 1988). Le lendemain de l'annonce de la nomination de Bork, Pat McGuigan, représentant de la fondation conservatrice *Free Congress Foundation* déclare que la nomination de Bork est la chance des conservateurs de restaurer l'état de droit dans le système américain. Le même jour, le militant conservateur Richard Viguerie fait remarquer que les conservateurs attendent ce jour depuis plus de trente ans et qu'il s'agit de la meilleure nouvelle depuis la réélection du président Reagan. Dans le même ordre d'idées, Daniel Popeo, fondateur de la *Washington Legal Foundation*, déclare que les conservateurs ont l'occasion de faire reculer trente ans d'activisme social et politique de la Cour suprême (Myers III, 1989).

La mobilisation n'est pas que financière. Le lobbyiste en chef de la NAACP déclare pouvoir mobiliser 12 000 volontaires en quelques heures seulement. Le directeur général de la *American Civil Liberties Union Foundation* envoie une lettre le 31 août 1987, comprenant des déclarations telles que :

DETAILED RESEARCH REVEALS BORK FAR MORE DANGEROUS THAN PREVIOUSLY BELIEVED.... WE RISK NOTHING SHORT OF WRECKING THE ENTIRE BILL OF RIGHTS.... HIS CONFIRMATION WOULD THREATEN OUR SYSTEM OF GOVERNMENT.... TIME IS SHORT URGE YOU TO RUSH EMERGENCY CONTRIBUTION AT ONCE (Myers III, 1989, p. 411).

Du côté des défenseurs de Bork, l'organisation conservatrice *Concerned Women for America* active des banques téléphoniques et envoie des lettres à ses 500 000 membres, demandant un soutien immédiat pour la nomination par le biais d'une campagne d'envoi de lettres aux sénateurs. L'organisation *We the People*, créée spécialement pour soutenir la nomination de Bork, cherche à recueillir 2 millions de dollars en soixante jours. *Citizens for Decency Through Law* publie une déclaration indiquant qu'elle a emprunté 140 000 dollars et demande des contributions pour aider à couvrir les coûts éducatifs et médiatiques de leur campagne pour un siège à la Cour suprême. Le révérend Jerry Falwell s'implique aussi en envoyant une lettre demandant des fonds.

I am issuing the most important 'call-to-arms' in the history of the Moral Majority President Reagan has chosen Judge Robert Bork... [who is] a pivotal person in getting the Supreme Court back on course.... I need your gift of \$50.00 or \$25.00 immediately. Time is short (Myers III, 1989, p. 412)

Ces campagnes ont comme effet de mettre en évidence les enjeux liés à la nomination et d'augmenter les contributions reçues par les citoyens et organisations. Les partisans et les détracteurs du candidat comptent dans leurs rangs des personnes susceptibles de recourir à la plupart des moyens de pression les plus sensationnels pour attirer l'attention du public et obtenir un soutien financier et philosophique à leur cause. Les agences de presse prévoient que les groupes qui soutiennent la nomination de Bork ainsi que ceux qui s'y opposent entendent dépenser des millions de dollars. Les directeurs généraux de l'association *People for the American Way* et la *National Organization for Women* indiquent rapidement qu'ils ont l'intention d'amasser au moins un million de dollars. De son côté, la *Federation of Business and Professional Women's Clubs* consacre un tiers de son budget de politique publique de 250 000 \$ à des efforts pour faire échouer le candidat (Myers III, 1989).

3.1.4 EFFETS DE LA NOMINATION DE ROBERT BORK

Malgré le champ de mines idéologique et procédural auquel les candidats sont confrontés au Sénat, l'histoire récente montre que les présidents atteignent généralement leur objectif lorsqu'ils ont l'occasion de nommer quelqu'un à la Cour suprême (Johnson et Roberts, 2005). Depuis 1900, seulement cinq nommés sur un total de soixante n'ont pas été confirmés par le Sénat (Johnson et Roberts, 2005). Il est donc possible de faire deux observations générales : la première est que les présidents gagnent généralement le combat de confirmation au Sénat; la seconde : un nombre significatif de nommés sont confirmés même lorsque l'alignement idéologique du Sénat indique qu'ils auraient dû être battus ou ne pas être nommés en premier lieu (Johnson et Roberts, 2005). Même si l'alignement idéologique semble défavorable pour les nominations lorsque le parti du président est minoritaire au Sénat (comme lorsque Reagan sélectionne Bork), les présidents réussissent tout de même à surmonter cette contrainte grâce à des nominations astucieuses et grâce à leur pouvoir et à leur poids politique (Johnson et Roberts, 2005). Les présidents l'utilisent de façon stratégique, étant plus enclins à faire des déclarations publiques en faveur des candidats lorsque ceux-ci sont éloignés idéologiquement de la majorité au Sénat (Johnson et Roberts, 2005).

Depuis la défense publique de Robert Bork par le président Reagan, le processus de confirmation est devenu l'un des aspects les plus controversés de la politique américaine. Il représente une lutte

sismique, et souvent publique, entre le président et le Sénat des États-Unis sur la composition idéologique de la plus haute cour de la nation. Cette querelle politique est alimentée par le fait que le président et les sénateurs sont convaincus que leurs institutions jouent un rôle clé dans la détermination du prochain juge de la Cour suprême. (Johnson et Roberts, 2004)

La nomination de Bork est une étape importante dans le processus de politisation de la Cour suprême en engendrant deux changements importants dans la nomination des juges : des audiences publiques plus partisans et idéologiques et l'accroissement du nombre d'acteurs impliqués dans le processus de nomination.

3.1.4.1 CHANGEMENTS DES COMPORTEMENTS DES PRÉSIDENTS

1987 a également comme effet de modifier les arguments utilisés par les présidents pour justifier leur choix. Reagan ne fait aucun effort pour déguiser le caractère politique de la nomination de Bork, décrivant son candidat ainsi dans ses déclarations publiques « *(Bork is) widely regarded as the most prominent and intellectually powerful advocate of judicial restraint, and he shares my view of the proper role of the Court* » (Dworkin, 1987, p. 101). La nomination de Bork est le point culminant d'une ambition présidentielle très différente de ce que l'on avait vu avant. L'objectif est de figer cette institution, le plus longtemps possible, dans une orthodoxie conçue par le président lui-même (Dworkin, 1987). À long terme, cela accentue la polarisation sur le plan des nominations, rend les consensus bipartisans de plus en plus difficiles à atteindre, mène à la nomination de juges moins centristes (qui peuvent parfois voter avec les conservateurs et parfois avec les progressistes) et incite les présidents à renoncer à nommer des juristes très qualifiés, mais trop centristes pour plaire à l'un ou l'autre des partis (Rogowski et Stone, 2018).

En réponse à ce changement, les juges qui sont nommés ont maintenant pris l'habitude de ne plus réellement répondre aux questions posées par les sénateurs et de ne plus rien dire de concret sur leur philosophie et leur vision de la loi, de peur de se mettre des sénateurs à dos (Cohen, 2012).

Une autre réalité qui évolue à partir de Bork concerne les tactiques de persuasion utilisées par le président lors du processus de nomination des juges. Plutôt que de s'en remettre aux appels téléphoniques, aux négociations en coulisses et aux compromis, les présidents se tournent de plus en plus vers les déclarations publiques pour « passer par-dessus la tête » des membres du Congrès et pour persuader les membres réticents à appuyer la Maison-Blanche (Johnson et Roberts, 2004). Avec les déclarations publiques, les présidents tentent de traduire le soutien électoral populaire en soutien du Congrès. Comme l'a fait remarquer un membre de l'administration Reagan lors de la controverse sur la nomination ratée de Robert Bork : « *Damn it, Ronald Reagan carried 49 states, and if the voters didn't like his Supreme Court appointments, they would have voted for the other guys* » (Johnson et Roberts, 2004, p. 3).

3.1.4.2 CHANGEMENTS DES AUDIENCES

La nomination de Bork transforme aussi le processus de confirmation au Sénat. Premièrement, le type de questions posées par les sénateurs change drastiquement. Les audiences de confirmation

controversées étaient rares, à tel point qu'avant 1925, les candidats ne se présentaient même pas devant une commission sénatoriale. Les faire répondre à des questions était considéré comme une dévalorisation de la fonction. Ce n'est qu'en 1955 – l'année suivant l'affaire *Brown c. Board of Education* – qu'un candidat aborde la philosophie judiciaire, et ce, uniquement après que certains sénateurs ségrégationnistes du Sud l'aient exigé (Kaplan, 2018). Au fur et à mesure que la Cour Warren s'immisce dans les questions sociales et politiques les plus controversées de l'époque, le Sénat commence à accorder une importance croissante aux considérations idéologiques, et ce, à partir des années 1950. La polarisation au sein du Sénat contribue à l'augmentation des examens minutieux lorsque vient le temps de confirmer un juge pour la Cour suprême (Bartels, 2015). Comme le Sénat devient encore plus polarisé depuis les années 1980, le contrôle du processus par le Sénat devient encore plus fort et mène au rejet de Robert Bork (Bartels, 2015). Désormais, les sénateurs se concentrent beaucoup plus sur l'idéologie et les valeurs des juges que sur leurs compétences de juriste. La responsabilité du Sénat est particulièrement grande lors de la nomination de Bork, puisque ce dernier est le troisième juge nommé à la Cour par une administration qui a mené pendant sept ans une campagne inflexible de nominations idéologiques à tous les niveaux des tribunaux fédéraux, dans l'espoir d'en faire le siège du pouvoir de la droite longtemps après la fin de l'administration (Dworkin, 1987).

La situation force aussi les sénateurs à articuler leur point de vue sur la Constitution et le rôle de la Cour suprême d'une manière systématique rarement égalée, révélant avec une grande clarté que la Cour est imbriquée dans un réseau complexe de relations politiques (Griffin, 1988). La Constitution américaine n'est pas seulement un document écrit, elle est aussi une tradition, et le Sénat doit s'assurer qu'un candidat a l'intention de se joindre à la tradition et de contribuer à l'interpréter d'une manière juridique, et non de la contester et de la remplacer à partir d'une certaine vision politique radicale que l'argumentation juridique ne pourra jamais toucher (Dworkin, 1987). Cette évolution met en péril la légitimité de la Cour, car elle permet aux sénateurs de refuser une nomination simplement parce que l'individu nommé a des valeurs différentes des leurs.

Les effets des audiences de Bork s'étendent même en dehors du Sénat. Établi par le *Twentieth Century Fund* et dirigé par l'ancien gouverneur démocrate de New York, Hugh Carey, un groupe de dix membres travaillant sur la sélection des juges formule des recommandations visant à empêcher toute influence d'un processus politique clair sur les nominations judiciaires. Il conclut que les candidats ne devraient en aucun cas être associés au programme politique d'un groupe d'intérêts particulier, car cela va à l'encontre de la tradition de l'indépendance judiciaire (Myers III, 1989).

Finalement, à partir de ce moment, les audiences durent plus longtemps. Cette prolongation des audiences multiplie les occasions qu'ont les sénateurs de commenter le processus de nomination dans les médias et sur la place publique, ce qui politise davantage la Cour.

3.1.4.3 PRÉSENCE ACCRUE DES MÉDIAS ET DES GROUPES D'INTÉRÊTS

La nomination change aussi l'importance et l'influence de certains acteurs secondaires, comme les médias et les groupes d'intérêts. Les premiers acteurs qui voient leur rôle changer sont les médias. Ils ont toujours contribué au processus de nomination mais, à cause des scandales reliés à Bork et

des discours enflammés de certains sénateurs (comme Kennedy), les médias décident de couvrir les audiences en profondeur. Résultat : la couverture médiatique des nominations à la Cour suprême augmente en moyenne de 38% après la saga de Bork (Epstein *et al.*, 2006), ce qui fait croître la politisation de la Cour en offrant une plateforme aux sénateurs pour présenter leur point de vue et leur permet de joindre une quantité plus substantielle de gens qui ne porteraient pas nécessairement attention aux nominations à défaut de cela. À cet effet, selon Jane Coaston, les médias ont joué un grand rôle dans la politisation de la Cour suprême :

Because only with televised Senate hearings did the American people see Sen. Ted Kennedy call Bork a danger to American life, and only with televised Supreme Court nomination hearings did Americans see Sen. Joe Biden, then the chair of the Senate Judiciary Committee, perform what the New Yorker called “a meticulous dissection” of Bork’s career (Coaston, 2018).

La hausse de la couverture médiatique reliée au processus de confirmation des juges de la Cour suprême a aussi pour effet de rendre de moins en moins populaire le Congrès auprès de la population (Johnson et Roberts, 2005). En effet, le fait que le Congrès soit la branche la moins populaire du gouvernement peut être en partie expliqué par le fait que les procédures au Capitole sont très accessibles pour le public, étant fréquemment diffusées à la télévision et affichant au grand jour la lourdeur du système et les nombreuses tensions partisans. Les audiences de confirmation ne font pas exception, puisque les batailles de confirmation sont souvent le moment où les activités du Sénat ont le plus de visibilité (Johnson et Roberts, 2005). De plus, les sondages réalisés lors des audiences de Robert Bork et de Clarence Thomas suggèrent qu’une grande partie des personnes interrogées étaient mécontentes de la manière dont le Sénat a géré le processus de confirmation. 60% des personnes interrogées déclarent que les sénateurs avaient « l’air ridicule » pendant les audiences de Clarence Thomas, 57 % estiment que la commission judiciaire du Sénat avait traité Robert Bork de manière injuste et 50 % sont en désaccord avec la manière dont le Sénat a traité la nomination de Thomas. En outre, 17 % affirment alors que l’audience de Thomas les rend moins susceptibles de voter pour leur sénateur à l’avenir (Johnson et Roberts, 2005).

Les deuxièmes acteurs qui gagnent en importance à partir de la nomination de Bork sont les groupes d’intérêts. Plus les nominations deviennent politiques, plus les groupes d’intérêts tentent d’influencer le résultat afin d’obtenir ce qu’ils désirent. L’un des principaux facteurs qui séparent cette candidature des précédentes est l’effort que les groupes d’intérêts déploient pour influencer le résultat du vote du Sénat. L’implication des groupes d’intérêts dans le processus législatif de ce pays est monnaie courante. Il ne faut donc pas s’étonner que cette activité s’étende aux nominations à la Cour suprême. Selon le poste à pourvoir, certains groupes d’intérêts ont un accès statutaire au processus de nomination. En revanche, cet accès privilégié ne s’applique pas aux nominations à la Cour suprême. Le seul groupe d’intérêts qui a un rôle semblable pour les confirmations des juges est l’American Bar Association (ABA). Depuis 1945, l’ABA, en tant que groupe d’intérêts spécial pour les avocats, a joué un rôle de plus en plus important dans les nominations judiciaires fédérales et a pour habitude d’évaluer les candidats (Myers III, 1989). De nombreux groupes d’intérêts ont commenté les nominations précédentes. Puisqu’un candidat bénéficie généralement d’une forme de présomption de confirmation en vertu de la sélection du président, les médias et le public accordent généralement plus d’attention aux procédures lorsque des groupes d’intérêts s’opposent à la nomination. L’intérêt des groupes d’intérêts pour la nomination de Bork n’est donc pas unique,

mais cette attention est surprenante dans son intensité et sa sophistication (Myers III, 1989). Dans le cas de Bork, entre 100 et 150 groupes d'intérêts s'impliquent dans les débats et tentent d'influencer les citoyens afin de mettre de la pression sur les sénateurs qui sont appelés à décider du sort du juge sélectionné (Gulizzia III *et al.*, 1992).

Les groupes d'intérêts décident aussi de faire appel aux médias pour les aider à transmettre leur message. Ensemble, ils mettent en place des campagnes qui ont pour effet de brouiller l'importante distinction entre la philosophie judiciaire et la philosophie politique des juges. La philosophie judiciaire peut ou non refléter la philosophie politique du candidat ou de l'opinion publique. Bork ne s'y oppose pas et défend même le bien-fondé de l'examen de sa philosophie judiciaire au cours des audiences. Néanmoins, l'un des principaux devoirs d'un juge est d'appliquer de manière impartiale les lois et la Constitution aux faits de l'affaire sans y mêler ses convictions politiques personnelles. Les groupes d'intérêts n'ont donc rien à gagner à clarifier la distinction entre philosophie judiciaire et philosophie politique. Expliquer cette distinction aurait été un aveu de ces groupes que le devoir d'un juge est d'interpréter la loi sans référence à une philosophie personnelle ou politique. Par conséquent, les groupes alimentent l'idée que l'on pouvait compter sur le juge Bork - pour le meilleur ou pour le pire - pour adopter des positions politiques spécifiques et cohérentes dans ses décisions. Ce lien présumé entre la philosophie politique et judiciaire est ce qui conduit les groupes d'intérêts à mettre en place une stratégie de campagne politique classique pour soutenir la nomination ou s'y opposer, en commençant par la mobilisation d'un soutien populaire (Myers III, 1989). La nomination échoue, en partie, parce que la philosophie judiciaire du juge Bork, telle que définie par ses adversaires, n'a pas un attrait populaire suffisant. En d'autres termes, la philosophie judiciaire de Bork ne reflète pas adéquatement la philosophie politique de la plupart des sénateurs qui ont voté contre lui (Myers III, 1989).

Dans une certaine mesure, de nombreux présidents - dont Thomas Jefferson, Abraham Lincoln et Theodore Roosevelt - tentent de sélectionner des juges à la Cour qui sont politiquement en phase avec leur administration. Or, selon Kaplan, cette pratique se distingue du fait de remanier le droit constitutionnel d'une manière qui va à l'encontre de conventions établies depuis longtemps (Kaplan, 2018). C'est ce que Reagan tente de faire avec la nomination de Bork. Il crée les conditions nécessaires pour rendre le processus de confirmation de plus en plus tendu. Par exemple, le précédent créé par la nomination de Bork, le débat houleux sur le concept d'*original intent* en plus des allégations d'inconduites sexuelles à l'égard de Clarence Thomas rendent en 1991 la confirmation de ce juge aussi intense que celle de Bork, mais Thomas est confirmé avec une mince majorité de 52 voix contre 48, avec 11 démocrates votant pour sa confirmation (Huebner, 2018).

La nomination et la défaite de Bork démontrent un aspect spécifique des conjonctures critiques. Comme souligné dans le premier chapitre, la conjoncture se produit lorsque tous les éléments propices à un changement sont réunis. Cependant, la fenêtre d'opportunité est en général de courte durée et il n'est pas toujours possible d'obtenir les changements désirés durant cette période. Dans le cas de Bork, sa nomination a été bloquée et Reagan n'a pas réussi à mettre en place le changement désiré. Toutefois, cet échec ne signifie pas que la conjoncture critique n'aura pas d'impact plus tard. Dans le cas de la nomination de Bork, elle s'additionne aux impacts de *Roe* pour augmenter la dépendance au sentier et mène en 2000, grâce à des juges de la droite membres de la *Federalist Society*, à des médias et à des groupes d'intérêts beaucoup plus intéressés par la Cour suprême, au jugement *Bush c. Gore*. Sans devenir un juge de la Cour suprême, Bork réussit

tout de même à laisser son empreinte sur l’histoire du droit américain : « ‘To Bork,’ meaning to keep someone out of public office ‘by systematically defaming or vilifying them,’ entered not just the lexicon, but the Oxford English Dictionary » (Kaplan, 2018, p. 69).

3.2 L’IMPACT DU DUO TRUMP – MCCONNELL SUR LES NOMINATIONS À LA COUR SUPRÊME

The result is a Supreme Court whose Justices are likely to vote along party lines more consistently than ever before in American history. That development gravely threatens the Court’s legitimacy. (Epps et Sitaraman, 2019)

Voulant se garantir le vote de la droite et inciter ses partisans à voter lors de l’élection, Trump voit la Cour suprême comme un outil qui pourra l’aider à gagner l’élection. Grâce à son acolyte Mitch McConnell, leader de la majorité républicaine au Sénat qui bloque la nomination de Merrick Garland par Barack Obama, Trump utilise ce siège laissé vacant à la Cour comme enjeu de campagne. Sa liste de candidats potentiels, rendue publique rapidement et créée avec l’aide de la *Federalist Society*, ne contient que des membres très conservateurs de l’organisation et illustre bien son intention d’utiliser la nomination à venir pour sa campagne électorale (Badas et Simas, 2020). Ceci n’est que le début de ce qui sera quatre ans et trois nominations extrêmement controversées et mouvementées.

3.2.1 LES NOMINATIONS

3.2.1.1 Juges Garland et Gorsuch

En février 2016, à neuf mois d’une élection présidentielle, le juge Antonin Scalia décède. Moins d’une heure après l’annonce, le sénateur McConnell annonce déjà qu’il empêchera l’examen de toute candidature du président Obama pour remplacer Scalia (Kaplan, 2018). Obama, faisant face à un Sénat hostile, nomme le juge Merrick Garland pour succéder au défunt juge. Obama fait ce choix, car il s’agit d’un juge modéré, contrairement à ses deux autres nominations très progressistes (Sotomayor et Kagan). Obama espérait sans doute que ce choix puisse être plus consensuel et augmenter ses chances de confirmation devant un Sénat à majorité républicaine. C’était mal connaître Mitch McConnell, qui a d’autres plans et qui refuse de tenir des audiences pour ce juge, en inventant une règle de toute pièce, sans consulter les membres de son parti (Shapiro, 2020a, p. 196), selon laquelle il n’était pas possible de nommer des juges durant une année d’élection présidentielle. McConnell fait valoir que cette responsabilité devrait revenir au gagnant de l’élection de 2016. Il va sans dire que ni cette affirmation ni celle du sénateur Grassley à savoir que les juges n’ayant pas été confirmés pendant une année d’élection présidentielle ne sont soutenues par les faits. Tout d’abord, le peuple s’est déjà exprimé deux fois, en 2008 et 2012, en élisant Obama à la présidence. Deuxièmement, la Constitution ne prévoit pas de disposition distincte pour la sélection au cours de l’année de fin de mandat d’un président et prévoit que les nominations peuvent se produire à tout moment pendant la durée d’une présidence. L’histoire des États-Unis offre aussi des illustrations concrètes et claires de juges que le Sénat a confirmés lors d’années d’élection présidentielle (Tobias, 2016). En prenant cette décision, McConnell fait le pari que

Trump sera élu et qu'un président républicain sera responsable des prochaines nominations. Le pari porte fruit et Trump l'emporte contre Hillary Clinton.

Malgré le fait que la nomination et la confirmation rapide des juges sont primordiales, McConnell laisse le siège vacant pendant 293 jours. Avec la division idéologique de la Cour, les juges sont étroitement divisés sur de nombreuses questions et des votes de 4-4 se produisent régulièrement lorsqu'un siège est vacant. Auparavant, seules trois nominations avaient stagné plus de 100 jours. Louis Brandeis, confirmé en 1916 après 125 jours ; Potter Stewart, confirmé en 1959 après 108 jours ; et Robert Bork, rejeté en 1987 après 114 jours (Kaplan, 2018). Pour rajouter l'injure à l'insulte, le sénateur McConnell indique publiquement après la nomination de Gorsuch par le président Trump que, si un autre poste de la Cour suprême devenait vacant durant l'année présidentielle de 2020, il autoriserait la Maison-Blanche à combler ce siège, réduisant à néant toute justification neutre concevable du refus de permettre au président Obama de nommer un juge au cours d'une année électorale (Epps et Sitaraman, 2019). C'est ce qu'il fait en 2020 avec la nomination de la juge Amy Coney Barrett.

Durant sa campagne, Trump utilise énormément l'enjeu du siège vacant à la Cour suprême pour motiver l'électorat républicain à voter le jour de l'élection, car il promet une nomination conservatrice (Kaplan, 2018). Il décide même de produire et rendre publique une liste de noms de choix potentiels afin de montrer son sérieux à ses supporters, ce qui n'avait jamais été fait dans l'histoire du pays (Boyer, 2020). Cette publication donne un regain d'énergie aux conservateurs qui n'aiment pas nécessairement Trump, mais qui désirent une Cour plus conservatrice (Boyer, 2020).

Certaines des questions culturelles et politiques contemporaines les plus controversées, notamment la reconnaissance du mariage homosexuel, le droit de porter des armes et le droit des femmes à l'avortement, ont été résolues par des votes très serrés à la Cour suprême. Le juge Scalia, par exemple, s'est rangé du côté de la majorité à cinq contre quatre dans les cas reliés au deuxième amendement (*District of Columbia c. Heller* et *McDonald c. City of Chicago*). Dans d'autres décisions divisant la Cour à cinq contre quatre, comme *Obergefell c. Hodges*, légalisant le mariage homosexuel, et *Planned Parenthood c. Casey*, réaffirmant le droit d'une femme à un avortement avant la viabilité du fœtus, le juge Scalia a vigoureusement exprimé sa dissidence. Sa mort laisse ces décisions vulnérables à diverses contestations juridiques de la part de parties qui s'opposent aux décisions antérieures de la Cour et aux droits que ces décisions confèrent (Samar, 2016). Une fois au pouvoir, Trump attend peu de temps après avoir été assermenté avant de nommer le juge Neil Gorsuch le 31 janvier 2017. Les 51 sénateurs républicains présents ont tous voté pour Gorsuch ; ils ont été rejoints par trois sénateurs démocrates : Joe Manchin (Virginie-Occidentale), Heidi Heitkamp (Dakota du Nord) et Joseph Donnelly (Indiana). Ces démocrates représentent des États qui ont soutenu Donald Trump par de larges marges lors de l'élection de 2016 (Basinger et Mak, 2020). Cette nomination n'a pas réellement d'impact sur l'équilibre de la Cour, car Gorsuch, un juge conservateur, remplace Scalia, qui l'était également. L'état des forces reste donc le même entre les neuf juges.

3.2.1.2 Juge Kavanaugh

Cette situation change en 2018, à l'annonce de la retraite du juge Anthony Kennedy, le *swing vote* par excellence des dernières décennies. Voyant que l'avenir de la Cour est en jeu, les démocrates du Sénat sont appréhensifs quant au choix de Trump. Lorsqu'il opte pour le juge Brett Kavanaugh, et que des allégations d'inconduites sexuelles sont portées contre ce dernier juste avant le début des audiences, les démocrates ont les munitions nécessaires pour rendre les audiences extrêmement difficiles pour le juge Kavanaugh (Shapiro, 2020a, p. 4). Il réussit tout de même à obtenir le poste, avec une confirmation de 50 voix contre 48 (tous les républicains sauf deux ont voté pour sa candidature, et tous les démocrates sauf un ont voté contre).

Justice Brett Kavanaugh's confirmation to replace Justice Anthony Kennedy on the Supreme Court was a seismic event for constitutional law and for the American political system. The new conservative majority that Justice Kavanaugh completes represented a stunning victory for the Republican Party after decades of effort by the conservative legal movement—and, by the same token, a significant defeat for democrats and the American left. (Epps et Sitaraman, 2019, p. 150)

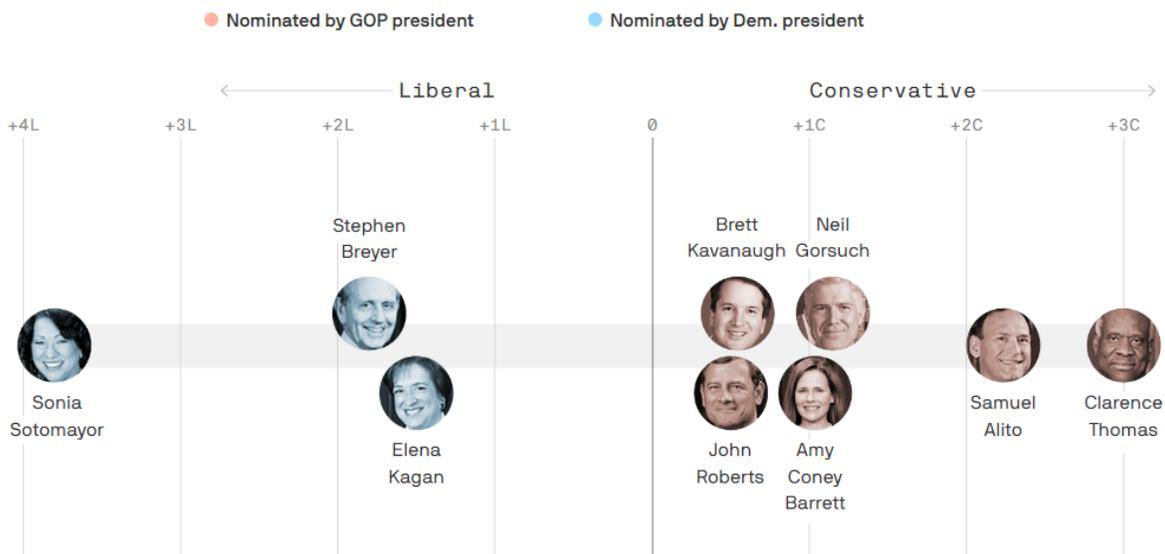
Cette nomination affecte grandement l'équilibre de la Cour, car Kavanaugh est un juge conservateur pur et dur, contrairement à son prédécesseur. Il fait donc pencher la balance du côté des conservateurs, qui ont maintenant une majorité sur le banc.

3.2.1.3 Juge Coney Barrett

Trump a l'occasion de nommer un troisième juge à la Cour et d'augmenter la majorité conservatrice de 5-4 en septembre 2020, à la suite du décès de la juge Ruth Bader Ginsburg. La juge progressiste et icône féministe rend l'âme à quelques semaines de l'élection présidentielle de 2020. Les républicains, toujours majoritaires au Sénat et sous le contrôle de McConnell, font complètement fi de leur règle de 2016 pour empêcher la nomination de Merrick Garland. Lorsque Trump annonce la nomination de la juge Amy Coney Barrett à quelques semaines de l'élection, des millions d'Américains ont déjà voté par anticipation et par la poste à cause de la pandémie de COVID-19.

Les audiences de la juge Barrett, quoique moins mouvementées que celles du juge Kavanaugh, mettent en évidence le fait que la politique et les idéologies sont maintenant ancrées dans les audiences des candidats à la Cour suprême. Pour la première fois depuis 1869, un juge est nommé à la Cour sans soutien bipartisan, puisque tous les démocrates votent contre sa nomination. Toutefois, les règles du Sénat ayant changé en 2017, il suffit d'une majorité simple de 51 voix pour la nomination des juges de la Cour (Shapiro, 2020a, p. 6). Cette nomination donne donc une super-majorité aux conservateurs de six voix contre trois.

Figure 3.2 – Le score de *Judicial Common Space* pour les juges en 2021²²



Ce graphique montrant les juges sur l'échelle de *Judicial Common Space* nous montre deux éléments importants. Le premier, qui a déjà été mentionné précédemment, est le fait que tous les juges se trouvant du côté libéral de l'échelle ont été nommés par un président démocrate et que tous les juges se retrouvant du côté conservateur ont été nommés par des présidents républicains. Le deuxième élément qui est visuellement frappant est le débalancement entre les deux côtés de l'échelle. Les conservateurs représentent maintenant un plus grand poids et font pencher la balance à leur avantage.

3.2.2 EFFETS

Sous le règne de Trump et McConnell, une augmentation des commentaires partisans de plusieurs acteurs s'observe. Les sénateurs utilisent aussi de plus en plus les audiences comme plateforme électorale et de la publicité gratuite pour les gens qu'ils représentent. Cette période voit aussi la suppression du *filibuster*, qui éloigne les juges nommés du centre idéologique et cause la disparition des *swing votes* à la Cour.

3.2.2.1 AUGMENTATION DES COMMENTAIRES PARTISANS

La présidence de Trump a comme effet sur la politisation de la Cour d'augmenter la fréquence des commentaires partisans de la part de différents acteurs du gouvernement américain lors du processus de nomination des juges.

²² Graphique provenant d'Alberti (2022)

Les sénateurs utilisent maintenant les nominations comme plateforme politique et vont plutôt tenter de se démarquer par les questions qu'ils posent plutôt que d'obtenir des réponses des juges (Collins et Ringhand, 2016). Ce désir de se démarquer est accentué par la présence médiatique et les campagnes électorales permanentes, qui incitent les sénateurs à utiliser les audiences publiques au Sénat pour attirer l'attention des Américains sur leur propre personne, notamment en vue d'une élection. Grâce à la médiatisation des procédures, les membres du comité judiciaire peuvent utiliser leur temps de parole pour prendre position et publiciser leurs positions (Collins et Ringhand, 2016). Ils y arrivent surtout grâce à la liberté quasi totale dont ils disposent dans le choix des sujets abordés et des questions posées aux juges. Les sénateurs peuvent donc choisir leurs questions en fonction des enjeux qui sont importants pour leur État et prouver aux citoyens que leurs intérêts sont défendus au Sénat (Collins et Ringhand, 2016). Étant donné que les juges n'ont pas l'habitude de répondre directement aux questions, les sénateurs se permettent d'en parler de plus en plus longtemps lors des audiences, puisque les juges prennent moins de temps de parole (Collins et Ringhand, 2016).

Finalement, il faut noter que le système politique américain est maintenant tellement polarisé que certains sénateurs affirment que les audiences ne sont pas utiles puisque leur principale « vertu » est désormais de permettre aux sénateurs de mener ce qui s'apparente à une campagne électorale. Aux dires de certains, les audiences ne seraient pas utiles pour apprendre aux sénateurs à mieux connaître le candidat puisqu'ils ont déjà décidé, au préalable, s'ils appuieront ou non la candidature. Lindsey Graham, anciennement à la tête de la commission judiciaire du Sénat, affirme ceci dans son avant-propos lors des audiences pour la nomination de la juge Coney Barret en décrétant que sa confirmation était chose faite avant même qu'elle ne commence : « *This is probably not about persuading each other unless something really dramatic happens. All Republicans will vote yes and all Democrats will vote no and that will be the way the breakout of the vote* » (Walsh, 2020).

Les juges aussi se permettent de faire des commentaires très partisans en public, chose auparavant impensable. L'exemple le plus flagrant de ce changement se produit en 2018, lors de la nomination du juge Brett Kavanaugh. Dans son discours d'ouverture pour ses audiences, Kavanaugh vise ainsi particulièrement les démocrates. Il affirme que les démocrates ont favorisé une campagne de harcèlement contre sa famille en lien avec les allégations d'inconduites sexuelles à son égard. Le juge accuse également les démocrates d'utiliser les allégations comme dernier effort pour bloquer sa nomination (Kirby, 2018).

This whole two-week effort has been a calculated and orchestrated political hit, fueled with apparent pent-up anger about President Trump and the 2016 election, fear that has been unfairly stoked about my judicial record [...] this is revenge on behalf of the Clintons and millions of dollars in money from outside left-wing opposition groups. (Kirby, 2018)

Les commentaires partisans des juges ne sont pas seulement fréquents durant leur processus de nomination, mais aussi après leur arrivée sur le banc. Une fois confirmés et siégeant à vie, les juges ont moins de réticence et de retenue dans leurs commentaires. Ceci est démontré par le juge Alito, qui dans un discours préenregistré pour la *Federalist Society* en novembre 2020, ne cache pas sa partisanerie. Dans ce discours, il attaque les démocrates, le mouvement progressiste, la réponse démocrate à la pandémie de la COVID-19, le mariage de même sexe ainsi que le droit à l'avortement (Stern, 2020).

En revanche, il serait faux de croire que les commentaires partisans sont seulement le fait des juges conservateurs. En 2016, la juge Ginsburg a publiquement annoncé qu'elle croyait qu'une présidence Trump serait désastreuse pour le pays.

He is a faker. He has no consistency about him. He says whatever comes into his head at the moment. He really has an ego. [...] I can't imagine what this place would be - I can't imagine what the country would be -- with Donald Trump as our president (Biskupic, 2016).

En réaction à ce commentaire, Trump a répondu à son tour via Twitter avec un commentaire très partisan: « *Justice Ginsburg of the U.S. Supreme Court has embarrassed all by making very dumb political statements about me. Her mind is shot - resign!* (Biskupic, 2016) ».

Les commentaires comme celui de Kavanaugh, Alito ou Ginsburg représentent une rupture par rapport au décorum habituel, car ils donnent de la crédibilité à la notion que les juges sont aussi partisans que tous les autres acteurs politiques américains (Kelly, 2018). Ces commentaires sont aussi dangereux, car ils peuvent engendrer une escalade, comme le démontre l'échange entre la juge Ginsburg et Trump.

3.2.2.2 SUPPRESSION DU FILIBUSTER

Un autre élément qui se produit durant le mandat de Trump et qui a d'énormes répercussions sur la politisation de la Cour est la décision des républicains de recourir à « l'option nucléaire », qui fait référence à la suppression du *filibuster* pour les nominations de la Cour suprême par le Sénat (Yarvin et Bush, 2018). Cette suppression signifie qu'une nomination a seulement besoin d'obtenir une majorité simple de 51 voix plutôt que des 60 voix habituelles pour être confirmée (Epps et Sitaraman, 2019). Cela élimine donc toute nécessité de compromis entre les partis pour confirmer les nouveaux juges. Lorsque le président et le Sénat sont du même parti, ils peuvent maintenant confirmer des juges sans se soucier d'obtenir un vote bipartisan, comme nous l'avons vu avec Amy Coney Barrett. Cette décision est le résultat de l'extrême polarisation au Sénat et d'une escalade du clivage entre démocrates et républicains. Ce changement de règle politique a un énorme impact sur la Cour puisque, sans le besoin de compromis, les présidents pourront nommer des juges de moins en moins modérés, ce qui rendra la Cour encore plus fractionnée en deux groupes bien distincts (Rotivel et Biassette, 2020). Cet effet est bien décrit par Lindsey Graham lorsqu'il affirme ceci: « *if you've got to reach across the aisle and pick up 10 votes, you're going to have a different judge than if you don't. The judiciary is going to get far more ideological. It changes the Senate* (Woodward, 2020, p. 209). »

L'évolution se fait vite sentir dans les nominations de Trump. Neil Gorsuch réussit à gagner son siège avec 54-45 voix au Sénat, dont les 51 républicains présents et trois démocrates (Basinger et Mak, 2020). Brett Kavanaugh, quant à lui, est confirmé avec 50 voix contre 48, avec le soutien de tous les républicains et d'un seul démocrate (Knapp *et al.*, s. d.). Finalement, comme mentionnée plus haut, la confirmation de la juge Barrett s'est faite sans soutien démocrate.

3.2.2.3 DISPARITION DU SWING VOTE

En conséquence de la suppression du *filibuster*, qui rend maintenant possibles les confirmations avec une majorité simple, le Sénat peut entériner plus facilement des nominations plus radicales. De plus, le « swing vote » disparaît aussi à la Cour, rôle réservé à un juge modéré qui peut voter avec les conservateurs et avec les « liberals » selon la cause (Yarvin et Bush, 2018). À cause de cet effritement du centre idéologique, le juge médian de la Cour est donc, lui aussi, beaucoup plus loin du centre, ce qui rend les compromis plus difficiles à obtenir qu'avant (Devins et Baum, 2017).

La suppression du *filibuster* ainsi que la polarisation ouvrent la porte à la création de deux blocs de juges statiques qui votent constamment ensemble et l'un contre l'autre. La Cour suprême, dont les membres doivent en principe s'élever au-dessus de la mêlée politique, reflèterait maintenant la partisanerie que l'on observe au sein des autres branches du gouvernement américain (Kuhn, 2014).

Cette situation nous laisse donc croire qu'Anthony Kennedy aura été le dernier juge réellement modéré et centriste de la Cour suprême contemporaine (Devins et Baum, 2017).

Moreover, before the early 2000s, justices' positions on issues were not easily correlated with the views of the party of the nominating president. Gone are justices appointed by Democratic presidents who sometimes voted conservatively (Kennedy-appointed Justice Byron White voted against abortion rights) and justices appointed by Republican presidents who sometimes voted liberally (Ford-appointed Justice John Paul Stevens voted in favor of abortion rights). Today, each justice's ideology is better defined and aligned with the political party of the appointing president. Justices are more likely to be ideologically in line with the interests of their nominating president's party and less likely to drift ideologically (or "evolve") (Hasen, 2019).

Plusieurs facteurs ont contribué à créer un système dans lequel on peut s'attendre à ce que chaque juge de la Cour vote de manière prévisible à l'avenir, selon des lignes idéologiques qui suivent l'affiliation partisane. Parmi ces facteurs, on compte notamment la polarisation accrue de la société, le développement d'écoles d'interprétation juridique polarisées alignées sur les affiliations politiques, et une plus grande attention des groupes d'intérêts au processus de nomination à la Cour suprême (Epps et Sitaraman, 2019).

Les trois nominations de Trump reflètent bien l'évolution de la politisation et de ses impacts sur la Cour. Dans le cas de Bork, le rejet du Sénat n'a pas d'effet direct et immédiat sur la politisation. En revanche, les nominations idéologiques et les changements de philosophie au Sénat après Bork s'intensifient et s'accroissent durant le mandat de Trump. La nomination de Gorsuch, perçue par plusieurs comme illégitime à cause du blocage de la nomination de Merrick Garland par McConnell, démontre l'impact de la politisation du Sénat sur les nominations. Plutôt qu'un juge modéré (Garland), la Cour compte un juge très conservateur. Le choix de Kavanaugh à son tour montre l'évolution du comportement des juges et des sénateurs. À la suite des allégations d'inconduites sexuelles, Kavanaugh ne s'empêche pas d'accuser les démocrates et perd son calme à plusieurs reprises pendant les audiences. Les explosions émotives de Lindsey Graham, qui tente de défendre Kavanaugh, montrent aussi jusqu'à quel point l'idéologie est devenue un élément crucial du processus de nomination des juges. Malgré les allégations, les républicains ont décidé

de continuer à le soutenir. Finalement, la confirmation de Barrett se produit à quelques semaines de l'élection de 2020, allant à l'encontre de la règle précédemment évoquée par les conservateurs qu'une confirmation ne pouvait pas avoir lieu lors d'une année d'élection. Le fait qu'elle soit confirmée sans soutien bipartisan grâce à la suppression du *filibuster* montre aussi l'importance de la politisation des procédures de confirmation aujourd'hui.

CONCLUSION

The problem is not just that the Justices themselves are insulated from politics through life tenure; it is also that the political actors selecting them suffer from serious democratic deficits. As Michael Tomasky notes, the two most recent additions to the Court were selected “by a president and a Senate who represent the will of a minority of the American people.” In fact, only three of the current Justices (Justices Thomas, Sotomayor, and Kagan) were nominated by a President who entered office after winning the majority of the national popular vote. (Epps et Sitaraman, 2019)

Dans ce mémoire, nous avons voulu déterminer quels facteurs expliquent l'évolution de la politisation de la Cour suprême au cours des dernières décennies et quels sont les impacts de cette politisation sur l'institution depuis. L'utilisation du traçage de processus et des travaux en *American Political Development* (APD) permettent de retracer quatre conjonctures critiques dans l'histoire de l'institution qui expliquent cette évolution. La décision *Roe c. Wade* (1973), la nomination de Robert Bork (1987), la décision *Bush c. Gore* (2000) et les années McConnell-Trump (2016-2021) créent un sillon et une trajectoire dont le pays peut difficilement dévier puisque chaque événement se renforce mutuellement.

INTERPRÉTATION DE LA RECHERCHE

La politisation de la Cour suprême des États-Unis s'est déroulée sur une longue période, mais évolue très rapidement depuis les cinquante dernières années. Quatre événements principaux ont mené à la situation actuelle et rendent un changement de direction peu probable dans un avenir rapproché, car ils ont profondément modifié le fonctionnement des institutions.

La décision controversée *Roe c. Wade* est la première étape expliquant la politisation de la Cour, car elle donne lieu à une organisation et à un activisme de la droite qui se soldent par la création de la *Federalist Society* qui, aujourd'hui, influence toutes les nominations judiciaires des présidents républicains. *Roe* crée aussi un fossé permanent entre la droite et la gauche qui devient l'un des principaux facteurs de la polarisation et des guerres culturelles que l'on observe aux États-Unis aujourd'hui. Le renversement du jugement *Roe c. Wade* par la Cour suprême à l'été 2022 et les réactions des conservateurs et des progressistes à cet événement depuis illustrent à quel point la décision de 1973 représente un tournant dans l'histoire de la politisation des enjeux entourant le plus haut tribunal du pays. Ce tournant structure encore les débats entourant la Cour et les nominations de ses juges cinquante ans plus tard, et il n'est pas exagéré de croire qu'il continuera à orienter de nombreuses discussions sur la Cour au cours des prochaines décennies.

La nomination de Robert Bork est une deuxième étape sans laquelle nous ne serions pas dans la situation actuelle. Cette nomination, permise par les liens étroits entre la droite et le président Reagan ainsi que par le désir manifeste de ce dernier de rendre les tribunaux plus conservateurs, nous plonge dans un nouveau paradigme de nominations à saveur politique, alimentées par les

médias et des groupes d'intérêts qui se concentrent davantage sur l'idéologie des juges que sur leurs compétences.

Depuis 1992, les présidents démocrates ont choisi cinq candidats et ont cherché à sélectionner des juristes dont les dossiers témoignaient d'un fort libéralisme. En même temps, comparativement aux nominations républicaines de l'époque actuelle, l'idéologie n'a pas joué un rôle aussi déterminant dans les sélections démocrates. Clinton et Obama ont plutôt mis l'accent sur la poursuite d'autres objectifs, au grand regret de certains activistes progressistes. L'idéologie fut notamment éclipsée par l'importance qu'ils accordaient à la diversité raciale et de genre dans les nominations. En effet, 42% des personnes nommées par Obama aux tribunaux fédéraux étaient des femmes, contre 21 % pour George W. Bush, et 20 % étaient des Afro-Américains, contre 8 % pour Bush. À l'opposé des républicains, les démocrates font appel à plusieurs groupes d'intérêts pour les aider dans leur choix plutôt que d'avoir une seule ressource. En outre, le réseau juridique libéral est beaucoup plus vaste que le réseau juridique conservateur et, par conséquent, les présidents démocrates sont moins susceptibles d'être orientés par un seul sous-ensemble de ce réseau (Devins et Baum, 2019).

Puisque les nominations sont plus idéologiques depuis Bork, la Cour suprême n'hésite d'ailleurs pas, en 2000, à dicter le résultat d'une élection américaine pour des raisons partisanses et rend une décision qui dévoile la partisanerie des juges.

Ces événements placent les États-Unis dans un sillon dont nous voyons certainement l'influence durant l'ère Trump, qui est en quelque sorte l'apogée de la politisation de la Cour. Avec des nominations très idéologiques permises par la suppression du *filibuster* au Sénat, les sénateurs républicains refusent de permettre à Obama de nommer un juge durant la dernière année de son mandat. Pendant ce temps, les juges de la Cour suprême cachent de moins en moins leur partisanerie et la disparition des juges modérés fait en sorte qu'il devient difficile, voire impossible, de retourner à un meilleur équilibre idéologique au sein de la Cour.

Les conséquences de ces quatre événements sont maintenant imbriquées dans le système américain et il est impossible d'enlever une seule brique sans détruire tout le système. Les événements décrits dans cette recherche montrent que la polarisation crée une instrumentalisation du droit qui, à son tour, cause une politisation du droit.

Cette politisation de la Cour est un phénomène inquiétant, car elle pourrait, à l'avenir, miner la légitimité du plus haut tribunal du pays et celle de ses décisions (Rogowski et Stone, 2018).

Political controversy over Supreme Court nominations and the steady politicization of that process during the latter half of the twentieth century, the deep entrenchment of the notion that ideological preferences drive decision making on the Court, and heated political battles over the Court's role in making national policy are just some of the reasons why scholars and policy officials alike ought to be interested in the degree of ideological polarization on the Court (Clark et al., 2015).

Il y a aussi d'autres dangers sérieux auxquels la Cour sera confrontée à l'avenir. Le premier est le fait indéniable que la Cour sera plus polarisée selon les lignes de parti qu'elle ne l'a jamais été dans

l'histoire récente. Comme l'expliquent Epstein et Posner, le juge Kennedy a été la dernière personne nommée à la Cour suprême à voter avec une certaine régularité contre l'idéologie du président qui l'a nommé à la Cour (Epps et Sitaraman, 2019).

FORCES ET LIMITES DE LA RECHERCHE

S'insérant dans les travaux en APD, cette recherche développe une étude générale prenant en compte l'ensemble de l'histoire de la Cour suprême. Cette prise en compte permet d'accomplir une analyse complète et rigoureuse du contexte qui permet de comprendre l'évolution de la politisation de l'institution. L'accent mis sur les conjonctures critiques et la cause de la politisation sont au cœur de l'originalité de cette recherche et comblent un vide dans la recherche en répondant à une question souvent ignorée : quels facteurs expliquent l'évolution de la politisation de la Cour suprême au cours des dernières décennies. Sur le plan théorique, les recherches en APD se concentrent rarement sur les causes de la politisation de la Cour et cette recherche est un premier pas pour combler ce vide. Il ne faut cependant pas oublier que la Cour suprême pourrait très certainement évoluer dans une autre direction à l'avenir. De nouveaux juges peuvent être nommés, des décisions marquantes peuvent être annoncées et des changements institutionnels peuvent se produire. L'état des choses peut changer à tout moment et de nouvelles conjonctures critiques peuvent se produire, ce qui pourrait donner lieu à des pistes de recherche intéressantes à l'avenir.

RECHERCHES FUTURES

La politisation de la Cour nous semble toutefois être un phénomène inquiétant, car elle met en péril la légitimité de la Cour et de ses décisions (Rogowski et Stone, 2018). Si Alexander Hamilton avait raison en 1788 et que les autres branches du gouvernement et le peuple se soumettent à l'autorité de la Cour en raison de son prestige et de son impartialité, il est important de considérer ce qui se produirait si la Cour n'était plus perçue comme impartiale, mais plutôt partisane. Les cinquante dernières années démontrent sans contredit que la Cour se permet d'intervenir sur un nombre croissant de sujets et de questions, élargissant constamment le domaine d'influence des juges. De futures études pourraient être nécessaires pour explorer des solutions réalistes afin de mieux encadrer cette institution. Certaines solutions ont déjà été soulevées :

1. Instaurer une durée limitée pour les mandats des juges
2. Créer une commission indépendante de nomination des juges
3. Augmenter le nombre de juges pour pouvoir créer une rotation de neuf juges différents siégeant pour chaque décision.

Malgré ces pistes de solution, notre mémoire démontre qu'il sera difficile de sortir du sillon qui a débuté en 1973. Après un demi-siècle de travail acharné de la droite, la dernière session de la Cour a notamment mené au renversement de *Roe v. Wade* dans la décision *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. Cette décision a permis à six juges conservateurs tous nommés par des présidents républicains (Thomas, Alito, Roberts, Gorsuch, Kavanaugh, Barrett) d'imposer leur vision à trois juges progressistes, tous nommés par des présidents démocrates (Breyer, Kagan, Sotomayor). *Dobbs* stipule que le droit constitutionnel à l'avortement annoncé dans *Roe* et reconfirmé dans *Casey* n'est pas protégé au niveau fédéral et que chaque État doit individuellement

légiférer sur cette question. Cette décision démontre bien la pertinence de notre thèse de départ. Conformément au principe de dépendance au sentier, chaque nouvelle conjoncture critique s'ajoute aux précédentes, ce qui rend plus difficile tout changement de cap. Plus l'attente pour rompre le chemin est longue, plus il sera difficile de le faire, car les changements apportés par les conjonctures critiques deviennent des normes et des règles non écrites qui orientent le comportement des acteurs politiques américains. Puisque la situation se renforce d'elle-même depuis 50 ans, l'implantation des solutions proposées précédemment exigera un énorme travail et nécessitera le soutien et la volonté de plusieurs acteurs, comme les présidents, les sénateurs et les juges eux-mêmes. L'actualité montre cependant que les solutions ne sont pas considérées sérieusement et qu'il sera difficile de les mettre en œuvre. À titre d'exemple, la volonté du juge Thomas de se pencher sur le droit à la contraception et au mariage pour les gens de même sexe illustre une fois de plus que la Cour risque de rester fort politisée à l'avenir. Le juge Thomas exprime la chose ainsi : « *Because any substantive due process decision is 'demonstrably erroneous,' we have a duty to 'correct the error' established in those precedents* » (Thomas, 2022). Ceci laisse présager que les juges conservateurs estiment que le droit à l'avortement n'était que le premier droit à tomber et qu'ils s'en prendront à d'autres droits si on leur en donne la chance.

3.2.3 BIBLIOGRAPHIE

Alberti, O. G., Danielle. (2022, 24 juin). *The political leanings of the Supreme Court justices*. Axios. <https://www.axios.com/2019/06/01/supreme-court-justices-ideology>

Armaly, M. T. (2018). Politicized nominations and public attitudes toward the Supreme Court in the polarization Era. *Justice System Journal*, 39(3), 193-209.

Badas, A. et Simas, E. N. (2020). The Supreme Court as an electoral issue: evidence from three studies. *University of Houston*. <https://uh.edu/~abadas/BadasSimas-SupremeCourtElectoralIssue.pdf>

Baldassarri, D. et Gelman, A. (2008). Partisans without constraint: Political polarization and trends in American public opinion. *American Journal of Sociology*, 114(2), 408-446.

Balkin, J. M. (2001). Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics. *The Yale Law Journal*, 110(8), 1407-1458.

Bartels, B. L. (2015). The sources and consequences of polarization in the US Supreme Court. *American Gridlock: The Sources, Character, and Impact of Political Polarization*, 171-200.

Bartels, B. L. et Johnston, C. D. (2012). Political justice? Perceptions of politicization and public preferences toward the Supreme Court appointment process. *Public Opinion Quarterly*, 76(1), 105-116.

Basinger, S. J. et Mak, M. (2020). The “New Normal” in Supreme Court Confirmation Voting: Hyper-Partisanship in the Trump Era. *Congress & the Presidency*, 47(3), 365-386. <https://doi.org/10.1080/07343469.2020.1733708>

Battaglio, S. (2020, août). TV coverage of Bush v. Gore is a scary reminder of what can go wrong on election night. *Chicago Tribune, Television, Entertainment*. <https://www.chicagotribune.com/entertainment/tv/ct-ent-election-tv-coverage-20200817-saurp7ayt5h43j2m6525lq252q-story.html>

Baum, Lawrence. *The Supreme Court*. Thirteenth edition. Washington, D.C: CQ Press, a division of Sage, 2019.

Biskupic, J. (2016). *Justice Ruth Bader Ginsburg calls Trump a « faker, » he says she should resign*. CNN. <https://www.cnn.com/2016/07/12/politics/justice-ruth-bader-ginsburg-donald-trump-faker/index.html>

Boyer, C. (2020). The Supreme Court and Politics in the Trump Era. *Elon Law Review*, 12, 215-254.

Clark, T. S., Lax, J. R. et Rice, D. (2015). Measuring the political salience of Supreme Court cases. *Journal of Law and Courts*, 3(1), 37-65.

Coaston, J. (2018, 26 septembre). « *Borking*, » explained: why a failed Supreme Court nomination in 1987 matters. Vox. <https://www.vox.com/2018/9/26/17896126/bork-kavanaugh-supreme-court-conservatives-republicans>

Cohen, A. (2012). The Sad Legacy of Robert Bork. *The Atlantic*. <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2012/12/the-sad-legacy-of-robert-bork/266456/>

Cohen, A. (2020a). Chapter 5: Democracy. Dans *Supreme inequality: the Supreme Court's fifty-year battle for a more unjust America* (p. 167-192). Penguin Press.

Cohen, A. (2020b). Introduction & Conclusion. Dans *Supreme inequality: the Supreme Court's fifty-year battle for a more unjust America* (1st éd., p. 39). Penguin Press.

Collier, D. (2011). Understanding process tracing. *PS: Political Science & Politics*, 44(4), 823-830.

Collins, P. M. et Ringhand, L. A. (2016). The Institutionalization of Supreme Court Confirmation Hearings. *Law & Social Inquiry*, 41(1), 126-151. <https://doi.org/10.1111/lsi.12139>

Corbo, C. et Gagnon, F. (2016). *Les États-Unis d'Amérique: les institutions politiques* (Quatrième édition mise à jour et augmentée). Septentrion.

Coyle, M. (2013). Introduction. Dans *The Roberts Court: the struggle for the constitution* (First Simon&Schuster hardcover edition, p. 1-10). Simon & Schuster.

Definition of partisan. (s. d.). Dans *Cambridge Dictionary*. Récupéré le 4 décembre 2020 de <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/partisan>

Devins, N. et Baum, L. (2017). Split Definitive: How Party Polarization Turned the Supreme Court into a Partisan Court. *The Supreme Court Review*, 2016(1), 301-365.

Devins, N. et Baum, L. (2019). Chapter 4: The Court in a polarized world. Dans *The company they keep: how partisan divisions came to the Supreme Court* (p. 103-146). Oxford University Press.

Deysine, A. (2020). Les pouvoirs de la Cour suprême. *Esprit*, (11), 30. <https://doi.org/10.3917/espri.2011.0030>

Dolbeare, K. M. et Hammond, P. E. (1968). The political party basis of attitudes toward the Supreme Court. *Public Opinion Quarterly*, 32(1), 16-30.

- Dworkin, R. (1987). The Bork Nomination. *Cardozo L. Rev.*, 9, 101.
- Epps, D. et Sitaraman, G. (2019). How to Save the Supreme Court. *The Yale Law Journal*, 148-206.
- Epstein, L., Lindstädt, R., Segal, J. A. et Westerland, C. (2006). The changing dynamics of Senate voting on Supreme Court nominees. *The Journal of Politics*, 68(2), 296-307.
- Epstein, L., Martin, A. D., Segal, J. A. et Westerland, C. (2007). The judicial common space. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 23(2), 303-325. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewm024>
- Epstein, L., Segal, J. A., Spaeth, H. J. et Walker, T. G. (2015). The Supreme Court: Its Political and Legal Environments. Dans *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments, 6th Edition* (Sixth Edition, p. 655-706). CQ Press. <https://doi.org/10.4135/9781483376592>
- Feldman, A. (2019, 8 juillet). Empirical SCOTUS: Changes are afoot – 5-4 decisions during October Term 2018. *SCOTUSblog*. <https://www.scotusblog.com/2019/07/empirical-scotus-changes-are-afoot-5-4-decisions-during-october-term-2018/>
- Ferejohn, J. (2002). Judicializing politics, politicizing law. *Law and contemporary problems*, 65(3), 41-68.
- Fiorina, M. P. et Abrams, S. J. (2008). Political polarization in the American public. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 11, 563-588.
- Folkenflik, D. (2020, 3 novembre). I Covered Media's 2000 Election Night Fiasco. Please, Let's Not Do That Again. *NPR, Elections*. <https://www.npr.org/2020/11/03/930828092/i-covered-medias-2000-election-night-fiasco-please-let-s-not-do-that-again>
- Frymer, P. (2008). Law and American Political Development. *Law & Social Inquiry*, 33(3), 779-803.
- Galvin, D. J. (2016). Chapter 11: Qualitative methods and american political development. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 207-230). Oxford University Press.
- Garbus, M. (2002). *Courting Disaster: The Supreme Court and the unmaking of american law* (Times Book). Henry Holt and Company.
- George, T. E. et Epstein, L. (1992). On the nature of Supreme Court decision making. *The American Political Science Review*, 323-337.

Geyh, C. G. (2006). *When courts & Congress collide: the struggle for control of America's judicial system*. University of Michigan Press. [1 online resource (xii, 332 pages)]. <http://site.ebrary.com/id/10362203>

Gillman, H. et Clayton, C. W. (dir.). (1999). *The Supreme Court in American politics: new institutionalist interpretations*. University Press of Kansas.

Goldberg, J. (2010, 1^{er} décembre). *The Surprising Consequences of Brown v. Board of Ed*. The Atlantic § U.S. <https://www.theatlantic.com/national/archive/2010/12/the-surprising-consequences-of-brown-v-board-of-ed/66820/>

Gooch, D. (2015a). The Supreme Court is just as polarized as the rest of US politics—and this may have profound implications. *USApp—American Politics and Policy Blog*.

Gooch, D. M. (2015b). Ideological Polarization on the Supreme Court: Trends in the Court's Institutional Environment and Across Regimes, 1937-2008. *American Politics Research*, 43(6), 999-1040.

Griffin, S. M. (1988). Politics and the Supreme Court: The Case of the Bork Nomination. *JL & Pol.*, 5, 551.

Griffith, R. M. (2017). Chapter 6: The abortion war before and after Roe v. Wade. Dans *Moral combat: how sex divided American Christians and fractured American politics* (p. 201-240). Basic Books.

Gulizza III, F., Reagan, D. J. et Barrett, D. M. (1992). Character, Competency, and Constitutionalism: Did the Bork Nomination Represent a Fundamental Shift in Confirmation Criteria? *Marquette Law Review*, 75(2), 31.

Hamilton, A. (s. d.). *Federalist No 78*. The Federalist Papers. Récupéré le 26 novembre 2020 de https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp

Hare, C. et Poole, K. T. (2014). The polarization of contemporary American politics. *Polity*, 46(3), 411-429.

Hasen, R. L. (2019). Polarization and the Judiciary. *Annual Review of Political Science*, 22, 261-276.

Hendershot, M. E., Hurwitz, M. S., Lanier, D. N. et Pacelle, R. L. (2013). Dissensual Decision Making: Revisiting the Demise of Consensual Norms within the U.S. Supreme Court. *Political Research Quarterly*, 66(2), 467-481. <https://doi.org/10.1177/1065912912436880>

Hoffer, P. C., Hull, N. E. H. et Hoffer, W. (2018). *The Supreme Court: an essential history* (Second edition). University Press of Kansas. [1 online resource (ix, 510 pages) : illustrations, portraits]. <https://www.jstor.org/stable/10.2307/j.ctv6cfr54>

Huebner, T. S. (2018). History of the US Supreme Court. Dans *Oxford Research Encyclopedia of American History*.

John, R. R. (2016). Chapter 10: American Political Development and political history. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 185-206). Oxford University Press.

Johnson, T. R. et Roberts, J. M. (2004). Presidential capital and the Supreme Court confirmation process. *The Journal of Politics*, 66(3), 663-683.

Johnson, T. R. et Roberts, J. M. (2005). Pivotal politics, presidential capital, and Supreme Court nominations. Dans *Congress & the Presidency: A Journal of Capital Studies* (vol. 32, p. 31-48). Taylor & Francis.

Jones, R. A. (2014). Media Politicization of the United States Supreme Court. *Oñati Socio-Legal Series*, 4(4).

Kahn, R. et Kersch, K. I. (dir.). (2006). *The Supreme Court and American political development*. University Press of Kansas.

Kaplan, D. A. (2018). *The most dangerous Branch: Inside the Supreme Court in the age of Trump* (Broadway Books). Penguin Random House.

Kastellec, J. P., Lax, J. R. et Phillips, J. H. (2010). Public opinion and senate confirmation of Supreme Court nominees. *The Journal of Politics*, 72(3), 767-784.

Kelly, M. L. (2018, 27 septembre). What the Politicization Of The Supreme Court Means For the Institution. Dans *NPR: All things considered*. <https://www.npr.org/2018/09/27/652309792/what-the-politicization-of-the-supreme-court-means-for-the-institution>

Kersh, R. (2005). The Growth of American Political Development: The View from the Classroom. *Perspectives on Politics*, 3(2), 335-345.

Kirby, J. (2018, 27 septembre). *Read: Brett Kavanaugh's angry, emotional opening statement*. Vox. <https://www.vox.com/2018/9/27/17911256/brett-kavanaugh-christine-blasey-ford-senate-hearing>

Kluger, R. (2011). *Simple Justice: The History of Brown v. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*. Knopf Doubleday Publishing Group.

Knapp, E., Griffiths, B. et McClure, J. (s. d.). *Kavanaugh Senate confirmation vote count: Here's how senators voted*. Politico. Récupéré le 12 décembre 2020 de <https://www.politico.com/interactives/2018/brett-kavanaugh-senate-confirmation-vote-count/>

Kritzer, H. M. (2001). The Impact of Bush v. Gore on Public Perceptions and Knowledge of Supreme Court. *Judicature*, 85, 32.

Kuhn, D. P. (2012, 29 juin). *The Incredible Polarization and Politicization of the Supreme Court*. The Atlantic § Politics. <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2012/06/the-incredible-polarization-and-politicization-of-the-supreme-court/259155/>

Kuhn, D. P. (2014, 1^{er} juillet). John Roberts' Supreme Court Is as Polarized as Ever. *The New Republic*. <https://newrepublic.com/article/118500/supreme-court-polarization-why-its-bad-ever>

Lau, P. F., Brown-Nagin, T., Douglas, D. M., Kelley, B. L. M., Gavins, R., Green, L. B. et Greene, C. (2004). *From the Grassroots to the Supreme Court: Brown V. Board of Education and American Democracy*. Duke University Press.

Layman, G. C., Carsey, T. M. et Horowitz, J. M. (2006). Party polarization in American politics: Characteristics, causes, and consequences. *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 9, 83-110.

Long, E. (s. d.). *Where the politicisation of the US Supreme Court could lead*. The Conversation. Récupéré le 3 décembre 2020 de <http://theconversation.com/where-the-politicisation-of-the-us-supreme-court-could-lead-149025>

MacGregor Burns, J. (2009). *Packing the Court: The rise of judicial power and the coming crisis of the Supreme Court*. The Penguin Press.

Machado, M. (2020). Mobilizing Roe: The Political Life of a Decision, beyond Abortion and beyond Courts. *Tulsa Law Review*, 55(2), 231.

McCarty, N. (2016). Chapter 24: Polarization and American political development. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 492-515). Oxford University Press.

McCloskey, R. G. (1965). Reflections on the Warren Court. *Virginia Law Review*, 51(7), 1229-1270.

McKay, D. H. (2009). *American politics and society* (7th ed). Wiley-Blackwell.

McKeever, R. (2010). Bush, the Judiciary, and the Conservative Constitutional Counterrevolution: Close but No Cigar. Dans I. Morgan et P. J. Davis, *Assessing George W. Bush's Legacy: The Right Man ?* (Palgrave, p. 79-97). https://doi.org/10.1057/9780230114333_5

McKoski, R. (2020). The Refusal of Supreme Court Nominees to Discuss Legal, Political, and Social Issues at Senate Confirmation Hearings: Ethical Obligation or Survival Strategy? *Political, and Social Issues at Senate Confirmation Hearings: Ethical Obligation or Survival Strategy*.

Myers III, W. G. (1989). The role of special interest groups in the Supreme Court nomination of Robert Bork. *Hastings Const. LQ*, 17, 399.

Norris, P. et Inglehart, R. (2019). *Cultural backlash: Trump, Brexit, and authoritarian populism*. Cambridge University Press.

Novkov, J. (2016). Chapter 31: Identity and law in American political development. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 662-704). Oxford University Press.

Ogundele, A. et Keith, L. C. (1999). Reexamining the impact of the Bork nomination to the Supreme Court. *Political Research Quarterly*, 52(2), 403-420.

Palier, B. (2010). *Path dependence (Dépendance au chemin emprunté)* (vol. 3e éd.). Presses de Sciences Po. https://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=SCPO_BOUSS_2010_01_0411

Peretti, T. J. (2001). Chapter 6: A Political Court and the “Crisis of Legitimacy”. Dans *In defense of a political court* (p. 161-188). Princeton University Press.

Pierson, P. et Schickler, E. (2020). Madison’s constitution under stress: A developmental analysis of political polarization. *Annual Review of Political Science*, 23, 37-58.

Politicoboy. (2018, 7 août). House of cards: comprendre le système politique américain. *Politicoboy*. <http://www.politicoboy.fr/midterms/house-of-cards-le-systeme-politique-americain/>

Prior, M. (2013). Media and political polarization. *Annual Review of Political Science*, 16, 101-127.

Rogowski, J. C. et Stone, A. R. (2018). *How Politicized Judicial Nominations Polarize Attitudes Toward the Courts*. <https://www.semanticscholar.org/paper/How-Politicized-Judicial-Nominations-Polarize-the-%E2%88%97-Rogowski-Stone/453b507793ac803ff7e23a0f975b5c758ae9f2a6>

Rotivel, A. et Biassette, G. (2020, 27 septembre). La Cour suprême américaine est-elle une institution politisée ? *La Croix*. <https://www.la-croix.com/Debats/Cour-supreme-americaine-est-elle-institution-politisee-2020-09-27-1201116253>

Rountree, C. (2007). *Judging the Supreme Court: Constructions of Motives in Bush v. Gore*. JSTOR.

Salamone, M. F. (2014). Community and Persuasion: The Influence of the Federalist Society on the Supreme Court. Dans *APSA 2014 Annual Meeting Paper*.

Saylor, D. (s. d.). *The three types of judicial philosophy*. Prism. Récupéré le 1 décembre 2020 de <http://prism.scholarslab.org/prisms/130da242-d3f6-11e3-9e25-dea8d6b3cbcf/visualize?locale=en>

Scherer, N. et Miller, B. (2009). The Federalist Society's influence on the federal judiciary. *Political Research Quarterly*, 62(2), 366-378.

Schmidt, C. W. et Shapiro, C. (2018). The Supreme Court and American Politics: Symposium Introduction. *Chicago-Kent Law Review*, 93(2), 315.

Schwartz, B. (1996). *The Warren Court: a retrospective*. Oxford University Press. [1 online resource (x, 406 pages)]. <http://site.ebrary.com/id/10278373>

Shapiro, I. (2020a). *Supreme disorder: judicial nominations and the politics of America's highest court* (p. 1 online resource.). Regnery Gateway,.

Shapiro, I. (2020b, 9 septembre). *The Original Sin of Robert Bork*. Cato Institute. <https://www.cato.org/publications/commentary/original-sin-robert-bork>

Shapiro, I. (2020c, 26 septembre). *Just Accept It: The Supreme Court Has Always Been Political*. Cato Institute. <https://www.cato.org/commentary/just-accept-it-supreme-court-has-always-been-political>

Skowronek, S. et Orren, K. (2016). Pathways to the present: Political Development in America. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 27-46). Oxford University Press.

Spill, R. L. et Oxley, Z. M. (2003). Philosopher kings or political actors-how the media portray the Supreme Court. *Judicature*, 87, 22.

Stern, M. J. (2020, 13 novembre). *Sam Alito Delivers Grievance-Laden, Ultrapartisan Speech to the Federalist Society*. Slate Magazine. <https://slate.com/news-and-politics/2020/11/alito-federalist-society-speech-insane.html>

Sunstein, C. R. (2014). Unanimity and Disagreement on the Supreme Court. *Cornell L. Rev.*, 100, 769.

The Shows Must Go On! (2009). *Flashback: Ted Kennedy « Borking » Bork (1987)*. https://www.youtube.com/watch?v=oNaasFvvFIE&ab_channel=GregHengler

Thomas, C. (2022, Juin). *Thomas E. Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et Al., Petitioners v. Jackson Women's Health Organization, et Al. (Concurrence)* 19–1392 (Supreme Court of the United States).

Thurber, J. A. et Yoshinaka, A. (2015). Chapter 17: The sources and impact of political polarization. Dans *American gridlock the sources, character, and impact of political polarization* (p. 378-388). Cambridge Univ. Press.

Tomlins, C. (2005). *The United States Supreme Court : The Pursuit of Justice*. Houghton Mifflin.

Tushnet, M. (1993). *The Warren Court in Historical and Political Perspective*. University of Virginia Press.

Tushnet, M. et Lezin, K. (1991). What Really Happened in Brown v. Board of Education. *Columbia Law Review*, 91(8), 1867-1930. <https://doi.org/10.2307/1123035>

Urofsky, M. I. (2001). *The Warren court: justices, rulings, and legacy*. ABC-CLIO. [1 online resource (xiii, 356 pages) : photographs]. <http://ebooks.abc-clio.com/?isbn=9781576075937>

Urofsky, M. I. (2015). Chapter 11: Continuing themes, from Warren to Roberts. Dans *Dissent and the Supreme Court: its role in the Court's history and the nation's constitutional dialogue* (First edition, p. 339-387). Pantheon Books.

Valelly, R. M. et Mettler, S. (2016). Introduction: The distinctiveness and necessity of American political Development. Dans R. C. Lieberman, R. M. Valelly et S. Mettler (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 1-26). Oxford University Press.

Vieira, N. et Gross, L. E. (1990). The appointments clause: Judge Bork and the role of ideology in judicial confirmations. *The Journal of Legal History*, 11(3), 311-352.

Walsh, D. (2020, octobre). *Takeaways From Amy Coney Barrett's Judiciary Confirmation Hearings*. NPR.org. <https://www.npr.org/2020/10/15/923637375/takeaways-from-amy-coney-barretts-judiciary-confirmation-hearings>

Whittington, K. E. (2016). Chapter 15: Law and the Courts. Dans R. M. Valelly, S. Mettler et R. C. Lieberman (dir.), *The Oxford handbook of American political development* (p. 309-326). Oxford University Press.

Why Do « Left » And « Right » Mean Liberal And Conservative? (2020, 30 juillet). Dans *Dictionary.com*. Récupéré le 8 octobre 2021 de <https://www.dictionary.com/e/left/right/>

Wolfe, C. (1997). *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* (Rev. ed). Rowman & Littlefield.

Woodward, B. (2020). *Rage* (Simon&Schuster).

Yacobucci, P. et Hilbert, G. (2016). Is Anyone Listening? The Politicization of the Judiciary and the Loss of Authority: An Initial Assessment. *Journal of Political Sciences & Public Affairs*, 4(3). <https://doi.org/10.4172/2332-0761.1000217>

Yarvin, J. et Bush, D. (2018, 13 septembre). Is the hyper-partisan Supreme Court confirmation process « the new normal »? *PBS NewsHour*, Nation. <https://www.pbs.org/newshour/nation/is-the-hyper-partisan-supreme-court-confirmation-process-the-new-normal>

Yates, J. L. et Whitford, A. B. (2002). The presidency and the Supreme Court after Bush v. Gore: Implications for institutional legitimacy and effectiveness. *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 13, 101.