

LA REVUE DES JURISTES DE SCIENCES PO



Direction scientifique :

Jean-David LEVITTE

Rédactrices en chef :

Diva JAIN et Martha ROSENTAL

FÉVRIER 2025 - **N°27**

16^e ANNÉE - ISSN 2111-4293

► Dossier thématique

Numéro spécial : L'élection présidentielle américaine 2024

Special Edition: The 2024 United States Presidential Election

► PERSPECTIVES

3 > p. 9

Dans l'office du juge : Conversations avec Justice
Stephen Breyer

par Maksens Djabali

4 > p. 14

Témoignage d'un ancien Ambassadeur de France
aux États-Unis

Entretien avec Philippe Etienne

5 > p. 17

Democracy and the Supreme Court: Harvard Law
Perspectives on the 2024 US Election

Interviews with Professors Michael J. Klarman
and Nicholas Stephanopoulos

► DOSSIER THÉMATIQUE

6 > p. 23

L'élection présidentielle américaine 2024

Julien Boudon, Nolwenn Duclos, Christophe Fabre, Troy B. Felver,
Ruth Greenwood, Claire Lavarde, Lou McPhail, Marie Mercat-
Bruns, Alan J. Morrison, Olivier Richomme, Samuel A. Stone,
Cass R. Sunstein, Camille Toulorge, Elodie Valette

Sommaire

Édito

page 1

- 1 *Diva JAIN, Martha ROSENAL* - Édito
- 2 *Jean-David LEVITTE* - États-Unis : le retour de Donald Trump

Perspectives

page 8

- 3 *Maksens DJABALI* - Dans l'office du juge : Conversations avec Justice Stephen Breyer
- 4 *Entretien avec Philippe ETIENNE* - Ancien Ambassadeur de France aux États-Unis
- 5 *Maksens DJABALI* - Democracy and the Supreme Court : Harvard Law Perspectives on the 2024 US Election, Interviews with Professors Nicholas Stephanopoulos and Michael J. Klarman

Dossier thématique

page 26

CHAPITRE I : SYSTÈME CONSTITUTIONNEL AMÉRICAIN ET ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE 2024

CHAPTER I : THE US CONSTITUTIONAL SYSTEM AND THE 2024 PRESIDENTIAL ELECTION

- 6 *Julien BOUDON* - Remarques interstitielles sur les élections américaines de 2024
- 7 *Christophe FABRE* - La Cour suprême et l'élection présidentielle américaine
- 8 *Samuel A. STONE* - The Faithless : Constitutional Constraints on Electors in the United States
- 9 *Nolwenn DUCLOS* - L'élection présidentielle américaine à l'aune de la pratique du « survivant désigné »

CHAPITRE II : VOTE, DISCRIMINATION ET DÉMOCRATIE

CHAPTER II : VOTING, DISCRIMINATION AND DEMOCRACY

- 10 *Cass R. SUNSTEIN* - Problems With Enclaves
- 11 *Ruth GREENWOOD* - Don't Forget the Humble Election Worker
- 12 *Olivier RICHOMME* - 'Too Big to Rig' : Fraud, Discrimination and Voting Rights in the 2024 US Elections
- 13 *Marie MERCAT-BRUNS* - Reproduction Rights in the United States Presidential Election : An Intersectional Challenge and the Rise of New Forms of Representation

CHAPITRE III : LES CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES ET ENVIRONNEMENTALES DE L'ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE

CHAPTER III : ECONOMIC AND ENVIRONMENTAL CONSEQUENCES OF THE PRESIDENTIAL ELECTION

- 14 *Troy B. FELVER, Lou MCPHAIL* - Build the (Tariff) Wall – How Trump's Proposals May Upend the Global Trading Regime
- 15 *Elodie VALETTE, Claire LAVARDE, Camille TOULORGE* - La réglementation environnementale européenne confrontée à l'ère Trump
- 16 *Alan J. MORRISON, JD* - Drug Patents And The New Trump Administration

1 Édito



Diva Jain,
*Rédactrice en chef,
Étudiante au sein de l'École de droit*



Martha Rosental,
*Rédactrice en chef,
Étudiante au sein de l'École de droit*

Chères lectrices, chers lecteurs,
Chaque premier mardi du mois de novembre, tous les quatre ans, le monde se penche sur l'événement politique suscitant les débats et controverses les plus vifs : l'élection présidentielle américaine. Le 5 novembre 2024 n'a pas fait exception à cette règle, et la victoire de Donald Trump face à Kamala Harris a fait l'objet d'une forte couverture médiatique internationale. Comment ne pas consacrer le vingt-septième numéro de la *Revue des Juristes de Sciences Po* (RJSP) à cette élection exceptionnelle en raison de ses conséquences multiples pour l'ordre mondial ?

Il relève d'un défi, pour une revue juridique telle que la RJSP, de traiter de ce sujet éminemment politique qui engage de nombreuses dimensions extérieures au domaine du droit pour s'étendre à l'économie, à la diplomatie ou encore à la géopolitique. Or, c'est précisément cette manière de penser le droit, à l'intersection entre les sciences humaines et sociales, que porte notre revue.

Pour cette raison, nous avons choisi d'ouvrir ce numéro spécial par les perspectives de grandes personnalités qui ont été impliquées de façon marquante dans le système constitutionnel et démocratique américain – l'ancien juge de la Cour suprême des États-Unis Stephen Breyer et l'ancien Ambassadeur de France aux États-Unis Philippe Étienne –, ainsi que des spécialistes renommés de la pensée juridique américaine – Michael J. Klarman et Nicholas Stephanopoulos, professeurs à l'École de Droit de Harvard.

Fondé sur l'apport de ces contributeurs, le premier chapitre du volume explore la façon dont l'élection présidentielle américaine 2024 s'inscrit dans un système juridique et constitutionnel aux caractéristiques singulières. Il examine le fonctionnement d'institutions clés des États-Unis comme le collège électoral et la Cour suprême, et explore des notions juridiques plus spécifiques telles que la catégorie des « électeurs infidèles » et la pratique du « survivant désigné ».

L'élection présidentielle aspirant à constituer l'expression directe de la démocratie aux États-Unis, le deuxième chapitre

se concentre sur la manière dont les citoyens américains vivent cette élection et dont le système juridique américain reflète et modèle le comportement électoral. Grâce à leurs contributions, nos auteurs soulèvent des questions cruciales sur les processus électoraux, la participation démocratique et les risques de discriminations au sein de ce système.

Enfin, notre analyse de l'élection présidentielle américaine 2024 serait incomplète si elle faisait abstraction de ses considérables enjeux économiques. Le troisième chapitre décrit ainsi la façon dont les changements de politiques au sein de l'une des plus grandes économies du monde se répercutent inévitablement sur les marchés européens et mondiaux. Nos contributeurs y proposent des analyses approfondies de certains thèmes cruciaux tels que les droits de douane, les brevets pharmaceutiques et les critères ESG. Nous sommes heureuses et honorées de publier ce numéro spécial sous la direction scientifique de l'Ambassadeur Jean-David Levitte, dont l'expérience notamment en tant qu'ambassadeur de France à Washington entre 2003 et 2007 nous a été très précieuse et éclairante. Nous tenons à le remercier tout particulièrement, ainsi que Monsieur Bernard Stirn, président de notre Comité scientifique, pour leur soutien constant et leur accompagnement dans la réalisation des projets portés par la RJSP.

Nous souhaiterions également remercier celles et ceux sans qui ce numéro n'aurait jamais pu voir le jour. Tout d'abord, les contributeurs issus de multiples horizons professionnels et géographiques, qui ont permis à notre numéro de naître d'un riche dialogue abordant cet événement mondial par une approche transatlantique. Ensuite, les membres du Comité scientifique de la RJSP ainsi que les professeurs et membres de l'administration de l'École de droit de Sciences Po. Enfin, un grand merci aux étudiants membres du Comité de rédaction, qui ont mené un remarquable travail d'édition et dont les perspectives et expertises variées ont joué un rôle déterminant dans l'élaboration du numéro.

En vous souhaitant une excellente lecture ! ■ → Suite page 2

Revue des Juristes de Sciences Po

REVUE SEMESTRIELLE

Directeur scientifique :
Jean-David Levitte

Rédactrices en chef :
Diva Jain et Martha Rosental

Membres du Comité de rédaction :
Ana Candau
Antoine Lenges
Armelle Ensarguet
Camille De Font-Réaulx
Carmen Guinrand
Chloe Lambert
Christos Zois
Dan Watson
Elizabeth Herold-Reverdin
Emilie Greenwood

Fanny Burdin-Egloff
Guillaume Bouyssou
Julien-Manuel Després
Léa Settepani
Lisa Pralavorio
Linn Junge
Maksens Djabali
Mariano Fernandez Yaipen
Nicolaus Casati
Paul Lagarrigue
Tara Colic
Victoria Struys
Zizhu Chen

Membres du Comité Scientifique :

Bernard Stirn (Président),
Président de section honoraire
au Conseil d'État, membre de
l'Institut.
Reinhard Dammann, Associé
Fondateur du cabinet Dammann.
Romy Khoneisser, Diplômée de
l'École de droit de Sciences Po.
Julie Klein, Docteur en
droit de l'Université Paris
II Panthéon-Assas (2010),
agrégée de droit privé (2011).
Codirectrice scientifique de la
spécialité EMR du Master Droit
Economique de Sciences Po.

Anne Maréchal, Avocate
associée chez De Gaulle
Fleurance, ancienne directrice
des affaires juridiques de
l'Autorité des marchés
financiers.

Emmanuelle Mignon, Conseiller
d'État, Associée du pôle Public,
Règlementaire Environnement
du cabinet August Debouzy.

Louis Noirault, Diplômé de
l'École de droit de Sciences Po.

Pierre-Louis Périn, Avocat
associé du cabinet Bersay,
Professeur affilié à l'École de
Droit de Sciences Po.

Directeur de la publication :
Laëtitia Giannoni

Photo de couverture :
© Marta Nascimento / Sciences Po
Origine du papier : Allemagne
Taux de fibres recyclées : 6 %
Certification : 100 %
Impact sur l'eau : $P_{TOT} = 0,01 \text{ kg / tonne}$



Imprimerie :
Sprint
Parc Industriel Euronord
10 rue du Parc - 31150 Bruguères

Dear Readers,

Every four years, on the first Tuesday of November, the world turns its attention to the consequential and frequently contentious political event that is the United States presidential election. November 5, 2024 was no exception as global focus once again settled on this American exercise of democracy, predictably accompanied by extensive media coverage and debate over Donald Trump's victory against Kamala Harris. Given its profound implications, it is only fitting that the *Sciences Po Law Review* (RJSP) dedicates its twenty-seventh issue to this pivotal event.

For a law review, engaging with a subject as eminently political as the US presidential election presents both a challenge and an opportunity. The questions it raises extend beyond the legal sphere to encompass economics, diplomacy and geopolitics. Yet, it is precisely this way of thinking about the law, at the intersection of humanities and social sciences, that defines the mission of our journal.

It is for this reason that we chose to open our special issue with perspectives from distinguished figures who have been uniquely involved in the functioning of American democracy-former US Supreme Court Justice Stephen Breyer and former French Ambassador to the United States, Philippe Étienne-as well as prominent scholars of American legal thought, Harvard Professors Michael J. Klarman and Nicholas Stephanopoulos.

Building on these insightful contributions, the first chapter explores the 2024 presidential election in the context of the United States' distinctive constitutional framework. It examines a salient selection of foundational institutions such as the Electoral College and the Supreme Court, as well as specific legal developments such as faithless electors and the designated survivor.

As presidential elections stand as direct expressions of

democracy, the second chapter shifts focus to examine how American citizens experience elections and how US legal frameworks both reflect and mold voting behavior. Through these contributions, our authors raise critical questions about electoral processes, democratic participation, and the potential for discrimination within these systems.

Finally, no examination of the US presidential election is complete without acknowledging its far-reaching economic impact. Policy shifts in one of the world's largest economies inevitably reverberate through European and global markets, and the third chapter engages with this phenomena. Our contributors deliver thoughtful analyses of a few critical issues such as trade tariffs, drug patents and ESG standards.

We are honored to publish this special edition under the scientific direction of Ambassador Jean-David Levitte, whose distinguished diplomatic career, notably his tenure as France's ambassador to Washington from 2003 to 2007, has provided invaluable insights. We extend our deepest gratitude to him and to Mr. Bernard Stirn, President of our Scientific Committee, for their benevolent support and guidance in bringing RJSP's projects to fruition.

We would like to thank all those without whom this issue would never have seen the light of day: the contributors, who come from a wide range of professional and geographical backgrounds, enabling this issue to emerge as a rich transatlantic dialogue between French and American scholarship; the members of the RJSP Scientific Committee and the professors at the Sciences Po Law School; and, last but not least, the student members of the Editorial Committee, who carried out a remarkable editorial task and whose varied perspectives and expertise were instrumental in shaping this issue.

We wish you an excellent read !■

2 États-Unis : le retour de Donald Trump



Jean-David Levitte,
Diplomate, Ambassadeur de France dignitaire,
Directeur scientifique du numéro

La victoire, impressionnante par son ampleur, de Donald Trump et des Républicains a surpris car les sondages ont largement sous-estimé les frustrations et les colères d'une majorité d'Américains face à deux phénomènes : les hausses de prix, pendant le mandat de Joe Biden, qui ont réduit le pouvoir d'achat des classes populaires, et une immigration perçue comme incontrôlée¹. Deux sujets au cœur de la campagne de Trump, correspondant aux points faibles de celle de Kamala Harris. Deux sujets qui expliquent la mobilisation en faveur de Trump du vote masculin, y compris de manière historique au sein des minorités afro-américaine et latino-américaine². En revanche, et contrairement à ce qui était attendu, les femmes ne se sont pas massivement mobilisées en faveur de Kamala Harris, notamment au sujet du droit à l'avortement remis en cause par la Cour suprême.

Pendant les quatre prochaines années, Trump et le parti républicain à ses ordres auront un contrôle total du gouvernement, du Sénat, sans doute de la Chambre des représentants, et même de la Cour suprême. Quelles vont en être les conséquences pour les États-Unis, pour le monde et en particulier pour l'Europe ?

Sur le plan économique, Trump a l'intention de réduire l'impôt sur les sociétés à 15 %, contre 21 % aujourd'hui [NDLR : 2024], et d'alléger plus généralement la fiscalité, aggravant un déficit du budget qui est déjà de 6 % du PIB, alors que la dette (99 % du PIB) est au plus haut depuis 1947³.

Le gouvernement américain devrait rapidement mettre en place les taxes à l'importation annoncées, de 10 % au moins (60 % pour la Chine), qui pourraient déboucher sur une hausse des prix aux États-Unis et des mesures de représailles des pays concernés. Trump a en outre indiqué qu'il imposerait des droits supplémentaires aux pays qui ont un important excédent commercial avec les États-Unis, en particulier ceux de l'Union européenne, le Mexique, le Japon, le Vietnam...

Ndlr : L'article a été envoyé au comité de rédaction de la revue le 7 novembre 2024, deux jours après les résultats de l'élection présidentielle.

1. M. Medeiros, 'Election 2024 : Immigration, Tariffs, and the Battle for the US Economy' (*Hartford Fund*, 2024) <<https://www.hartfordfunds.com/insights/market-perspectives/global-macro-analysis/election-2024-immigration-tariffs-and-the-us-economy.html>> consulté le 22 décembre 2024.
2. R. Luscombe, 'How Trump won over Latino and Hispanic voters in historic numbers' (*The Guardian*, 9 novembre 2024) <<https://amp.theguardian.com/us-news/2024/nov/09/trump-latino-hispanic-vote-election>> consulté le 22 décembre 2024.
3. V. Le Billon, « États-Unis : Joe Biden et Donald Trump au défi de redresser les finances publiques » (*Les Échos*, 12 mars 2024) <<https://www.lesechos.fr/monde/etats-unis/etats-unis-joe-biden-et-donald-trump-au-defi-de-redresser-les-finances-publiques-2082317>> consulté le 22 décembre 2024.

Concernant la protection de l'environnement, Trump a l'intention de retirer les États-Unis de l'Accord de Paris (ce qui pourrait inciter d'autres pays à faire de même). Il va réduire les contraintes sur la production nationale de pétrole, de gaz et même de charbon, ainsi que sur les minerais nécessaires aux nouvelles technologies.

Trump a bien l'intention de mettre en œuvre (au moins en partie) sa politique d'expulsion des migrants illégaux avec le concours de la police et de la garde nationale. On estime leur nombre à dix millions. Les conséquences économiques pourraient en être désastreuses dans trois secteurs : le bâtiment, l'agriculture et la restauration.

En politique étrangère, c'est sur la guerre en Ukraine que le changement de président devrait entraîner les conséquences les plus importantes. On sait que Trump a maintenu, pendant les années Biden, un dialogue secret avec Poutine. Tout indique qu'il favorisera un règlement du conflit laissant sous souveraineté russe les territoires aujourd'hui sous le contrôle de Moscou. Et nous ne devrions pas compter sur une participation des États-Unis au financement de la reconstruction de l'Ukraine. Par ailleurs, Trump pourrait à nouveau menacer de retirer les États-Unis de l'Alliance atlantique si les Européens ne poursuivent pas leur effort de réarmement.

Au Moyen-Orient, Trump devrait chercher à obtenir un règlement du conflit à Gaza et au Liban, prenant en compte les demandes de Benyamin Netanyahu. Il tentera d'obtenir une normalisation des relations entre l'Arabie Saoudite et Israël mais se heurtera à une difficulté majeure : le refus de Netanyahu d'accepter la solution à deux États Israël/Palestine, demandée par Riyad. Enfin, Trump devrait être favorable à des sanctions accrues contre l'Iran, sans exclure la possibilité d'un nouvel accord concernant la renonciation par Téhéran aux armes nucléaires⁴.

Mais c'est bien sûr la relation États-Unis/Chine qui revêtra la plus grande importance. Comme lors de son premier mandat, Trump, au-delà des taxes massives à l'importation, maintiendra un dialogue transactionnel avec Xi Jinping, tout en exigeant de Taïwan de payer plus pour sa défense et d'investir davantage aux États-Unis⁵.

→ Suite page 4

4. N. Doukhi, T. Krotoff, « Vu du Liban. Trump II et le Moyen-Orient : vers une fin de la guerre, vraiment ? » (*Courrier international*, 7 novembre 2024) <https://www.courrierinternational.com/article/vu-du-liban-trump-ii-et-moyen-orient-vers-une-fin-de-la-guerre-vraiment_224271> consulté le 22 décembre 2024.
5. L. Bicker, « La relation « amoureuse » de Trump et Xi Jinping s'est détériorée – peuvent-ils la rétablir ? » (*BBC News – Afrique*, 30 novembre 2024) <<https://www.bbc.com/afrique/articles/c4gpyj4r2jzo.amp>> consulté le 22 décembre 2024.

Au total, alors que les États-Unis présideront le G20 en 2026 et le G7 en 2027, alliés et adversaires doivent se ré-habituer à un interlocuteur sans vision de l'ordre mondial, pourtant en

pleine transformation, et qui pratique le « donnant-donnant » au service des seuls intérêts économiques à court terme des États-Unis.■

LES AUTEURS

Julien Boudon est agrégé des Facultés de droit (2004) et professeur de droit public, spécialiste de droit constitutionnel, notamment comparé (Etats-Unis, Japon). Il a été en poste à l'Université de Reims Champagne Ardenne (2004-2020), doyen de la Faculté de droit et de science politique rémoise, avant de rejoindre l'Université Paris-Saclay en 2020. Il y enseigne le droit constitutionnel français, étranger et comparé, tandis qu'il y est Directeur adjoint de l'École doctorale « Droit, Économie, Management ».

Stephen Breyer began his legal career as a clerk for Justice Arthur Goldberg and later joined the faculty at Harvard, becoming a leading authority on administrative law. In 1980, President Jimmy Carter appointed him to the US Court of Appeals for the First Circuit, where he served as Chief Judge before being nominated by President Bill Clinton to the US Supreme Court in 1994. Stephen Breyer earned degrees from Stanford and Oxford before graduating from Harvard Law School, where he served as an editor of the *Harvard Law Review*. Since retiring in 2022, Breyer has remained active in legal scholarship, notably as a lecturer at Harvard Law School. He recently published the book *Reading the Constitution: Why I Chose Pragmatism, Not Textualism* (2024).

Maksens Djabali est étudiant en Master de *Droit & Finance* à Sciences Po Paris et membre du Comité de rédaction de la RJSP. Après avoir étudié au sein du *General Course* de la *London School of Economics*, il passe le deuxième semestre de l'année 2024 en échange universitaire à la *Harvard Law School*. A cette occasion, il exerce en tant qu'assistant de recherche en droit international, droit comparé et histoire du droit auprès du Professeur Idriss Fofana. Il développe actuellement sa pratique du droit pénal des affaires en stage au sein du cabinet A&O Shearman.

Nolwenn Duclos est docteur en droit public et maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2. Elle est membre de l'Unité de recherche en droit Transversales et du Centre de recherche Juridique Pothier (CRJP). Titulaire d'un Master 2 en Droit constitutionnel et droit fondamentaux (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), elle s'intéresse au droit constitutionnel américain et plus spécifiquement à la pratique du « survivant désigné », sur laquelle elle a déjà écrit à la *Revue Française de Droit Constitutionnel*.

Philippe Etienne est un diplomate français, élevé le 19 juin 2019 à la dignité d'ambassadeur de France. Entre 2002 et 2005, il exerce en tant qu'ambassadeur de France en Roumanie. En 2009, il est nommé Représentant permanent de la France auprès de l'Union européenne, avant d'assumer les fonctions d'ambassadeur de France en Allemagne à partir de 2014. En 2017, il rejoint l'Élysée en tant que Conseiller diplomatique du Président de la République Emmanuel Macron. C'est en 2019 qu'il est nommé ambassadeur de France aux États-Unis, et ce jusqu'en 2023. Depuis, il consacre une partie de son activité à l'enseignement, notamment en tant que chargé du cours "géopolitique et démocratie" au sein du programme Études Démocratiques de l'ENS-PSL.

Christophe Fabre est avocat au Barreau de Paris et conseil auprès de la Cour pénale internationale. Il bénéficie d'une double formation française (Panthéon-Assas, Institut d'études judiciaires, école du barreau, Paris X) et américaine (Berkeley). Il enseigne le droit à Sciences Po et à l'université depuis 2016 et publie divers articles au Recueil Dalloz et à la revue de science criminelle et de droit pénal comparé.

Troy B. Felver is a faculty member with a decade and a half of experience educating students about the utility of law and ethics in their professional and personal lives at the undergraduate and graduate levels. He teaches in the Management Department in the Ole Miss School of Business, where he lectures on business law courses. Prior to Ole Miss, Troy worked at the Chambers College of Business and Economics at West Virginia University, where he taught business law and ethics and employment law courses. Other previous experiences include faculty posts at several universities in East Asia, with courses including banking law and regulation, business ethics, contract and corporation law, international commercial contracts, and applied international negotiations.

Ruth Greenwood is an Assistant Clinical Professor and the Director of the Harvard Election Law Clinic. She engages in litigation and advocacy on a variety of election law cases, while training the next generation of election lawyers. Ruth litigated two partisan gerrymandering cases from the trial level to the Supreme Court of the United States, *Gill v. Whitford* and *Rucho v. Common Cause*. She has also litigated minority vote dilution claims under state and federal voting rights acts, racial gerrymandering claims, and cases

alleging a burden on the fundamental right to vote. In addition, Ruth has advised dozens of state advocates on drafting and implementing independent redistricting commissions, state voting rights acts, and adopting ranked choice voting.

Diva Jain is co-editor in chief of the RJSP, and is currently a second-year Master's student in Economic Law at Sciences Po Paris.

Michael J. Klarman is a graduate of Stanford Law School and focuses on constitutional law and legal history. After clerking for Justice Ruth Bader Ginsburg, he served as Professor of Law at the University of Virginia before joining the Harvard Law faculty in 2008. He has written extensively on racial equality and civil rights, the American Constitution, and American democracy. Award-winning scholar and teacher, Professor Klarman belongs to the American Academy of Arts and Sciences. He is currently working on a book about race and sports in American history.

Claire Lavarde is a lawyer, counsel in the Litigation and investigations team of Bryan Cave Leighton Paisner (BCLP) in Paris. She advises financial institutions, major corporations and individuals on domestic and international criminal fraud and contentious regulatory matters.

Jean-David Levitte est un diplomate français, ambassadeur de France digne depuis 2006, membre de l'Académie des Sciences Morales et Politiques et président du Conseil de la Fondation du Geneva Council for Security Policy. De 2003 à 2007, il a été Ambassadeur à Washington pendant la difficile période de la guerre en Irak. De 2000 à 2002, il a été Ambassadeur à l'ONU à New York, président le Conseil de Sécurité lors des attaques du 11 septembre 2001 et négociant le retour des inspecteurs en Irak en 2002. Il a également été pendant seize ans à l'Élysée le conseiller en politique étrangère de trois Présidents de la République (Valéry Giscard d'Estaing, Jacques Chirac et Nicolas Sarkozy). Né à Moissac en 1946, Jean-David Levitte est titulaire d'une licence en droit, diplômé de Sciences Po Paris et diplômé de l'Institut national des langues et civilisations orientales en chinois et indonésien.

Lou McPhail, a native of Oxford, Mississippi earned his engineering degree from Ole Miss and was commissioned in the US Navy in 1986. He completed an MBA at Webster University in St. Louis, Missouri and received his Juris Doctorate degree from the University of North Dakota Law School. Mr. McPhail practiced as a litigator and trial attorney for many years and founded the McPhail Law Firm in Bismarck, North Dakota. In 2005, Lou began teaching business law at Northwest College in Powell, Wyoming, where he became a tenured professor and department chair. Currently, Mr. McPhail serves as an Instructional Assistant Professor at the University of Mississippi, specializing in Business Law and has been involved in several successful business ventures, including his family's oil and gas company in North Dakota and Wyoming.

Marie Mercat-Bruns is a Full University Professor at the Conservatoire National des Arts et Métiers where she copilots the Gender Program (LISE, CNRS). She is also an Affiliated Professor at Sciences Po Law School, member of the Gender program Presage and is the scientific coordinator of the Access to Justice Clinical program. She was appointed in 2019 the French expert on gender equality for the EU Commission. Her new book is entitled *Antidiscrimination Law: from equality to inclusion* (Société Législation Comparée, Jan. 2024, forthcoming in English June 2025)

Alan J. Morrison is an Adjunct Lecturer in the Biological Sciences Department at Columbia University where he teaches graduate courses in biotechnology law and ethics in biopharmaceutical patent and regulatory law. He is the author of the textbook *Biotechnology Law: A Primer for Scientists* (Columbia University Press 2020) and has lectured internationally. Alan also founded the Law Offices of Alan J. Morrison in New York City. He has undergraduate and graduate degrees in biochemistry and his law practice focuses on biotech and pharmaceutical patent law. He represents startups, larger companies, and early-stage investors in the therapeutics and molecular diagnostics space.

Olivier Richomme est professeur d'histoire politique des États-Unis à l'Université Lumière Lyon 2 et membre de l'UMR 5206 - Triangle. Il est spécialiste des statistiques ethno-raciales et des politiques de promotion des minorités aux États-Unis et ses recherches portent sur le droit de vote et, en particulier, sur le redécoupage des circonscriptions électorales. Il a récemment publié l'ouvrage *Race and Partisanship in California Redistricting: From the 1965 Voting Rights Act to the Present* (Rowan and Littlefield, 2019).

LES AUTEURS

Martha Rosental est co-rédactrice en chef de la RJSP, actuellement étudiante en deuxième année de *Master Droit Économique* à Sciences Po Paris.

Nicholas Stephanopoulos's research and teaching interests include election law, constitutional law, administrative law, legislation, and comparative law. His work is particularly focused on the intersection of democratic theory, empirical political science, and the American electoral system. He is the author of *Aligning Election Law* (2024) and a coauthor of *Election Law: Cases and Materials* (7th ed. 2022). His academic articles have appeared in, among others, the *Harvard Law Review* and *Yale Law Journal*. He has also written for popular publications including the *New York Times* and *Washington Post*. He has been involved in several litigation efforts as well, including two partisan gerrymandering cases based on his scholarship and decided by the Supreme Court. He continues to work on litigation and advocacy as the Director of Strategy of Harvard Law School's Election Law Clinic.

Samuel A. Stone holds a Juris Doctor degree, with High Honors, from The George Washington University Law School and a Bachelor of Arts in International Studies, Political Science, and History, *summa cum laude*, from Baldwin Wallace University. He studied international criminal law at the University of Oxford and European politics in Geneva, Switzerland. He's been a member of the Maryland Bar since 2014. Sam clerked for judges of the Superior Court of the District of Columbia and worked for the global law firm Cleary, Gottlieb in Washington, D.C., and Rome. He interned with U.S. Senator Sherrod Brown of Ohio, the United States Attorney's Office for D.C., and an Associate Judge of the United States District Court for D.C. Since 2017, he consults for clients including the International Committee of the Red Cross (ICRC). He focuses on international humanitarian law (IHL) and Mexico-U.S. relations, appearing regularly on television and radio. Since 2019, he's been a professor at the Universidad de

las Américas Puebla (UDLAP), teaching both law and international relations. He also served as Graduate Programs Coordinator in the Department of Law. In 2024, Sam was an instructor for the annual IHL course taught by Ecuador, and served as a judge at the Concurs Jean Pictet and the *Concurso Iberoamericano de DIH*. He was awarded the UDLAP's 2022 Medal for Commitment to Education (Social Sciences), an honor given to one professor per school each year.

Cass R. Sunstein is widely regarded as one of the most distinguished legal scholars of his generation, celebrated for his contributions to constitutional law, administrative law, and behavioral economics. He has authored over 50 books and among his most influential works is *Nudge* (2008), co-authored with Nobel laureate Richard Thaler. A graduate of Harvard University, he began his career as a clerk for Justice Benjamin Kaplan of the Massachusetts Supreme Judicial Court before joining the faculty at the University of Chicago, where he established himself as a leading voice in legal academia. In 2008, Professor Sunstein was appointed the Felix Frankfurter Professor of Law at Harvard Law School, a position he later elevated to the rank of Robert Walmsley University Professor, the highest academic honor at Harvard. His public service includes a notable tenure as Administrator of the White House Office of Information and Regulatory Affairs from 2009 to 2012 under President Barack Obama.

Camille Toulorge is a Master's student in Economic Law at Sciences Po Paris, and a trainee in the Litigation and investigations team of BCLP in Paris.

Elodie Valette is a lawyer, partner in the Litigation and investigations team of BCLP in Paris. She assists major French and foreign corporations, from all industry sectors, including banking finance and technology, in relation to complex and serial litigation. She also assists multinationals across industries in navigating all dimensions of ESG issues.

Perspectives



Perspectives



3 Dans l'office du juge : Conversations avec Justice Stephen Breyer



Maksens DJABALI,

Étudiant en Master de Droit & Finance à Sciences Po Paris réalisant un échange universitaire à l'École de droit de Harvard. Membre du Comité de rédaction de la RJSP



Stephen BREYER,

Juge assesseur de la Cour suprême des États-Unis entre 1994 et 2022

Cet article propose une plongée dans l'esprit et le parcours de Justice Stephen Breyer, dont la carrière à la Cour suprême (1994-2022) a marqué l'histoire du droit constitutionnel américain. À travers des conversations inédites, nous explorerons la vision singulière d'un juge engagé dans une lecture pragmatique de la Constitution, notamment face aux défis d'une démocratie en constante évolution. Ce compte-rendu de nos échanges met en lumière ses réflexions sur le rôle du juge dans la société américaine contemporaine, la complexité du monde juridique, et la mise en perspective du système politique américain, au prisme des idéaux des Pères fondateurs de la Constitution. Justice Breyer nous offre un regard privilégié sur les tensions liées à l'interprétation de la Constitution et sur la réalisation de l'« expérience » américaine. Il nous lègue par là un riche héritage intellectuel, invitant étudiants d'aujourd'hui et générations de demain à discipliner les passions par la raison et à œuvrer pour l'harmonie dans nos sociétés.

'You cannot control or do anything to be selected. But you have to be on the corner when the bus comes by'
Justice Tom C. Clark (1899-1977)

1 - Tout commence par une conférence. Justice Stephen Breyer, juge à la Cour suprême entre 1994 et 2022, se consacre désormais pleinement à l'enseignement à l'École de droit de Harvard, en sa qualité de *Byrne Professor of Administrative Law and Process*. L'endroit même où il avait débuté sa carrière académique cinquante-cinq ans plus tôt, en 1967, trois ans après avoir obtenu son LL.B. Ce jour-là, il présente son nouveau livre, *Reading the Constitution : Why I Chose Pragmatism, not Textualism*¹. Ce livre, également paru en français, il en préfère le titre dans la langue de Molière : *Interpréter la Constitution américaine : La lettre ou l'esprit*². Dès le début de la conférence, Justice Breyer mentionne le conseil que lui avait donné David Bazelon, *Senior Judge* à la *US Court of Appeals for the District of Columbia* où il servait en 1980 : « Cela prend un long moment de devenir juge, tu seras là un long moment. Ce que je peux te dire est de te trouver un intérêt, une passion, pourvu que ça n'ait absolument rien à voir avec le droit »³. Conseil pris, ce serait l'apprentissage du français, auquel le juge le plus francophile de la Cour suprême se consacrerait tout au long de sa carrière, à commencer par une école d'été dans le sud de la France. Ainsi, une semaine avant la conférence, Justice Breyer s'était-il rendu en France pour promouvoir son ouvrage, et le plateau de la radio France Culture le recevait pour discuter de sa vision de l'interprétation de la Constitution avec le public francophone. « Apprenez une langue étrangère » poursuit-il durant la conférence. Tandis que la conférence se termine dans un tonnerre

d'applaudissements, je décide de saisir ma chance, et initie alors la première de nos conversations en français.

1. Aux origines, la volonté de participer au gouvernement

2 - « Je suis membre d'une certaine génération, celle de personnes nées pendant, juste avant ou juste après la guerre. Pour nous, les idéaux étaient écrits par des personnes comme Adenauer, Marshall, de Gaulle, et ce sont des idéaux, des systèmes de gouvernement qui ne sont pas parfaits, mais qui représentent un certain effort. Cet effort inclut la démocratie, les droits de l'Homme, l'égalité civile, l'état de droit, le libre-échange et l'intégration régionale pour promouvoir la paix ».

Né en Californie, Justice Breyer a étudié dans le système scolaire de San Francisco jusqu'à ses dix-sept ans. Son père, Irving Breyer, a travaillé pendant près de quarante ans pour le système scolaire de San Francisco (*San Francisco Unified School District*), de 1933 à 1973. Justice Breyer m'explique que c'est de son père, dont il garde précieusement la montre, qu'il a hérité ses valeurs. À son tour, il a souhaité s'engager pour le service public et participer au gouvernement de son pays. Il a également été très influencé par le fait d'avoir grandi dans une société multiculturelle aussi diverse que San Francisco, aux côtés de nombreux Italiens, Français et Anglais.

Après un Bachelor de philosophie à l'université de Stanford, il part pour deux ans à Oxford, en Angleterre, grâce à une bourse lui permettant d'étudier en PPE – Philosophie, Politique et Économie. A son retour, s'installant sur la côte Est, il commence alors son LL.B. de droit à la *Harvard Law School*, avant de devenir Professeur à la faculté de droit et, plus tard, à la *Harvard Kennedy School* (école d'administration publique). Après de nombreux emplois dans le service public, notamment celui d'assistant au procureur en charge du dossier du Watergate en 1973 et celui de conseiller spécial au Comité judiciaire du Sénat auprès du sénateur Ted Kennedy, il est nommé à la *United States Court of Appeals for the First Circuit* en

1. S. Breyer, *Reading the Constitution : Why I Chose Pragmatism, not Textualism* (Simon & Schuster 2024).

2. S. Breyer, *Interpréter la Constitution américaine : La lettre ou l'esprit* (Odile Jacob 2024).

3. Traduction libre. Mots de Justice Breyer : '[Bazelon told me] « This takes a long time, being a judge, You're going to be here a long time. And... the main thing I can tell you is : Get an interest, get a hobby, and let it have as little to do with law as possible ». And so, what I did – which is a little nutty, I agree – but I spent quite a lot of time learning French'. In J. Neal, 'Get a Hobby' (*Harvard Law Today*, 2024) <<https://hls.harvard.edu/today/supreme-court-justice-breyer/>> consulté le 10 décembre 2024.

1980, où il atteint le poste de *chief judge* dès 1990. En 1994, il fait son entrée à la Cour suprême.

2. Dans les rouages de la sélection présidentielle des Juges suprêmes

3 - Quand je demande à Justice Breyer ce qui l'a mené à la Cour suprême, sa réponse est claire : « beaucoup de chance ». Il poursuit avec modestie :

« Plus on monte dans le système judiciaire, plus il y a de juges qui sont qualifiés. Les juges à la Cour suprême sont d'abord nommés par le président, puis ils doivent être confirmés par le Sénat. La question qui se pose alors à lui est de savoir qui nommer ».

Justice Breyer insiste sur le fait que c'est le président qui a une coloration politique, non le juge. Mais alors, comment le président décide-t-il ? « Il a des conseillers, mais pour être honnête, je n'en ai aucune idée. J'ai simplement eu de la chance ».

Il y a plus de trente ans, suivant leur nomination, le *New York Times* dépeignait Justice Ruth Bader Ginsburg en 1993 et Justice Breyer en 1994 comme « deux juges hautement respectés dont les vues politiques sont assez libérales, mais qui rejettent la théorie libérale constitutionnelle incarnée par Justice Earl Warren et selon laquelle les tribunaux doivent agir comme moteurs du changement social ». Et d'ajouter : « *Consensus, rather than confrontation, [was] the order of the day* »⁴.

Justice Breyer se remémore alors les mots de Tom C. Clark, juge à la Cour suprême entre 1949 et 1967 sous les *Courts* Vinson et Warren. « *You cannot control or do anything to be selected. But one sure is certain : you have to be on the corner when the bus comes by* ».

En plus de 40 ans en tant que juge, Justice Breyer a traité plusieurs dizaines de milliers d'affaires. Aujourd'hui retiré de la Cour suprême, nous allons parcourir ensemble ses réflexions sur l'interprétation de la Constitution, mais aussi sur le rôle du juge ou encore sur les fondements de la démocratie américaine.

3. Pour une interprétation pragmatique de la Constitution

4 - Sur le bureau du juge, un article du journal *Le Monde*. « « Interpréter la Constitution américaine », de Stephen Breyer : le champ de bataille suprême », par Florent Georgesco⁵. Peut-être la meilleure présentation que Justice Breyer a lue de son ouvrage récemment paru : « Je crois que c'est un papier intéressant. Il a bien dit que j'étais contre le système d'aujourd'hui à la Cour suprême, mais que je suis poli et que je ne critique pas de manière injurieuse. Je crois que la critique qui a le plus de force est une critique qui est polie », me confie Justice Breyer. L'article en question célèbre un « puissant essai de l'ancien juge de la Cour suprême [qui] touche au cœur de ce qui se joue avec l'élection présidentielle ».

Florent Georgesco écrit :

« Il est pourtant difficile de lire cette somme magistrale, où Breyer concentre l'héritage qu'il entend laisser à la pensée juridique américaine, sans imaginer le pamphlet incendiaire qui traîne peut-être dans sa corbeille. »

Cette *somme magistrale* s'articule autour de la figure fondatrice du *Chief Justice* Marshall, mais se base également sur de nombreux

précédents et « tout un système de droits différents : *stare decisis*, la consultation entre avocats et clients, *accountability*, les mots, les idées ». Justice Breyer m'explique que la tradition du pragmatisme est une tradition véritablement américaine, menée par des figures de proue comme Charles Sanders Peirce, William James, Willard Van Orman Quine, tous anciens professeurs à Harvard. Quine s'était demandé : *qu'est-ce que la vérité ?*, et avait répondu par une analogie avec une toile. Justice Breyer reprend :

« Il y a tout un système dans la toile, toute une logique et un ensemble de choses dont hommes et femmes avons besoin pour vivre. On pourrait tout changer. Mais ce faisant, on découvrirait à la fin qu'on n'a plus de moyen de vivre dans le monde. On ne peut pas trop changer ici sans prendre en compte ce qu'ils vont faire par-là. C'est ça, le pragmatisme ».

L'idée est qu'une interprétation judiciaire pragmatique requiert de prendre en considération les effets qu'une décision aura dans la société dans laquelle elle est rendue – ce qui suit l'idée développée par Justice Marshall en 1819 dans sa décision *McCulloch v. Maryland* qu'une Constitution est « destinée à durer pendant des siècles et, par conséquent, à s'adapter aux diverses crises qui viendront frapper les affaires humaines »⁶. Un jugement fondé sur une analyse pragmatique (*purpose-oriented judging*) donne donc de l'importance au but recherché par les rédacteurs du document juridique. Rappelés par Justice Breyer, les mots de Paul Freund, Professeur à Harvard dans les années 1930, rendent bien compte de cette idée : une Cour « ne devrait jamais être influencée par la météo du jour, mais sera inévitablement influencée par le climat d'une époque »⁷.

4. L'originalisme n'est pas conforme à la tradition

5 - Au contraire, l'originalisme est une méthode d'interprétation donnant la primauté à la lettre du texte, et dérivant le sens du document de la manière dont celui-ci était envisagé par ceux qui l'ont rédigé. Défendue pendant de longues années par Justice Scalia, collègue conservateur de Justice Breyer à la Cour suprême, cette méthode d'interprétation est devenue la technique favorite d'interprétation de la Cour actuelle menée par *Chief Justice* Roberts. Justice Breyer le montre à l'appui de l'analyse des décisions *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen* (2022)⁸ garantissant le droit des citoyens américains à porter des armes en dehors de chez eux en vertu du *Second Amendement*, ou *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)⁹ mettant fin à la protection fédérale du droit à l'avortement aux États-Unis qui était assurée jusque-là par le précédent *Roe v. Wade* (1973)¹⁰ – deux décisions dans lesquelles Justice Breyer s'était opposé à l'opinion majoritaire des six juges conservateurs.

Justice Breyer explique dans son ouvrage : « J'ai réalisé que le monde du droit est trop complexe, trop différent du monde présumé par les textualistes, pour croire que les vertus théoriques qu'ils soutiennent peuvent justifier une approche textualiste »¹¹. Évoquant les propos de Portalis, qui expliquait dans son *Discours préliminaire du premier projet de code civil* que « quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir ».

6. Traduction libre. 'A Constitution [is] intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs'. In *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

7. Traduction par Justice Breyer. '[T]he late Harvard Law Professor Paul Freund '31 S.J.D. '32 [...] asserted that the Court « should never be influenced by the weather of the day but inevitably... will be influenced by the climate of the era. » In 'Stephen Breyer for the Defense' (2024) Harvard Law Bulletin.

8. *New York State Rifle & Pistol Association Inc. v. Bruen*, 597 U.S. (2022).

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

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

11. Traduction libre. 'I have found the legal world too complex, too different from the world the textualist assumes, to believe that the theoretical virtues the textualists mention can justify the textualist approach.' Breyer, *op.cit.*, n. 1.

4. 'Both Justice Ginsburg and Judge Breyer are highly respected judges who, while their own political leanings are quite liberal, nonetheless reject the classic liberal constitutional view, as exemplified by the Supreme Court under Chief Justice Earl Warren, that the courts should function as engines of social change.' In L. Greenhouse, 'The Nation : Why Breyer's Hearing Was Meant to Be Dull' (1994) *New York Times* 4.

5. F. Georgesco, '« Interpréter la Constitution américaine », de Stephen Breyer : le champ de bataille suprême' (*Le Monde*, 2024) <<https://www.lemonde.fr/livres/article/2024/11/02/interpreter-la-constitution-americaine-de-stephen-breyer/>> consulté le 2 novembre 2024, ss.

dir les dispositions »¹², et ajoutait qu'on « ne plaide jamais contre un texte précis de loi »¹³, Justice Breyer soutient qu'un texte n'est en réalité jamais « clair ». Il montre que la croyance des tenants de l'originalisme en une *seule et unique réponse* aux problèmes d'interprétation à trouver dans le passé relève davantage d'une chimère que d'un projet réaliste. C'est ainsi cette représentation du monde comme une toile, avec sa logique propre et sa complexité irréductible, que défend ici Justice Breyer.

« Sur la violence que recèle ce rêve d'une vérité fixée une fois pour toutes, comme si le présent ne pouvait offrir qu'une version dégradée de l'humanité, et sa connexion avec celle qui menace d'embraser le pays, Stephen Breyer n'a pas besoin de sortir de ses gonds », écrit Florent Georgesco. « Par sa minutie, son calme, son refus de traiter l'adversaire en ennemi, il apparaît à chaque page « *digne d'un juge* » »¹⁴.

5. La dignité du juge, entre doute et retenue

6 - Alors que je le rejoins dans son bureau quelques semaines avant le jour de l'élection, Justice Breyer me présente un article qu'il était en train de lire. Rédigé par un membre de la faculté de droit, l'article interroge la conduite par le procureur John Smith de deux investigations concernant Donald Trump pour résistance électorale et détournement de documents classifiés. *Professor Goldsmith* y soutient que l'enquête doit être conduite de manière juste et apolitique, en cohérence avec la règle non-écrite des 60 jours selon laquelle le *Département of Justice* reporte les mesures d'investigation ou des révélations pouvant interférer avec une élection¹⁵. Justice Breyer y voit là un sujet intéressant, dans lequel je pourrais faire un parallèle avec l'enquête des emplois fictifs (*Penelopegate*) lancée contre François Fillon pendant la campagne présidentielle de 2017 :

Maksens Djabali (MD) : C'est extrêmement intéressant. Quel est votre avis, à vous, sur ce sujet ?

Justice Breyer (JB) : Moi, je ne sais pas, car je suis un juge, et un juge hésite à formuler une appréciation dans une affaire dans laquelle il n'a pas présidé.

MD : C'est-à-dire que, quand vous entendez une affaire, vous ne prenez pas parti ?

JB : J'hésite au sujet de ce que je dis.

MD : Pour quelle raison ?

JB : Car je ne veux pas rentrer dans l'affaire électorale. Je ne suis pas politicien.

MD : Ce sont des règles d'éthique, en tant que juge ?

JB : C'est ma déontologie.

MD : Est-ce que vous avez dû vous engager formellement lorsque vous êtes devenu juge ?

JB : Non, non. Mais en tant que juge on essaie de suivre certaines règles et cette règle de déontologie est une règle à laquelle je m'astreins. En principe, [jusqu'en novembre 2023, date à laquelle les Juges de la Cour suprême ont publié un communiqué commun définissant leur Code de conduite¹⁶] les juges à la Cour suprême ne sont pas assujettis aux sept volumes du *Code of Judicial Conduct*, auxquels doivent se soumettre tous les autres juges fédéraux. Mais moi j'ai toujours considéré que le juge à la Cour suprême était aussi soumis à ces règles ».

Justice Breyer m'explique alors qu'il existe tout un éventail de situations intéressantes à l'occasion desquelles les juges de la Cour

suprême doivent se récuser, comme lors d'affaires concernant leurs proches. Par exemple, s'il venait à entendre une affaire venant de son frère – juge à la *United States District Court for the Northern District of California* – il devrait se récuser. Mais la récusation complexifie la situation selon Stephen Breyer : « Dans un tribunal inférieur, si on retire un juge, il est facilement remplacé. Mais à la Cour suprême, cela est différent : si on se refuse dans une affaire, cela ne laisse plus que huit personnes au lieu de neuf, ce qui pourrait avoir un impact sur le résultat ». La dignité du juge réside donc, aussi, dans ce moment d'indétermination, dans lequel le juge, obligé de décider, doit « considérer avec force et courage les deux possibilités » : participer ou se récuser. Une chose reste sûre pour Justice Breyer : les affaires du monde politique ne sont pas une préoccupation. Ce qui importe peut-être davantage est de revenir sur les fondements du système juridique américain.

6. Voyage aux racines du système politique américain : les Pères fondateurs à la poursuite du bonheur

7 - Inspirés par les auteurs classiques, de Sénèque à Aristote, les Pères fondateurs de la Constitution américaine défendaient un idéal : la poursuite du bonheur, incarnée dans la vie et la liberté. Justice Breyer me recommande l'ouvrage *The Pursuit of Happiness : How Classical Writers on Virtue Inspired the Lives of the Founders and Defined America* de Jeffrey Rosen¹⁷. Dans sa quête de « perfection morale », Benjamin Franklin avait revisité les classiques latins et grecs et dressé une liste de douze valeurs à poursuivre chaque jour, parmi lesquelles tempérance, justice, sincérité et modération. Le bonheur dans ce monde, défendait Franklin, dépend de la poursuite de la vertu¹⁸ – *being good rather than feeling good*, comme l'explique Rosen¹⁹. C'est véritablement la quête d'une vie, requérant discipline de soi et pratique quotidienne, dans laquelle se lancent Benjamin Franklin, mais aussi John Adams, Thomas Jefferson, George Washington ou encore Alexander Hamilton.

Mais alors, quel est le lien entre la quête personnelle d'une vie vertueuse et la mise en place d'un système de gouvernement aux États-Unis ?

À l'instar des autres Pères fondateurs, Thomas Madison s'inspire d'un système personnel de gouvernement de soi pour le transposer à un système de gouvernement politique pour les États-Unis. Comme me l'explique Justice Breyer, l'objectif est de « créer un pays avec un système de gouvernement qui est le même système que celui que les individus doivent s'appliquer à eux-mêmes pour poursuivre une vie heureuse. C'est un système d'application de la raison aux émotions du pays ». Jeffrey Rosen montre que construire une république saine commence par porter un regard critique sur nos travers et prendre l'engagement de devenir de meilleurs citoyens au fil du temps²⁰.

Madison défend que, privé de raison, le gouvernement des citoyens risque de dégénérer en *factions*, c'est-à-dire des groupes motivés par les émotions menaçant la poursuite du bien commun. Mais ces factions peuvent être disciplinées ; les fondateurs insistent sur le fait que la clé réside dans la délibération publique, la modération et l'équilibre. Se référant à la célèbre analogie de Cicéron entre euphonie musicale et concorde dans l'État, John Adams

12. J.E.M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet du code civil* (1801) (éditions Confluence 2004) 22.

13. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Titre préliminaire, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 21. Fenet, *op. cit.*, Corps législatif, discours prononcé par le conseiller d'État Portalis (23 frimaire an X) 259.

14. Georgesco, *op. cit.*

15. J. Goldsmith, 'Jack Smith Owes Us an Explanation' (2024) *New York Times* A25.

16. Supreme Court of the United States, 'Statement of the Court Regarding the Code of Conduct' (2023) <https://www.supremecourt.gov/about/Code-of-Conduct-for-Justices_November_13_2023.pdf> consulté le 9 décembre 2024.

17. J. Rosen, *The Pursuit of Happiness : How Classical Writers on Virtue Inspired the Lives of the Founders and Defined America* (Simon & Schuster 2024).

18. B. Franklin, 'Articles of Belief and Acts of Religion' (*Founders Online, National Archives*, November 20, 1728) <<https://founders.archives.gov/documents/Franklin/01-01-02-0032>> consulté le 9 décembre 2024 [Original source : *The Papers of Benjamin Franklin*, vol. 1, January 6, 1706 through December 31, 1734 (Leonard W. Labaree. New Haven : Yale University Press 1959) 101, 109.]

19. Rosen, *op. cit.*, 12.

20. Rosen, *ibid.*, 18.

soutient que la constitution d'un État bien tempéré est comparable à l'harmonie d'un orchestre bien dirigé²¹. De ces réalisations découle la Déclaration d'indépendance, l'idéal américain voulu par Jefferson. Justice Breyer me récite alors, de tête :

« *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness – That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed* »²².

Justice Breyer poursuit : « Voilà ce qu'est la démocratie. Tout est dit dans ce document ».

7. La démocratie américaine, une expérience ?

8 - Nous l'avons vu, le risque de faction était pressenti par Jefferson. Mais entre les idéaux et les écrits des Pères fondateurs se trouvent déjà des incohérences. Justice Breyer ajoute : « Bien sûr, rien de la Déclaration d'indépendance [sur l'égalité entre les Hommes] ne se retrouve dans la Constitution, à cause de l'esclavage ». Jeffrey Rosen ne manque d'ailleurs pas de relever le décalage entre les idéaux moraux proclamés par les fondateurs et l'attitude esclavagiste profondément antihumaniste de certains d'entre eux – Jefferson, parfaitement conscient de son hypocrisie, reconnaissait que c'était par une lâche avidité qu'il continuait à détenir des esclaves, mais appelait à leur libération dans le futur²³.

Cette même Constitution, plusieurs leaders américains l'ont présentée à travers l'histoire comme une « expérience » (*an experiment*). En 1787, à la question d'une citoyenne lui demandant ce qu'il cherchait à réaliser en rédigeant la Constitution, Benjamin Franklin répond : « *A republic, if you can keep it* »²⁴. En écrivant son ouvrage, Justice Breyer a également retrouvé une lettre de George Washington, dans laquelle celui-ci écrit : « L'établissement de notre nouveau Gouvernement semble être la dernière grande expérience, pour promouvoir le bonheur »²⁵. Finalement, par deux fois, Abraham Lincoln souligna le côté expérimental de la démocratie américaine. Dans son discours au Congrès du 4 juillet 1861, le président élu s'exprimait ainsi : « Notre gouvernement populaire a souvent été présenté comme une expérience. Deux points se sont déjà enracinés dans l'esprit de notre peuple : son établissement réussi, et sa bonne administration. Un dernier reste à accomplir : sa résilience face à une tentative interne redoutable

de le renverser »²⁶. Lincoln prononcera également ces mots durant son discours de Gettysburg (*Gettysburg Address*) du 19 novembre 1863, que Justice Breyer me récite :

« *Four score and seven years ago our fathers brought forth, upon this continent, a new nation, conceived in Liberty, and dedicated to the proposition that all men are created equal. Now we are engaged in a great civil war, testing whether that nation, or any nation so conceived and so dedicated, can long endure* ».

« Voilà ce que c'est. Une expérience. Peut-elle fonctionner ? Nous ne l'avons pas encore déterminé ». Quels sont les défis qu'identifie Justice Breyer ?

8. Les États-Unis de l'harmonie : un défi pour nous, générations de demain

9 - Au fil des siècles, les États-Unis n'ont eu de cesse de s'étendre. Depuis les treize colonies fondatrices, la conquête de l'Ouest, l'achat de la Louisiane à la France et de l'Alaska à la Russie ont porté le nombre d'États à cinquante. La géographie et l'étendue territoriale est donc un premier risque signalé par Justice Breyer.

Un second défi corrélatif : le temps. « Il faut du temps, beaucoup de temps pour transmettre une idée du Maine jusqu'en Géorgie. Et il faut du temps pour communiquer du changement dans un aussi grand pays. Cela produit un besoin, ce que Monsieur Sarkozy a dit à Madame Royal : du calme. Il faut être calme, Madame, quand on est Président' », rappelle Stephen Breyer.

Enfin, le dernier défi est la complexité. « Le système de gouvernement est complexe. Avec un système de gouvernement de complexité, cela crée la possibilité de désinhiber les émotions ».

Pourtant, souligne Justice Breyer, « aujourd'hui la géographie ne veut rien dire : il y a des avions, des *jet planes*, des réseaux sociaux qui transmettent une idée en un instant. Nous sommes face à un système de complexité différent. Le grand problème qui est le nôtre est donc le suivant : comment pouvons-nous continuer à avoir un système de 330 millions de personnes, toutes différentes, mais vivant dans une certaine harmonie. Ensemble. Avec une raison qui discipline les émotions. Peut-on le faire, sans géographie, sans temps, et avec une espèce de complexité différente ? Vous pourriez écrire un article ou un livre expliquant comment ».

*

Au bout du compte, c'est en nous que réside le pouvoir de changer les choses pour rendre demain meilleur. Il nous appartient de lire, réfléchir, et de saisir notre plume. Tel est ce que veut me transmettre Justice Breyer. Lorsque je lui demande « est-ce que vous avez obtenu des réponses ou des solutions à ces questions au cours de votre carrière ? », sa réponse est nuancée, à la mesure d'un juge. Plus haut, je reprenais ses mots, où il me disait avoir grandi bercé par les idéaux des *leaders* européens et américains d'après-guerre : « Depuis tout a changé. Que faire maintenant ? Bien sûr, je peux écrire sur ma vie, sur mes efforts, et les diverses causes que j'ai eu à cœur de défendre au cours de ma carrière. Mais au bout du compte, je dois dire aux jeunes : maintenant c'est à vous ». La boucle est bouclée. Ainsi se réalise un passage de témoin, entre Justice Breyer et nous, étudiants juristes, avocats ou décideurs de demain, pour problématiser, réfléchir et résoudre les grands défis de notre temps. Créer de l'harmonie. Réaliser le rêve de la poursuite du bonheur, qui est inscrit tant dans la Déclaration d'indépendance américaine que dans notre Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, comme un pont s'étendant à travers

21. Traduction libre des mots de Rosen (*ibid.*), 'Citing Cicero's famous analogy between « harmony in song » and « concord in the State, » John Adams, too, compared the harmony of a well-tempered state constitution to the harmony of a well-tempered orchestra'. Cité dans J. Adams, 'A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America' in Charles Francis Adams (eds) *The Works of John Adams* (4th edn., Charles C. Little and James Brown 1856) 295.

22. National Archives 'Declaration of Independence : A Transcription' <<https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>> consulté le 9 décembre 2024.

23. Rosen, *op. cit.*

24. T. Coens, 'Why Franklin, Washington and Lincoln considered American democracy an « experiment » – and were unsure if it would survive' (*The Conversation*, 2023) <<https://theconversation.com/why-franklin-washington-and-lincoln-considered-american-democracy-an-experiment-and-were-unsure-if-it-would-survive-213852>> consulté le 10 décembre 2024.

25. Traduction libre. 'The establishment of our new Government seemed to be the last great experiment, for promoting human happiness, by reasonable compact, in civil Society.' In 'From George Washington to Catharine Sawbridge Macaulay Graham, 9 January 1790' (*Founders Online, National Archives*) <<https://founders.archives.gov/documents/Washington/05-04-02-0363>>. Consulté le 10 décembre 2024 [Original source : *The Papers of George Washington*, Presidential Series, vol. 4, 8 September 1789-15 January 1790 (University Press of Virginia 1993) 551, 554.]

26. Traduction libre. 'Our popular Government has often been called an experiment. Two points in it our people have already settled – the successful establishing and the successful administering of it. One still remains – its successful maintenance against a formidable internal attempt to overthrow it'. In Coens, *op. cit.*

l'océan entre nos deux pays ²⁷. Il faut « lire des ouvrages, qui en

27. « Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale [...] ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme [...] afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. » Conseil constitutionnel, 'Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789' <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>> consulté le 10 décembre 2024.

amèneront d'autres, et parler à d'autres personnes », me conseille Justice Breyer.

Merci Monsieur le Juge pour nos échanges passionnants et le partage de l'expérience de votre vie, dans ma langue et la vôtre. Ce fut un immense honneur. Je vous laisse à la lecture d'Honoré de Balzac et m'en retourne à celle de Jeffrey Rosen. Le flambeau est désormais entre nos mains. À nous d'en faire bon usage. ■

4 Entretien avec Philippe Etienne, ancien Ambassadeur de France aux États-Unis



La Revue des Juristes de Sciences Po (RJSP) a eu l'honneur de s'entretenir le 29 novembre 2024 avec Philippe Etienne pour l'interroger sur son expérience en tant qu'Ambassadeur de France aux États-Unis, et pour connaître son avis sur les enjeux multilatéraux, juridiques et sociaux soulevés par l'élection présidentielle américaine 2024.

La Revue des Juristes de Sciences Po (RJSP) : En guise d'introduction à notre sujet du jour qui concerne l'élection présidentielle américaine de 2024, comment décririez-vous en deux mots la situation interne aux États-Unis actuellement ?

Philippe Etienne (PE) : Je dirais que la situation est nouvelle et « consequential », en ce qu'elle crée des préoccupations mais peut être aussi des opportunités.

1. Retours d'expérience en tant qu'ancien Ambassadeur de France aux États-Unis

RJSP : Pourriez-vous nous expliquer la façon dont votre métier évolue en fonction de l'administration avec laquelle vous dialoguez, notamment dans le cas des États-Unis ?

PE : Clairement, on constate une évolution dans la façon d'exercer le métier de diplomate en fonction de l'administration et de l'interlocuteur que l'on a en face de nous. Le plus important en tant que diplomate, je dirais que c'est de s'adapter aux interlocuteurs que l'on a en face de soi, et de s'adapter à l'administration avec laquelle on dialogue. Mais en même temps, il faut conserver le cap des objectifs de la France. Donc on a ces deux impératifs côte à côte, à la fois poursuivre les objectifs de la France et s'adapter aux interlocuteurs et à leurs politiques.

RJSP : Vous étiez Ambassadeur de France aux États-Unis lors de l'assaut du Capitole le 6 janvier 2021. Pourriez-vous nous faire part des défis à relever en tant que diplomate lorsque les résultats d'une élection à l'étranger sont contestés ou entraînent une instabilité politique ?

PE : La crise du Capitole a été très impressionnante, pas seulement sous un prisme de dialogue, d'analyses ou de gestion des relations bilatérales. Cela a été un événement extrêmement marquant, mais encore plus d'un point de vue personnel. En tant qu'ambassadeur, on est ami du pays où l'on se trouve et on a le sentiment d'être proche des Allemands, des Roumains, des Américains, des Russes... J'ai beaucoup d'amis dans les pays où j'ai été diplomate et quand un événement comme celui-là arrive, on n'est pas indifférent, on s'inquiète. Au-delà d'un questionnaire concernant les effets sur les relations diplomatiques, il y a une véritable dimension personnelle quand on exerce en tant que diplomate dans un pays.

Pour des événements comme celui du Capitole, je pense qu'il est important de rappeler que le défi est avant tout pour le pays où l'on se trouve. En tant qu'ambassadeurs, nous sommes plutôt des observateurs ; évidemment nous essayons de comprendre et d'expliquer dans notre capitale ce qui se passe, mais encore une fois le plus grand défi est pour la démocratie dans le pays considéré. Bien sûr, comme les États-Unis représentent une

démocratie très importante dans le monde, on pense aussi à ce moment-là aux conséquences que cela peut avoir dans d'autres pays, y compris le nôtre.

RJSP : Nous pouvons de nos jours observer dans de nombreux pays du monde une polarisation faisant s'affronter de manière parfois clivante des positions aux extrêmes antipodes. Comment ce climat a-t-il influencé vos interactions et votre métier en tant que diplomate à Washington ? Comment êtes-vous parvenu à faire la balance entre votre devoir de neutralité et votre mission de promotion des intérêts nationaux français ?

PE : Ce qui est important quand on parle de diplomatie, c'est de ne pas confondre ce qui se passe dans le pays et les relations avec ce pays. Par exemple, j'ai vécu la plus grande crise diplomatique avec l'administration Biden, pas avec l'administration Trump. C'était en effet sous la présidence Biden qu'il y a eu la crise des sous-marins australiens, qui était une crise particulièrement importante entre les deux pays et qui a entraîné mon rappel en consultation à Paris. Évidemment il y a aussi eu des difficultés avec l'administration Trump, mais ce n'était pas la même forme de crises, c'était davantage par exemple sur les questions de droits de douanes ou par rapport à l'Iran.

2. Les conséquences multilatérales de cette élection

RJSP : Selon vous, quelles vont être les implications de cette élection sur la situation géopolitique internationale, notamment pour les institutions multilatérales ?

PE : L'impact sur le multilatéralisme va probablement être très important. On le sait au vu de l'expérience du premier mandat : Donald Trump n'était pas intéressé par le multilatéralisme, on l'a observé quand il a retiré les États-Unis de l'Accord de Paris sur le climat par exemple. On n'a pas encore commencé le deuxième mandat de Donald Trump donc à ce stade on ne peut que supposer, mais oui, au vu du premier mandat, on peut prévoir qu'il y aura un fort impact sur les institutions multilatérales.

RJSP : En votre qualité d'ancien Représentant permanent de la France à l'Union européenne, pourriez-vous nous parler des implications de cette élection en matière de politique européenne (notamment concernant les relations transatlantiques et la défense mutuelle) ?

PE : À nouveau, au vu de l'expérience du premier mandat de Donald Trump et de ce qu'il a annoncé pour son nouveau

Ndlr : En septembre 2021, une commande de douze sous-marins devant être construits en Australie par le groupe industriel français Naval Group a été annulée par le Premier ministre australien et remplacée par une coopération militaire avec les États-Unis et le Royaume-Uni.

mandat, deux éléments sont susceptibles de beaucoup nous impacter en tant qu'Européens.

Le premier élément, c'est un effort pour réaliser un règlement politique dans la guerre en Ukraine – ce qui en soi est positif. Mais la question est de savoir comment il va définir la politique et l'action américaine. Cette guerre nous concerne au premier chef en tant qu'Européens ; cette guerre, certains ont dit qu'elle était existentielle ; en tout cas elle affecte directement notre sécurité.

Le second élément, c'est l'économie puisque, alors qu'il y a déjà un écart de compétitivité important qui s'est créé, on nous annonce maintenant des droits de douane *erga omnes* donc pas seulement mais aussi sur les Européens. On a eu des exemples sous le premier mandat Trump avec l'acier et l'aluminium, Airbus et Boeing, la taxe sur les services numériques. Tout cela a conduit, sous le premier mandat, à des décisions d'élévation des droits de douane sur les importations de certains produits européens. On a donc à la fois l'expérience du premier mandat, et des annonces spécifiques avant le deuxième mandat.

Cela fait deux domaines où l'Europe sera directement concernée. Mais elle le sera évidemment par tout le reste également. On a parlé plus tôt du multilatéralisme et du climat. Sur le plan international, l'Europe aura à voir quelles sont les politiques de la nouvelle administration et quelles seront ses positions à elle, l'Europe, par rapport à ces politiques. Il y aura sans doute un certain nombre de décisions importantes à prendre.

RJSP : L'actualité récente a mis les institutions judiciaires américaines au cœur des débats, notamment à travers l'abandon des poursuites fédérales contre Donald Trump, ou encore l'élargissement de l'immunité présidentielle par la Cour suprême. Quel rôle pensez-vous que le pouvoir judiciaire peut encore jouer aux États-Unis ? Le président américain est-il désormais intouchable ?

PE : Le pouvoir judiciaire américain continue à jouer un rôle, bien sûr ; notamment la Cour suprême mais pas seulement. Bien entendu, le pouvoir judiciaire occupe une place très importante dans la Constitution et dans le système juridique américain. Concernant l'abandon des poursuites récemment décidé par le procureur spécial sur deux affaires intéressant le président élu, je ne suis pas juriste mais ce que l'on peut constater c'est une situation de fait : Donald Trump a été élu président, et on ne peut poursuivre un président en exercice. Ça ne veut pas dire pour autant que la justice ne va plus jouer de rôle, en particulier la Cour suprême.

3. Valeurs américaines et cultures judiciaires

RJSP : Quels sont selon vous les sujets et les valeurs qui réunissent la France et les États-Unis et sur lesquels repose la relation transatlantique entre les deux pays ? Quels pourraient être au contraire les principaux malentendus ou les sujets sur lesquels une différence de perception rend le dialogue plus complexe ?

PE : La principale valeur commune entre la France et les États-Unis, c'est la démocratie. Les libertés publiques, toutes les valeurs qui permettent à une société de vivre de manière libre et démocratique. Par exemple la tolérance, la liberté d'expression... Ce qui rassemble aussi nos pays, ce sont les dangers qui pèsent sur ces mêmes valeurs ; les défis et notamment les défis que posent les nouvelles manières de s'informer, que posent les réseaux sociaux et l'intelligence artificielle par rapport à la qualité de l'information. Parce qu'il n'y a pas de démocratie et de libertés sans information de qualité pour les citoyens.

Ce qui nous différencie, c'est parfois quand on croit connaître l'autre pays mais qu'en fait on ne le connaît pas. Le meilleur exemple pour moi, d'après mon expérience, c'est la laïcité : la séparation entre l'Église et l'État. Théoriquement, aux États-Unis, on parle d'une telle séparation mais elle n'a rien à voir avec la laïcité en France. Cela donne lieu à des malentendus, et notamment à des incompréhensions aux États-Unis sur ce qu'est la France. Alors qu'en vérité, nous partageons parmi nos valeurs communes la liberté d'exercer sa religion comme on l'entend et

la liberté de penser ce que l'on veut. Aux États-Unis, on comprend parfois mal la notion de laïcité.

RJSP : Est-ce qu'il y aurait quelque chose du point de vue français que l'on ne comprendrait pas très bien par rapport aux États-Unis ?

PE : Évidemment, il suffit de voir les commentaires en France – et en Europe d'ailleurs – sur les élections américaines. L'étonnement sur le fait qu'il y a une majorité qui vote pour Donald Trump. Cela prouve qu'en Europe, on ne comprend pas très bien ce qui se passe aux États-Unis.

RJSP : Comment évaluez-vous l'influence des médias, y compris les réseaux sociaux, sur la perception des élections américaines en France ?

PE : Ce n'est pas seulement en France, c'est un phénomène général. Les réseaux sociaux isolent les groupes les uns par rapport aux autres et renforcent cet isolement. Quand on a une opinion, ce que l'on observe sur internet, ce sont d'abord les opinions de ceux qui sont d'accord avec soi. Forcément, cela a un effet important qui peut être dommageable puisque la démocratie est faite de débats entre des gens qui ne sont pas d'accord entre eux. Cela se constate en Europe comme aux États-Unis.

RJSP : Et pensez-vous que la nomination d'Elon Musk par Donald Trump au sein de son administration risque d'avoir pour conséquence d'accentuer cet isolement des groupes les uns par rapport aux autres par le biais des réseaux sociaux ?

PE : Il y a plusieurs courants aux États-Unis concernant la liberté d'expression. Elon Musk représente un courant que l'on peut appeler libertarien qui refuse toute limitation au *free speech*, ce qui est une façon dans les faits peut-être de favoriser certains courants. En Europe, nous avons un modèle différent puisque nous sommes pour la liberté d'expression accompagnée d'une modération des contenus pour empêcher les contenus terroristes, le harcèlement des jeunes sur les réseaux sociaux, les contenus incitant à la violence... Aux États-Unis, tout le monde n'est pas d'accord à ce sujet. Il y a des personnes qui sont en faveur de la modération du contenu sur les réseaux sociaux. On a vu les auditions sur Instagram au Congrès par exemple. Donc ce n'est pas que tout le monde est d'accord aux États-Unis pour laisser dire n'importe quoi. Ces débats existent des deux côtés, mais en Europe nous avons trouvé un consensus pour modérer les contenus.

RJSP : En tant que diplomate ayant travaillé avec plusieurs administrations américaines, quels épisodes vous ont le plus marqué dans votre carrière ?

PE : Quand j'étais Ambassadeur aux États-Unis, l'affaire du 6 janvier et la crise des sous-marins australiens que j'ai évoqués plus tôt ont été très marquantes. J'ai aussi connu des moments très émouvants par exemple quand j'étais à New York pour le vingtième anniversaire du 11 septembre 2001 et que la famille de l'une des victimes m'avait proposé de l'accompagner. J'ai également vécu des moments de grande émotion en décorant le chef du premier groupe de pompiers qui avait été appelé depuis la caserne à Manhattan pour éteindre le feu dans les tours. Mes souvenirs ne sont pas seulement liés à des événements tristes. Les États-Unis sont un merveilleux pays et j'y ai éprouvé de grandes joies et de grandes admirations en tant qu'ambassadeur. Par exemple, quand j'ai décoré de la légion d'honneur des vétérans de la Seconde Guerre mondiale, certains âgés de 100 ou 102 ans, qui ont risqué la mort et vu leurs amis mourir, et grâce auxquels nous sommes libres aujourd'hui... Ou encore quand j'ai installé la Statue de la Liberté dans le jardin de la résidence, la petite sœur de celle qui est à New York. C'était très beau aussi. Voilà, je pourrais citer des dizaines de moments et je pourrais vous dire la même chose de tous les endroits où j'ai été ambassadeur. On vit des moments très forts et très émouvants.

RJSP : Vous avez mentionné le fait que les États-Unis sont un pays grandiose, qui continue d'éveiller une fascination.

Ndlr : En décembre 2021, le Congrès américain a auditionné le responsable d'Instagram, Adam Mosseri, concernant des accusations de mise en danger de la santé mentale des jeunes utilisateurs par le réseau social.

Qu'est-ce qui selon vous explique cette forme d'exceptionnalisme américain, et est-ce que ce qui se passe actuellement aux États-Unis tend à remettre en question cette image dorée ?

PE : L'admiration n'est pas forcément synonyme de fermer les yeux face aux problèmes de cette société. Les tueries de masse avec une circulation totalement anarchique des armes à feu, la peine de mort qui subsiste y compris au niveau fédéral, l'assaut du Capitole... En tant qu'ambassadeur, j'ai vécu la crise de la Covid-19, le meurtre de George Floyd et les émeutes qui ont suivi. Tout cela a montré des inégalités très fortes. Donc la part d'ombre, c'est aussi ces inégalités ; l'espérance de vie qui est inférieure à celle en Europe... C'est un pays qui a sa part d'ombre

comme tous les pays, vu d'Europe en tout cas. Quand on regarde les États-Unis, il faut aussi avoir la fierté d'être Européen.

Mais c'est vrai que c'est un pays fascinant. Personnellement ce qui me paraît le plus fascinant c'est ce rêve américain. On a l'impression qu'il y a un grand dynamisme, une grande mobilité qui expliquent que des personnes soient attirées par ce pays car elles ont l'impression de pouvoir y réaliser leurs rêves. La taille du pays joue, comme le fédéralisme ou la diversité. Ce sont des choses très attirantes. D'où l'importance de l'immigration d'ailleurs, qui rend cette société multiculturelle et très dynamique. Il existe cette idée que l'on peut changer le destin de sa famille et accomplir ses projets aux États-Unis. ■

5 Democracy and the Supreme Court : Harvard Law Perspectives on the 2024 US Election

Interviews with Professors Nicholas Stephanopoulos and Michael J. Klarman



Michael J. KLARMAN,
Charles Warren Professor of
Legal History at Harvard Law
School



**Nicholas
STEPHANOPOULOS,**
Kirkland & Ellis Professor of
Law at Harvard Law School



Maksens DJABALI,
Joint Master's student in Law
and Finance at Sciences Po
Paris on exchange at
Harvard Law School

This editorial, followed by in-depth interviews with Professors Nicholas Stephanopoulos and Michael J. Klarman, explores how their scholarship intersects with the singular dynamics of the 2024 US Presidential Election. Through their perspectives on election law, constitutional interpretation, and judicial oversight, this piece addresses pivotal questions : What makes the US elections constitutionally unique ? What are the most pressing legal challenges ? Could 2024 set a precedent in electoral disputes resolution ? This dialogue seeks to unravel both the judicial and constitutional dimensions that could define this election, while outlining possible future shifts in the US electoral system.

On the eve of the 2024 American presidential election, I had the privilege of interviewing two prominent Harvard Law professors whose contributions to election and constitutional law are widely recognized : Professor Nicholas Stephanopoulos, the Kirkland & Ellis Professor of Law, and Professor Michael J. Klarman, the Charles Warren Professor of American History. Both generously shared their insights on the upcoming election during interviews conducted in October-one in person in Professor Stephanopoulos's office, and the other via Zoom with Professor Klarman. The interviews were semi-structured, guided by a predefined set of questions.

Professor Stephanopoulos specializes in American electoral law and democracy. A graduate of Yale Law School, he has held positions such as Professor of Law at the University of Chicago, Associate-in-Law at Columbia Law School, and Associate at Jenner & Block LLP in Washington, D.C., before joining the Harvard Law School faculty. He has authored or co-authored books and articles related to gerrymandering,¹ civil rights² and proportional representation and the Voting Rights Act.³ He recently published a comprehensive review of American election law, linking theoretical perspectives with empirical arguments.⁴

A graduate of Stanford Law School, **Professor Klarman** focuses on constitutional law and legal history. After clerking for Justice Ruth Bader Ginsburg, he served as Professor of Law at the University of Virginia before joining the Harvard Law faculty in 2008. He has written extensively on racial equality and civil rights,⁵ the American Constitution,⁶ and American democracy.⁷ Award-winning scholar and teacher, Professor Klarman belongs to the American Academy of Arts and Sciences. He is currently working on a book about race and sports in American history.

1. Professor Stephanopoulos

[This interview occurred before the 2024 election].

During the interview, Professor Stephanopoulos expressed some concerns about the American electoral process, particularly on what he views as a structural unfairness of the Electoral College, and on the disproportionate attention received by swing states in the race for the White House. Addressing the increasing politicization of both the country and the Supreme Court, he remarked, 'overreach is normally a complaint about the Court stepping in to strike down things it shouldn't have. [But] I wish the Court had done more stepping in in certain areas, and less in others.' He also challenged the common assumption that voting patterns are largely static. So, as far as the 2024 election is concerned, is it a pivotal moment in American history ? And what reforms could help address these challenges and improve the electoral system ?

Maksens Djabali (MD) : Could you briefly outline your professional background and areas of expertise related to constitutional or electoral law?

Nicholas Stephanopoulos (NS) : I have been interested in election law for a long time. In law school, I wrote a couple of

1. See, e.g., N. O. Stephanopoulos, E. McGhee, 'Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap' (2015) 82 University of Chicago Law Review 831 ; N. O. Stephanopoulos, 'Partisan Gerrymandering' (2023) in *Oxford Handbook of American Electoral Law* (forthcoming), Harvard Public Law Working Paper No. 23-04.
2. See, e.g., N. O. Stephanopoulos, 'Civil Rights in a Desegregating America' (2016) 83 University of Chicago Law Review 1329.

3. N. O. Stephanopoulos, 'Proportional Representation and the Voting Rights Act' (Protect Democracy and New America, August 2024) <<https://protectdemocracy.org/wp-content/uploads/2024/08/Proportional-Representation-and-the-Voting-Rights-Act.pdf>> accessed 8 January 2025.
4. N. O. Stephanopoulos, *Aligning Election Law* (Oxford University Press 2024).
5. See, e.g., M. J. Klarman, *From Jim Crow to Civil Rights : The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality* (Oxford University Press 2004).
6. See, e.g., M. J. Klarman, *The Framers' Coup : The Making of the United States Constitution* (Oxford University Press 2016).
7. See, e.g., M. J. Klarman, 'Foreword : The Degradation of American Democracy – and the Court' (2020) 134 Harvard Law Review 1 ; M. Klarman, 'The Democrats' Last Chance to Save Democracy' (*Atlantic*, 22 February 2021) <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2021/02/expanding-court-now-or-never/618063/>> accessed 8 January 2025.

papers about election law. When I was at Jenner & Block, I also worked on election law. In my academic career, I began with a focus on redistricting, but have since branched out to all kinds of other areas within election law and within public law more generally. For instance, I have written about money in politics and the Voting Rights Act. I have a book coming out soon which will offer an overarching theory of election law. It will focus on the alignment between governmental policy and people's aspirations regarding government action. And I have written about non-electoral topics like racial discrimination and accountability in the administrative state and a whole bunch of other things. This is a kind of snapshot of some of my interests.

MD : In your view, what are the key constitutional and legal aspects that make the US presidential election process unique?

NS : I think they are mostly bad. We have the Electoral College, which is a silly system. It makes it possible to have mismatches between who the people want to be president and who actually wins the election, as we saw in 2016. No other country would ever adopt a system like the Electoral College. We are stuck with it because of inertia, but it's such an irrational and problematic system.

Also, in general, I dislike presidential systems. I prefer parliamentary systems, and I don't like that the President is independent of Congress since it can lead to breakdown or paralysis when you have a president from one party and Congress controlled by a different party. So, you know, it's not going to change anytime soon, but overall, I'm not a fan of the American presidential model.

MD : But what about the accountability of the president ? The possibility exists to impeach him, right?

NS : It's basically meaningless because the threshold is so high for impeachment. There's literally zero electoral accountability for second-term presidents, and even for first-term presidents, there's only the next election. At any rate, most voters are voting for partisan reasons, so I think there is only limited accountability through elections for the president.

MD : Now, with the 2024 election, how do you interpret the developments surrounding these elections so far?

NS : I mean, it shows us the problems with the Electoral College, that all the candidates' attention is on six or seven states. I would much prefer an election where candidates just focused on where voters are and didn't prioritize half a dozen states over all the others.

Nevertheless, I think that it's going to be a calmer election than the 2020 one. 2020 was the COVID election, and election laws were changing all over the country because of COVID. That's not happening now. Also, you had Trump in office in 2020 doing all sorts of manipulative things, trying to keep himself in office. And again, we don't have that going on now because he's a private citizen for now, not the incumbent president. So, overall, I think this is a slightly more normal election than 2020.

MD : Do you think that district designs will have a significant impact on the outcome of the election in 2024 ?

NS : It will have a significant impact, as always, on legislative elections. Wherever you have districts-this is true in France and other countries too-they are the mechanism through which we convert votes into seats in single-member district systems. So, inevitably, districts are going to have an impact. In America right now, we have reasonably fair districts overall at the federal level, which is different from the situation 10 years ago. For example, there was a big Republican skew a decade ago. Although that bias is not totally gone, it's mostly gone now. So, at least at the overall federal level, I'm less worried about redistricting causing huge biases than I was in the past.

MD : What happened within the last 10 years?

NS : Basically, Republicans controlled fewer states when the lines were redrawn a couple of years ago. A decade ago, in 2010, Republicans had a huge landslide victory, and all the districts were drawn in 2011. Therefore, Republicans had a massive

advantage in drawing districts. This time around, [in 2021],⁸ many of the states that Republicans gerrymandered a decade ago either had mixed government, divided government, or a court drew the plans, or they switched to a commission drawing the plans. In many states, we got relatively fair maps this cycle, instead of very pro-Republican maps, which is what we got in the previous cycle.

MD : Professor Klarman's last lunch talk mentioned this election as a pivotal moment. Do you think this election will have lasting legal and constitutional implications? Do you believe it can set a significant precedent for future elections ?

NS : I think we tend to overstate how important each election is. It's hard to predict what's going to happen with the Supreme Court, but save for something unexpected, I don't think it's an extra pivotal election. The pivotal elections already happened-Trump got to replace Scalia when Scalia died, he also got to replace Ginsburg when she died. Those were the decisive moments. Now, even if there's some unexpected vacancy, at most it would move the court to 5-4. It wouldn't flip the court. So, I expect we'll continue to have a highly conservative, aggressive court going forward. It's always possible that this could change-people have strokes, people die-you never know what's going to happen. But unless something unexpected happens, the conservative nature of the court will stick.

A lot of the big things with this conservative court have already happened : making it very difficult to regulate guns, ending the right to an abortion, ending affirmative action. That's all already happened. So, there might be more bad things to happen in the future, but the majority of the things we were worried about with the conservative court have already taken place.

MD : What role do you think the judiciary will play in shaping the outcome of the 2024 election, particularly regarding potential disputes over election laws or results ?

NS : Likely zero, as long as the results don't come down to a handful of contested votes. In a typical election, the courts are not involved in determining who wins.

Because some swing states are so close, there's always the possibility of a small number of disputed ballots making all the difference. And in those cases, what the courts say could be decisive. I hope we don't get to that point because I think it's bad for the country. And with the courts being very politicized right now, I don't trust the courts. So, I hope the election is not close enough that litigation will matter.

MD : Did you see the role of the Supreme Court evolve since the Voting Rights Act and recent rulings on gerrymandering ?

NS : A long time ago, in the Warren Court and to some degree in the '70s and '80s, we had a pro-voting, pro-democracy court that would step in to promote voting. That court would strike down undemocratic state laws and would uphold laws that were beneficial to various democratic values. The court now, I think, is much more hostile. The current court never upholds voting rights, never strikes down voting restrictions, or gerrymanders, and it keeps making it more difficult to regulate money in politics. I think that it erodes various democratic principles through its decisions. But it's not inevitable, there is a better path as we have seen with different courts in different moments in American history.

MD : On the Election Law Blog, you commented on Michael Waldman's latest book The Supermajority : How the Supreme Court Divides America. Would you agree that the Supreme Court has overreached? Do you think that it is still happening ?

NS : It's weird, because overreach is normally a complaint about the court stepping in to strike down things it shouldn't have. I wish the court had done more stepping in in certain areas, and

8. Congressional district maps are redrawn every 10 years, based on census data that were collected the year before. Therefore, in 2021, redistricting was based on the 2020 census. One common redistricting tactic is to resort to gerrymandering, i.e. redrawing district lines to favor one's party in electoral outcomes. See 'Redistricting 101 : Voters Should Pick Their Politicians, Not the Other Way Around, Right ?' (*American Civil Liberties Union*) <<https://www.aclu.org/redistricting/redistricting-101>> accessed 8 January 2025.

less in others. Outside of election law, I tend to favor judicial restraint in general.

But there's a famous theory of constitutional law, John Hart Ely's theory of political process review,⁹ that says the one place where it's really justified for courts to step in is when political actors themselves are subverting democracy. You cannot count on the political process itself to fix the problem because they are manipulating the political process. The Roberts Court just completely does not act in the way Ely's theory says it should. I have an article called *The Anti-Carolene Court*,¹⁰ which goes through examples of how the current court totally disregards the famous *Carolene Products* view. That case said the court should intervene when there are malfunctions in the political system that threaten its ability to function properly.

MD : *Do you believe that it is linked to an allegiance to the person who appointed the Justices ?*

NS : I think it's much more about partisan allegiance in general and ideological commitments. Plus, political process theory is not based on the text or original meaning. So, to an originalist, they might think, 'As attractive as this theory is, it's not the law. It's not in the Constitution, it's not what anyone understood the Constitution to mean, so too bad.' I think that's the official answer Roberts would give. It's not that he has any problem with political process theory, but it's just not the theory of our Constitution.

MD : *Coming back to the elections, what do you think are the most pressing legal challenges future US elections will face ?*

NS : There are all these ongoing restrictions to voting, and the courts will have to keep grappling with these restrictions. In red states, in particular, they are not letting up ; they keep changing election laws over and over. If there is unified control of Washington, Democrats would likely pass a very sweeping electoral reform law, and that law would create many issues for courts. I'm confident the current court would be hostile to many parts of that law. A big law like that would generate cases for years for the Supreme Court.

MD : *Do you believe that reforms like ranked choice voting,¹¹ independent redistricting commissions,¹² or even proportional representation¹³ could address these challenges ?*

NS : I do. I think we should be open to big system reforms. I like all those ideas. Quite a few states have switched to independent redistricting commissions recently, so that's been encouraging. Ranked choice voting is used by two states now, and it'll be on the ballot in a few more states this year. Reformers are also looking at proportional representation. Some cities have recently moved to proportional representation, and there's talk about pushing for it at the state level. It's exciting to see energy around these different reform ideas.

MD : *And according to you, is there anything that is overlooked when people talk about US elections and their legal implications ?*

NS : One thing people assume is that our voting patterns are fixed, but voting patterns keep changing. In recent years,

wealthier and better-educated voters have become more Democratic, while less-educated voters have become more Republican. It's now the case that Democrats do better in low-turnout elections. Also, voting restrictions don't have the same partisan effects that they used to. Higher-propensity voters are now more likely to be Democrats. People still think making it harder to vote benefits Republicans, but that's increasingly not the case.

MD : *I was interested in your 2015 paper on the efficiency gap.¹⁴ How do you think that concept has evolved since you wrote it ?*

NS : So, the big congressional bill I mentioned before would use the efficiency gap as a threshold or ceiling for how much bias is allowed in congressional maps. Since I published that paper, many litigants and judges have analyzed the efficiency gap, which is neat. It's part of a family of measures, so it's not the only metric people should look at. There are several other metrics that have a reasonable logic to them, too.

Since 2015, there has also been a lot more interest in using computer algorithms to randomly produce district maps, which is a different approach. The efficiency gap is an arithmetic measure that doesn't account for geography. The computer algorithms do incorporate people's locations, producing maps based on where voters actually live. So now, there's an interesting debate over whether it makes sense to use arithmetic measures like the efficiency gap or computer-generated ensembles of maps.

2. Professor Klarman

[This interview occurred before the 2024 election].

The discussion with Professor Klarman centered on constitutional interpretation, negative polarization, and electoral dynamics. He noted that he has 'always seen constitutional interpretation as largely political' but emphasized a growing 'disjunction between the Court's political tendencies and the country's.' According to Professor Klarman, the institution is 'already broken,' with the Republican Party prioritizing winning at all costs over upholding democratic principles. While his opinion partly concurs with Professor Stephanopoulos regarding the Supreme Court's aggressive conservative stance, its democratic backsliding, and partisan alignment, Professor Klarman expresses greater skepticism. However, there remains room for optimism : the United States' rapidly shifting demographics as well as potential electoral reforms could reshuffle current trajectories.

MD : *To start, could you briefly outline your professional background and areas of expertise related to constitutional or electoral law in general ?*

MK : Sure. I went to college at the University of Pennsylvania. I have a master's from Penn in political theory, then I went to Stanford Law School and graduated in 1983. I clerked for a year on the DC Circuit with Ruth Bader Ginsburg. I spent three years in Oxford as a Marshall Scholar¹⁵ and wrote my Doctor in Philosophy in British Legal and Labor History. After that, I got a teaching job at the University of Virginia, where I was until 2008, before coming to Harvard.

I'm a legal historian and a constitutional historian. I have written five books on race and the Supreme Court, on the making of the Constitution, on gay marriage,¹⁶ and a couple of other short books on race.¹⁷ Right now, I'm working on a big project unrelated to law, but it's interesting and fun.

MD : *And, over the course of your career, how has your understanding of the role of the judiciary in American demo-*

9. J. H. Ely, *Democracy and distrust : A theory of judicial review* (Harvard University Press 1980).

10. N. O. Stephanopoulos, 'The Anti-Carolene Court' (2019) 2019 Supreme Court Review 111.

11. Ranked Choice Voting (RCV) allows voters to rank candidates in order of preference : if the first choice doesn't win, the ballot still counts for the next choice. See 'Ranked Choice Voting' (*FairVote*) <<https://fairvote.org/our-reforms/ranked-choice-voting/>> accessed 8 January 2025.

12. Independent Redistricting Commissions (IRC) are bodies separate from state legislatures that draw both congressional and state districts. They have been adopted in states such as Arizona or Michigan. See 'Independent Redistricting Commissions' (*Campaign Legal Center*) <<https://campaignlegal.org/democracy/accountability/independent-redistricting-commissions>> accessed 8 January 2025.

13. Proportional Representation (PR) allows multiple representatives to be elected proportionally to the number of electors who voted in their favor. Some varieties of PR include Open Lists, Closed Lists, Mixed-Member Systems, or Single Transferable Votes. See 'Proportional Representation, Explained' (*Protect Democracy*, 5 December 2023) <<https://protectdemocracy.org/work/proportional-representation-explained/>> accessed 8 January 2025.

14. Stephanopoulos/McGhee, 'Partisan Gerrymandering and the Efficiency Gap', *supra* n. 1.

15. A scholarship available for American citizens to study at graduate level, in any subject, at any British university. See 'Marshall Scholarships' <<https://www.marshallscholarship.org/>> accessed 8 January 2025.

16. Klarman, *supra*. n. 4, n. 5. See also M. J. Klarman, *From the Closet to the Altar : Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage* (Oxford University Press 2013).

17. M. J. Klarman, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement* (Oxford University Press 2007) ; M. J. Klarman, *Unfinished Business : Racial Equality in American History* (Oxford University Press 2007).

cracy evolved, especially considering legal challenges through the lens of constitutional history ?

MK : I have always seen constitutional interpretation as largely political. That hasn't changed over the years, but what has become more evident is that the current majority on the court is extremely conservative, perhaps more extreme than the country itself, which leans a little to the left politically. There's a disjunction between where the Court is and where the country is. Conservative justices-largely through the influence of the Federalist Society-have pushed an agenda that I see as quite extreme. In some ways, the Court today is reactionary and revolutionary. Their rulings on issues like abortion, affirmative action, gun rights, campaign finance reform, and efforts to undermine the modern administrative state reflect this radical agenda. And they have a consistent majority to push it through. It's not to say earlier courts weren't political. The Warren Court, for instance, was also political, but today's Court is far to the right. Meanwhile, the fact that Democrats have been winning the popular vote in recent presidential elections shows that the country is more left-leaning. I don't think we have seen a court with such a right-wing agenda in the last 100 years.

MD : *You mentioned that constitutional interpretation is political. How did you come to that conclusion over your career? Was there a defining moment, maybe like Bush v. Gore, where this idea became more evident?*

MK : I know some scholars who became disillusioned by *Bush v. Gore*, but I wasn't disillusioned because I never had any illusions about the law not being political. I always thought it was political. *Bush v. Gore* is a prime example of that. Even when the law was clearly against what they wanted to do, they went ahead and did it anyway. I think it's a combination of two things : some people are more inclined to see indeterminacy in law, while others want to see determinacy. You could call one group the realists and the other the formalists.

I have always leaned toward realism. I don't believe in determinacy in constitutional law. I have been teaching this for 38 years, and it's hard to believe it's anything other than politics when you see the Court consistently dividing along political lines on abortion, gun rights, campaign finance reform, and so on. You'd have to believe one side is violating the rules while the other side is playing by them, which doesn't make sense. I think some Justices genuinely believe they are interpreting the law objectively, but from my perspective, that's just not realistic.

MD : *It's very interesting. I studied American law in France, and we were taught about realism and how politics plays a significant role in law. I expected that perspective to be even more dominant in the US, but I was surprised to see such a divide in court rulings, like the 6-3, supermajority decisions.*

MK : That's an important observation. It could be a function of which class or professor you have. Constitutional law can be taught in many ways, and we have seven or eight different sections for first-year law students at Harvard. For instance, if you were in my class, your experience would be different from, say, if you were in a class taught by someone like Steve Sachs or former Dean Manning. They are conservative formalists, and they would teach constitutional law very differently. I have colleagues, like Larry Lessig when he taught constitutional law, who would forbid students from making political arguments in class, forcing them to engage purely with legal reasoning. I wouldn't even know how to go about teaching a class that way.

MD : *Now, in relation to the US presidential election, what do you see as the key constitutional and legal aspects that make it unique ?*

MK : One key factor is that some 'Republican' Justices are in their mid-70s, so whoever wins the presidency in 2024 could appoint a couple of new Justices. If you replace Alito or Thomas with younger conservatives, the Court's conservative dominance will be extended for decades. I don't think the Supreme Court will change much if a Democrat wins, but if Harris wins and Republicans control the Senate, I doubt Republicans will confirm any nominees. They will just leave seats vacant. I'm more on the radical end of the spectrum, and I believe if Democrats ever had control of Congress and the presidency,

they should expand the Court, add four Justices, and immediately take control of the Court. But even most Democrats don't want to do that. They fear it would destroy the institution. Personally, I think the institution is already broken.

MD : *And do you think that the current system, including the Electoral College and the Senate, contributes to that institutional dysfunction ?*

MK : Yes, absolutely. The Electoral College and the Senate are highly malapportioned and anti-democratic, and they currently benefit small, rural states that tend to lean Republican. That's why we have a Republican Party controlling institutions like the presidency and Supreme Court, even though they don't win the popular vote. We are stuck with these institutions because the Constitution is so hard to amend.¹⁸ The Electoral College doesn't make sense anymore, but we can't get rid of it. It's a huge problem. And, you know, again, I'm not enough of a comparativist. If I had my career to live over again, I would do more comparative work because I find it fascinating, and it's obviously important as the world gets more globalized.

The Supreme Court in the US has ridiculous amounts of power, and nobody 200 years ago could have anticipated that the Court would resolve all these incredibly important social and political controversies. There's a theory about this-the counter-majoritarian difficulty¹⁹-which relates to 'the problem posed by an unelected Supreme Court holding Congress's laws to be unconstitutional and void'.

Have you read Michael Podhorzer ? He writes a weekly newsletter and is a Senior Fellow at the think tank Center for American Progress. He's not a lawyer but spent most of his life in the labor movement, and he writes a lot about the Court and the election. I would start with his recent newsletters about the Supreme Court and the election-you will get a lot of useful information.²⁰

MD : *I will definitely look him up. You mentioned the comparative aspect earlier-have you come across Levitsky and Ziblatt's work? I have read How Democracies Die,²¹ and it was very impactful.*

MK : Yes, this is an excellent book. They also have a more recent book, *Tyranny of the Minority*.²² They make many important points about the structures of the American system that allow an increasingly authoritarian and fascistic party to control the government without winning a majority of the votes. They are probably the best analysts of the current disaster happening in the US.

MD : *How do you think we can expand the reach of these commentators and make their insights resonate with a larger portion of the population ?*

18. 'The Constitution' (*White House*) <<https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/our-government/the-constitution/>> accessed 8 January 2025 ('An amendment may be proposed by a two-thirds vote of both Houses of Congress, or, if two-thirds of the States request one, by a convention called for that purpose. The amendment must then be ratified by three-fourths of the State legislatures, or three-fourths of conventions called in each State for ratification.').

19. The Congress website depicts it as 'the problem posed by an unelected Supreme Court holding Congress's laws to be unconstitutional and void has been described as the counter-majoritarian difficulty.' See 'ArtIII.S2.C1.10.3 Counter-Majoritarian Difficulty' (*ConstitutionAnnotated*) <https://constitution.congress.gov/browse/essay/artIII-S2-C1-10-3/ALDE_00013155/> accessed 8 January 2025 ; In note 3, quoting A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch : The Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1962) : 'When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now ; it exercises control, not on behalf of the prevailing majority, but against it. [...] [I]t is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.' ; See also I. Somin, 'Political Ignorance and the Counter-Majoritarian Difficulty : A New Perspective on the « Central Obsession » of Constitutional' (2003) 90 Iowa Law Review 4, which explores the assumption underlying the counter-majoritarian difficulty-that a majority of voters possess at least a basic level of political knowledge.

20. See 'Michael Podhorzer on Politics, Economics and Democratic Crises' (*Weekend Reading*) <<https://www.weekendreading.net/>> accessed 8 January 2025.

21. S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die* (Crown Publishers 2018).

22. S. Levitsky, D. Ziblatt, *The Tyranny of Minority* (Crown Publishers 2024).

MK : That's a huge problem because the US is so polarized, and negative polarization-where people hate their political adversaries more than they like their own side-makes it difficult to have constructive conversations. When we go into certain places in the US, we avoid talking about politics because it could offend people and start a conflict. There's a large group of people who will vote for Trump because they think Biden is responsible for high prices. I mean, Biden had very little to do with inflation, but that doesn't matter to these voters. And when people are ignorant or ill-informed, demagogues like Trump can easily take over. The framers of the Constitution understood that risk, but we haven't solved the problem.

There's a great book called *American Amnesia* by two political scientists, Jacob Hacker and Paul Pierson.²³ It's about how the US used to be more unified and what happened to create the political dysfunction we see today. For instance, the US has never had the kind of unified working class that you see in other countries, partly due to its racial and ethnic diversity. I learned a lot from reading it when I was working on my *Harvard Forward* essay.²⁴ They wanted me to write about the Court, but I ended up focusing on the broader threat to democracy. The Court is part of the problem, but the bigger issue is that we have a fascistic, authoritarian party that could win big elections. That's the real danger.²⁵

MD : So, I wonder how the Republican party has come to endorse and support Donald Trump?

MK : Levitsky and Ziblatt do a great job explaining that. Trump was never the choice of the Republican Party elite-he was the choice of 35-45% of voters in the primaries. The party tried to stop him, but the establishment lost control. Now they have fallen in line behind him because their voters have become more extreme than they ever expected.

MD : And from a legal perspective, how do you interpret the developments about the 2024 presidential election so far?

MK : Well, the Democrats were going to lose. They were going to lose, and maybe they were going to lose substantially. What happened is one of the most extraordinary things in the history of American politics. For a political party to basically pressure an

incumbent president into stepping aside and then replacing him, while remaining unified, is remarkable.

I think Harris has actually done a pretty brilliant job, but it's disheartening that all of this only gets you a 50/50 chance of winning. The country is deeply polarized. There aren't many undecided voters, and the few undecided ones tend to be people who are not following things very closely. They don't appreciate what a threat Trump and the Republican Party are to democracy. They are inclined to vote based on something like high prices or a general feeling of dissatisfaction, rather than focusing on the larger democratic issues. They are not paying attention to Trump's increasingly demented speeches. It's clear to anyone paying attention that Trump is not mentally fit to be president-he's completely losing it. But I doubt these people are watching his rallies. I mean, he was talking about Arnold Palmer, the famous golfer, and then mentioned the size of his penis. It's just crazy. The rest of the world must be both appalled and laughing hysterically at the US. How could this be happening?

MD : Who do you see winning the election?

MK : If I had to put money on it, I think Harris will win, but I have no great confidence in that prediction. I think Democrats are a little better at turning out voters right now, especially with the Supreme Court overturning *Roe v. Wade*,²⁶ which has energized young women. There's a big gender gap in voting, but a lot of young men just won't vote, while young women are very determined.

Still, it's incredibly close. For Harris to win by two or three percentage points in the popular vote isn't enough-you have to win the swing states because of the Electoral College. The last three months have been extraordinary. There's been nothing like it in American history. I think Harris has done a good job, and some Republicans, like Liz Cheney, are putting principle and democracy over party, which I think is heroic. But the idea that almost the entirety of the Republican Party would fall in behind Trump, even though he's openly authoritarian, is stunning. When he talks about Haitians in Springfield, Ohio, eating cats and dogs, that's straight out of Hitler's playbook. He's quoting Hitler frequently now, talking about "corrupting the blood", "the enemy of the people", and "the enemy within". These are all Nazi phrases from *Mein Kampf*.

It's unbelievably disturbing, and all these Republican politicians are making excuses for him. They say he doesn't really mean it or that he was quoted out of context. Mitch McConnell called Trump's actions on January 6 despicable, but then he found out that Republican voters still wanted Trump, so he fell in line. The Republican leadership prioritizes political power over principle. It's a combination of the leaders prioritizing political power over principles and the voters rallying this choice. The country is not prepared to deal with the pandemic. The country is not prepared to deal with disasters like hurricanes, right? I'm sure you have noticed that federal emergency relief workers are now having to be moved because militias are threatening to shoot them. Most Americans would refuse to take a vaccine or wear a mask if there were another pandemic today. Seventy percent of them think the election was stolen from Trump in 2020 based on absolutely zero evidence.²⁷ A majority of Republican voters think Haitian immigrants are eating cats and dogs in Springfield, Ohio, even though J.D. Vance said he made up the story.

MD : What do you think the aftermath will be like, regardless of the outcome?

MK : I'm very very worried in the short term. I don't know if there will be violence, but I do think there's likely to be an uptick in political violence. You might start to see some political assassi-

23. P. Pierson, J. S. Hacker, *American Amnesia : How the War on Government Led Us to Forget What Made America Prosper* (Simon & Schuster 2016).

24. See Klarman, *supra* n. 6.

25. *Ibid.*, 9. 'This Foreword examines the recent degradation of American democracy, seeks explanations for it, and canvasses the Supreme Court's contribution to it. Section I.A examines the "authoritarian playbook" to establish a baseline against which to evaluate recent American developments. Section I.B considers President Trump's authoritarian bent. Section I.C describes the state measures that Republicans have enacted to entrench themselves in power, including partisan gerrymandering, voter identification laws, purges of the voter rolls, measures to suppress the youth vote, circumvention of inconvenient voter initiatives, and even the delay and cancellation of elections. Section I.D explores Republicans' escalating complicity with President Trump to the point that they mostly do not criticize him for obstructing the investigation into Russian interference with the 2016 presidential election, pressuring the President of Ukraine to dig up dirt on Joe Biden, politicizing law enforcement and intelligence, or catastrophically mishandling the federal government's response to the coronavirus pandemic.

Part II offers explanations for the nation's current political predicament. Groups that fear becoming perpetual political losers may abandon their commitment to democracy, just as white southerners did in the antebellum period. Section II.A, "The Disappearing White Majority," examines the role of demographic change, immigration, and increasing racial resentment in seeding disaffection with democracy. Section II.B, "The Disappearing Christian Majority," describes how the gradual collapse of the idea of the American "Christian nation" has contributed to such disaffection. Section II.C, "The Rise of the Neo-Ayn Randians," considers how radical libertarians, never enthusiastic about democracy because of the threat it posed to property rights, gradually gained ideological and political influence since the 1960s and came to dominate the Republican Party. Section II.D, "Economic Inequality," explores how working-class Americans, whose economic situation stopped improving about forty years ago, have become disaffected with a democratic political system that no longer works for them. Section II.E explains how these other developments, refracted through American political and media eco-systems, have produced a politics of asymmetric polarization, hardball, and negative partisanship, which created a Republican Party no longer strongly committed to democracy and prepared to defend at all costs a President with a strong authoritarian bent.'

26. In *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022), in a 6-3 decision whose majority opinion was written by Justice Alito, the Supreme Court overruled *Roe v. Wade* by holding that there is no constitutional provision that protects the right to abortion in the Constitution. See *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US 215 (2022).

27. According to a POLITICO/Morning Consult poll led on Nov 6-9, 2020, 70% of Republicans believed the 2020 election wasn't free and fair. 'Poll : 70 Percent of Republicans Don't Think the Election was Free and Fair' (*Politico*, 9 November 2020) <<https://www.politico.com/news/2020/11/09/republicans-free-fair-elections-435488>> accessed 8 January 2025.

nations. I mean, things like that person breaking into Nancy Pelosi's house and beating her husband over the head, breaking his skull. I think you are going to see more of that. The Secret Service is pretty good at doing their job, but if Kamala Harris is president, there will be a lot of people interested in taking a shot at her.²⁸ I found it miraculous that nobody took a shot at Obama during his eight years in office. I'm very worried about violence. But if you look at my Foreword,²⁹ you will see that a lot of the problem is neoliberalism, the rampant increase in economic inequality, and the destruction of the white working class. That makes them vulnerable to demagogic appeals.

A lot of what's going on has to do with race and religion, but it's also combined with economic inequality that has made people's lives objectively worse. A lot of the white working class is worse off than it was 45 or 50 years ago. Their kids are dying of opioids, their life expectancy is down, they have lost their high-paid union jobs, they can't afford houses or vacations. They are doing worse, and they are being told by Republican politicians to blame it on Muslims, Mexicans, and transgender female athletes. If they were better off economically, they wouldn't be so vulnerable. Fifty years ago, most working-class people voted Democratic, and the Democratic Party was the party of labor unions, social security, and healthcare expansion. Today, things are more divided by education level, with college-educated people more likely to vote Democratic and the white working-class voting Republican. Biden's *Build Back Better* agenda was just about that-helping the working-class.³⁰ But right now, the political system is too broken to enact those kinds of policies. Republicans have such a built-in advantage that it's hard to imagine a situation where Democrats would have the majority needed to pass such reforms. I don't see that problem solving itself anytime soon.

MD : Do you believe there's any hope for progress on these issues in the long term ?

MK : I do think some of the racism and Christian nationalism will fade, simply because the country is changing so dramatically. As you probably know, the US won't be majority white within another 20 years. By 2024, for the first time in American history, white Christians may not be the majority of the electorate. Most young people today are giving up their religiosity, and there's much more tolerance of religious diversity. So, a lot of the culture war issues we see today will eventually fade away, just like opposition to gay marriage has faded quickly. But I can imagine the next five or ten years being difficult. It's a bad sign when 30% of Republican voters say that 'patriots may need to use violence to reclaim their country'.³¹ In a country that has more guns than people, that is not a good place to be. I can get very depressed very quickly talking about this.

MD : Maybe we can shift back to the Supreme Court and its role in shaping the outcome of elections. You have talked about how the Court has undermined democracy. What role do you think

they will play in the 2024 election, especially regarding disputes and results ?

MK : Well, I very much hope they won't get drawn into it, because if they do, I'm pretty sure what the outcome will be. It would have to be very very close for the Court to get involved, but I remember *Bush v. Gore* like it was yesterday. They didn't have a good argument, but that didn't stop them from getting involved because they were convinced that the Democratic Florida Supreme Court was trying to steal the election. So, they put a stop to it. If it comes down to Pennsylvania or some other state by a few hundred or a few thousand votes, there could be disputes over which absentee ballots are disqualified based on technical rules like dating the ballot or writing the correct address on the envelope. Lawyers can make respectable arguments on both sides. But if this ends up in the Supreme Court with any kind of plausible legal argument, I know what will happen. I'm very much hoping it won't end up in the Court. The Court has consistently sided with conservatives on every major issue : abortion, affirmative action, gun control. And when it comes to democracy-gerrymandering, campaign finance, and the Voting Rights Act-the Court has undermined democracy at every turn. That wasn't always the case, but the Republican Party has lost its commitment to democracy. They care about winning, and that means making sure their opponents' voters don't get to vote or that their votes don't count.

MD : What's the agenda of the Supreme Court in all this? Is it loyalty to Trump, or something else ?

MK : I don't think it's about loyalty to Trump. It's more about their ideological and political outlook. They agree with the right wing of the Republican Party on issues like abortion, affirmative action, and undermining the Voting Rights Act. Their top priority is undermining the modern administrative state. They don't want aggressive economic or environmental regulations, they don't want antitrust enforcement, and they certainly don't want student loan relief. Anything a Democratic administration tries to do through administrative agencies, they will likely block.

MD : So, to end on a somewhat positive note-how do you think the rules and structures will evolve in response to these challenges, especially regarding the presidential elections ?

MK : It's very hard to amend the US Constitution-it often takes generations of struggle. Women's suffrage first became an issue in 1848, but the suffrage amendment wasn't passed until 1920. The 15th Amendment prohibited racial disenfranchisement in 1865, but it wasn't until 100 years later that the Voting Rights Act enforced it. There were talks of replacing the Electoral College in the 1970s, and it almost happened. Now it won't, because Republicans know it benefits them, and you can't amend the Constitution without bipartisan support. However, Democrats could do workarounds. They could create new states, like D.C. and Puerto Rico, which would add Democratic senators. If they had control of Congress and the presidency, and were willing to break the filibuster,³² they could pass voting rights legislation that makes it easier for everyone to vote-such as voting on Sundays, like in France, automatic registration, or simply eliminating the barriers Republicans are putting in place to suppress the vote. That would expand the electorate, which would shift politics to the left.■

28. As a reminder, the interview was held before the election.

29. Klarman, *supra* n 24.

30. The *Build Back Better* framework's goal was to 'rebuild the backbone of the country-the middle-class.' The program consists in a massive public investment in children, climate change, health care, employment and the economy. See 'The Build Back Better framework' (White House) <<https://www.whitehouse.gov/build-back-better/>> accessed 8 January 2025.

31. See 'Findings From the 2024 American Values Survey' (Public Religion Research Institute, 11 October 2024) <<https://www.prii.org/research/challenges-to-democracy-the-2024-election-in-focus-findings-from-the-2024-american-values-survey/>> accessed 8 January 2025 ('Nearly three in ten Republicans (29 %) believe that true American patriots may have to resort to violence to save the country, compared with 16% of independents and 8 % of Democrats').

32. The United States Senate website notes in 'About Filibusters and Cloture' that '[t]he Senate tradition of unlimited debate has allowed for the use of the filibuster, a loosely defined term for action designed to prolong debate and delay or prevent a vote on a bill, resolution, amendment, or other debatable question.' See 'About Filibusters and Cloture' (United States Senate) <<https://www.senate.gov/about/powers-procedures/filibusters-cloture.htm>> accessed 8 January 2025.

Dossier Thématique



Thematic Feature



Chapitre I

Systeme constitutionnel américain et élection présidentielle 2024



Chapter I

The US Constitutional System and the 2024 Presidential Election



6 Remarques interstitielles sur les élections américaines de 2024



Julien BOUDON,
Professeur de droit public à l'Université Paris-Saclay

1 - Il y aurait mille choses à dire sur les élections américaines du 5 novembre 2024 : la victoire de Donald Trump a été nette au point qu'il devance nettement son adversaire tant en nombre de suffrages populaires, au point de frôler la majorité absolue (49,9 % contre 48,3 %, soit deux millions et demi de voix d'avance¹, qu'en nombre de grands électeurs (312 contre 226) ; il a convaincu dans tous les États clés, y compris par des écarts faibles comme en Géorgie, en Pennsylvanie, dans le Wisconsin ou le Michigan ; Kamala Harris n'a atteint nulle part les scores réalisés par Joe Biden en 2020 ; les deux Chambres tombent dans l'escarcelle du parti républicain (GOP), même s'il n'atteint pas la *super majority* de 60 au Sénat et que l'écart est très faible à la Chambre des représentants, ce qui a d'autant plus d'importance que les partis américains restent beaucoup plus hétérogènes que les partis européens (la réflexion vaut encore pour le parti républicain malgré le phénomène « MAGA »). Mais tout cela est bien connu et n'appelle pas de commentaires supplémentaires.

On voudrait insister sur les distorsions enregistrées dans l'expression du vote à trois égards. Premièrement, il faut rappeler l'originalité du Maine et du Nebraska. Deuxièmement, il est instructif de comparer le scrutin présidentiel et les scrutins pour l'élection des membres du Congrès. Troisièmement, il conviendra de relever combien les victoires sont nettes des deux côtés dans la plupart des États, ce qui provoque l'inquiétude quant à l'avenir de l'Union.

1. Le cas du Maine et du Nebraska – et au-delà

2 - Dans la plupart des États, la désignation du *ticket* se fait au scrutin majoritaire de liste à un tour, assorti de la règle du *Winner-take-all*. C'est assez rare pour être souligné : en général, le scrutin majoritaire est uninominal (tandis que la représentation proportionnelle, par définition, s'effectue sur la base de liste). Aux États-Unis, le scrutin majoritaire est plurinominal ou de liste : sont élus tous les candidats qui figurent sur la liste arrivée en tête, de sorte que l'opposition est réduite à néant. On comprend la rareté d'un tel mode de scrutin : il ne permet pas la nuance et offre tous les sièges de l'État au parti qui l'emporte, ne serait-ce que d'un suffrage. Pourtant, la quasi-totalité des États s'y est ralliée, manière de souligner le rôle des États en tant que relais institutionnels dans l'élection du président et du vice-président². On sait que chaque État dispose

d'un nombre de grands électeurs qui correspond à la somme des sénateurs et du ou des représentants alloués : comme le nombre de sénateurs est de deux par État et que les États désignent au minimum un représentant, cela signifie que les États les moins peuplés – ils sont sept – ont droit à trois électeurs présidentiels. À l'autre bout de l'échelle, les États les plus peuplés élisent des dizaines de grands électeurs, la Californie étant la mieux dotée avec 54 électeurs présidentiels. On comprend aisément que l'attribution en bloc de trois grands électeurs à la liste arrivée en tête n'a pas une importance capitale, mais qu'il en va tout autrement pour les États qui pèsent 20, 30, 40 ou 50 grands électeurs. Ici, la brutalité du scrutin majoritaire de liste joue à plein : les 54 électeurs présidentiels de la Californie sont tous démocrates ou tous républicains selon que le parti démocrate ou le parti républicain est vainqueur dans l'État.

C'est pour éviter une telle brutalité que deux États (seulement) ont décidé de renoncer au *Winner-take-all system*. Il s'agit du Maine, depuis 1972, et du Nebraska, depuis 1992. Dans ces deux États, qui désignent respectivement quatre et cinq grands électeurs, deux sont désignés *at large*, c'est-à-dire dans l'ensemble de l'État (ce sont ceux qui correspondent aux deux sièges de sénateurs), tandis que les deux ou trois autres sont élus dans le cadre des circonscriptions congressionnelles (qui servent par ailleurs à l'élection des représentants à la Chambre basse fédérale). De la sorte, la délégation de l'État peut être divisée : dans le Maine, à hauteur de trois contre un ; dans le Nebraska, à hauteur de trois contre deux ou de quatre contre un (il est mathématiquement impossible qu'on aboutisse à une répartition de deux – élus *at large* – contre trois élus dans les trois districts). En 2024, le Maine comme le Nebraska ont divisé leur délégation : dans le Maine, trois grands électeurs démocrates et un républicain ; dans le Nebraska, quatre grands électeurs républicains et un démocrate.

On fera deux séries de réflexions. La première tient aux pourcentages obtenus par les deux *tickets* dans l'État et à l'intérieur de l'État. La seconde concerne la tentative de modifier le mode de scrutin jusqu'au dernier moment dans le Nebraska.

Dans le Maine, le *ticket* démocrate a obtenu 52,4 % des suffrages (contre 45,2 % pour le *ticket* républicain), mais seulement trois grands électeurs sur quatre puisque les deux districts congressionnels ont voté de façon opposée. Dans le deuxième district, qui correspond au nord de l'État, Donald Trump a glané 52,9 % des voix (et Kamala Harris 44,8 %), et donc un siège de grand électeur contre trois à son adversaire. Dans le Nebraska, Donald Trump a connu un succès incontestable, comme dans tous les États des grandes plaines : il rassemble 59,8 % des suffrages (contre 38,9 % à Kamala Harris) et remporte deux des trois sièges dans les circonscriptions congressionnelles. Dans le premier district, le succès est un triomphe : 76,3 % pour les Républicains et seulement 22,5 % pour le camp démocrate. La victoire est nette, mais sans éclat dans le troisième district : 55,9 % contre 42,7 %. En revanche, dans le deuxième district, Kamala Harris arrive en tête, mais de peu :

1. Toutes les statistiques utilisées dans le présent article sont tirées du site de CNN (qui, depuis un quart de siècle, me semble le plus complet et aisé à consulter) : 'Election Center 2024' (CNN) <<https://edition.cnn.com/election/2024>> consulté le 16 décembre 2024.

2. Il nous semble qu'un article vieux de vingt ans n'a pas tellement vieilli : J. Boudon, « La désignation du Président des États-Unis » (2005) 5 Revue du Droit Public 1303 (qui renvoie notamment au remarquable article de Patrick Juillard, « L'avenir du collège électoral » in J.-L. Seurin, *La présidence en France et aux États-Unis* (Economica 1986) 41ss.

51,5 % à comparer aux 47,2 % de D. Trump. Il s'agit d'un district urbain qui englobe Omaha, la plus grande ville de l'État, de la même façon que, dans le Maine, le district « bleu » a pour épiscentre Augusta, la capitale. Ainsi, que la compétition soit disputée ou pas, le mode de scrutin mixte adopté dans le Maine et dans le Nebraska a souvent pour conséquence le partage de la délégation des électeurs présidentiels (ce fut le cas en 2016 et 2020 pour l'un, en 2008 et 2020 pour l'autre). Ce sont deux « petits » États où les candidats ne font pas campagne, et d'autant moins que la délégation n'est pas désignée en bloc.

Cela dit, à un moment où les sondages annonçaient une élection beaucoup plus serrée qu'elle ne l'a été, une grande attention a été accordée au siège, unique, qui était attribué au parti minoritaire dans l'un ou l'autre État. Pouvait-il faire basculer l'élection ? À deux reprises, en avril et en septembre, les autorités républicaines du Nebraska ont tenté de modifier la législation électorale de l'État pour adopter la règle du *Winner-take-all*. Le gouverneur Pillen militait notamment en ce sens : il a échoué parce qu'il lui fallait convaincre une majorité des deux tiers au Sénat local et qu'une voix lui a manqué, celle du sénateur Mike McDonnell³. Chose intéressante, le Maine – contrôlé par les Démocrates – avait menacé en rétorsion de revenir au *Winner-take-all system*. Finalement, les deux États en sont restés là et le débat a perdu toute sorte d'intérêt avec la large victoire de Donald Trump. L'alerte a été chaude cependant et on y voit un signe supplémentaire de l'extrême polarisation de la vie politique américaine : les gouvernants de l'État sont prêts à renoncer à un mode de scrutin utilisé depuis trente ou cinquante ans pour un seul siège, présumé décisif. Il n'est pas sûr que la discussion soit relancée d'ici 2028, mais il est passionnant d'établir une cartographie de l'élection présidentielle en appliquant le *Congressional District Method* (ou *Split system*) à l'ensemble des États. Les résultats sont plus contrastés, mais sans remettre en cause la victoire de Donald Trump : celui-ci aurait obtenu 283 grands électeurs, soit la majorité absolue nécessaire, et Kamala Harris, 255 (voir le tableau en annexe). La conclusion est que la structure fédérale avantage aujourd'hui le parti républicain et c'est pourquoi le système électoral actuel lui convient, raison pour laquelle la victoire n'aurait pas échappé à Donald Trump si la Chambre des représentants avait dû se prononcer sur le fondement du XII^e amendement (car les États ont chacun une voix), c'est pourquoi le district fédéral n'est pas près de devenir un État, etc. On peut s'en apercevoir aussi en confrontant l'élection présidentielle à celle du Congrès.

2. Scrutin présidentiel et élection du Congrès

3 - La comparaison entre la course présidentielle et les courses sénatoriales est la plus pertinente puisque l'on sait que les sénateurs sont élus *at large*, c'est-à-dire à l'échelle de l'État, comme les grands électeurs présidentiels. 33 élections sénatoriales ont été organisées (dont deux au Nebraska, de manière exceptionnelle, puisque les deux sénateurs de l'État sont en principe rangés dans deux classes différentes, et il y en a trois) et, dans l'ensemble, les électeurs ont voté de façon cohérente en avantant deux fois le même parti. On ne recense que cinq exceptions et, sans surprise, il s'agit des États où les scores ont été les plus serrés pour l'une et l'autre élection : l'Arizona et le Nevada d'un côté, le Minnesota, le Wisconsin et le Michigan de l'autre. Il convient de s'appesantir sur le cas du Minnesota car l'élément personnel a joué à plein : ici comme ailleurs il y a une prime au sortant et c'était le cas de Amy Klobuchar qui a surfé sur son aura personnelle et son profil centriste pour

l'emporter largement (56 % alors que Trump a réalisé 51 %). Il faut également insister sur le cas de la Pennsylvanie, décidément un État clé qui a placé en tête Donald Trump mais aussi le candidat républicain Dave McCormick alors même qu'il faisait face au sortant démocrate Bob Casey. Plus que jamais, le vote de la Pennsylvanie en dit long sur ce qui s'est passé le 5 novembre.

On ajoutera que, lorsque les électeurs se sont montrés cohérents, ils l'ont été jusque dans le mimétisme entre le score du candidat à la Maison-Blanche et du candidat au Sénat. La proportion est très exactement la même dans nombre d'États (Californie, Wisconsin, Indiana, Tennessee, Floride, Delaware, Maine) ou à un ou deux points près (Washington, Arizona, Dakota du Nord, Nebraska, Michigan, Mississippi, Virginie, Virginie-Occidentale, New York, New Jersey, Connecticut, Massachusetts, Vermont). Où sont enregistrées les différences de pourcentage les plus spectaculaires ? Au Montana, dans le Minnesota (on a dit pourquoi), dans l'Ohio, et dans le Maryland. Il est évident, au Montana et dans l'Ohio, que le candidat démocrate au Sénat réalise un meilleur score que Kamala Harris parce qu'il est sortant : bien que perdants, Jon Tester et Sherrod Brown améliorent le score de la candidate à la présidence de cinq points.

La comparaison est moins aisée avec l'élection des membres de la Chambre des représentants, sous réserve des États qui ne désignent qu'un seul représentant : celui-ci est élu *at large*, comme les sénateurs. Sept États sont dans cette situation, on l'a dit : Alaska, Dakota du Nord, Dakota du Sud, Delaware, Montana, Vermont, Wyoming. On constate ici une cohérence entre l'élection présidentielle et celle du représentant de l'État. En revanche, on note que les trois districts du Nebraska ont voté républicain pour la Chambre des représentants, alors que le district 2 a avantagé le parti démocrate pour la présidentielle, tandis que le Maine a désigné deux représentants démocrates tout en divisant son vote lors de la présidentielle : c'est encore l'illustration de la « prime au sortant » puisque les cinq « députés » briguaient tous le renouvellement de leur mandat. Plus intéressante est la statistique qui s'intéresse aux États les plus peuplés des États-Unis, ceux qui dépassent les 20 grands électeurs. Cela permet de nuancer les effets du scrutin de liste majoritaire à un tour, assorti de la règle du *Winner-take-all*, en prenant en compte les douzaines de résultats dans les circonscriptions congressionnelles. Quatre États se distinguent à cet égard : la Californie, le Texas, la Floride et New York. Comme on le sait, un *census* est organisé tous les dix ans pour tenir compte des évolutions démographiques dans le pays et pour répartir différemment les sièges de représentants, donc le nombre de grands électeurs. Cette année, on relève que la Californie (54 actuellement) et New York (28) ont perdu chacun un siège, tandis que le Texas (40) en a gagné deux et la Floride un (30). Au passage, on note que cette dynamique démographique avantage le parti républicain : les deux premiers sont des bastions démocrates, les deux autres des forteresses républicaines, or cette évolution peut être généralisée à l'ensemble de l'Union.

Aucun de ces quatre États n'est monocolore : la Californie a désigné 10 représentants républicains sur 52, New York 7 sur 26, tandis que le Texas en fait de même avec 13 représentants démocrates sur 38 et la Floride 8 sur 28. Autrement dit, un tiers à un quart des membres de la Chambre basse fédérale est d'une couleur politique différente de celle de la liste des grands électeurs par ailleurs désignée par l'État – et dans des proportions très nettes puisque le *ticket* vainqueur l'emporte dans ces quatre cas avec une majorité supérieure à 55 %. Il est instructif de relever que les comtés urbains votent davantage démocrate que les comtés ruraux ou péri-urbains, et de faire un sort à part au Texas au point que les Démocrates ont pu croire un temps qu'ils pourraient remporter cet État lors de la présidentielle.

De façon générale, dès lors qu'on délaisse les plus petits États, il est rare qu'un État soit totalement acquis à la cause d'un parti ou de l'autre. Parmi les États intermédiaires, le Massachusetts se distingue : les neuf districts congressionnels ont avantagé un candi-

3. Voir P. Fesnier, « Présidentielle américaine : le district d'Omaha dans le Nebraska peut-il faire basculer l'élection ? » (*RFI*, 23 septembre 2024) <<https://www.rfi.fr/fr/amériques/20240923-présidentielle-américaine-le-district-d-omaha-dans-le-nebraska-peut-il-faire-basculer-l-election>> consulté le 16 décembre 2024.

dat démocrate, de sorte que les onze grands électeurs sont du parti de l'âne.

3. Les écarts de voix et l'avenir de l'Union

4 - De façon purement arbitraire, j'appelle « victoire nette » celle qui atteint 55 % des suffrages exprimés au sein de chaque État lors de l'élection des grands électeurs. On constate que 37 États (plus le district fédéral) sont dans cette situation. En sens inverse, le score n'est serré que dans 14 États. Autrement dit, 70 % des États accordent un avantage indiscutable à l'un des deux *tickets*, soit démocrate (Californie, Washington, Washington DC, New York), soit républicain (la plupart des États du Sud et du Midwest). Ces 14 États peuvent être divisés en trois ou quatre groupes : le groupe du Sud-Ouest (Nevada, Arizona, Nouveau-Mexique) qui pèse 22 grands électeurs ; le groupe des grands lacs (Minnesota, Wisconsin, Illinois, Michigan) qui accorde 54 grands électeurs ; et le groupe des États originaires (Géorgie, Caroline du Nord, Virginie, Pennsylvanie, New Jersey, New Hampshire et Maine [qui faisait partie autrefois du Massachusetts]), qui peut lui-même être subdivisé en deux entre États du Sud (les trois premiers) et États du Nord (les quatre derniers), le premier sous-ensemble représentant 45 grands électeurs et le second 41 grands électeurs. Dans deux tiers de ces 14 États, le *ticket* arrivé en tête ne dépasse pas 51 % : on retrouve ici les fameux *Swing States* (Nevada, Minnesota, Wisconsin, Michigan, Pennsylvanie, New Hampshire, Caroline du Nord, Géorgie). Chose intéressante, ce sont plutôt des États en milieu de peloton qui comprennent entre dix et vingt grands électeurs, exception faite du New Hampshire et du Nevada.

Quel que soit l'intérêt de ces informations, il reste que la grande majorité des États avantage sans ambiguïté un camp ou un autre, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'y faire campagne : l'État est acquis à la cause démocrate ou à la cause républicaine. Eu égard au rôle crucial confié aux États dans l'élection présidentielle, on y voit un signe inquiétant de polarisation politique au point que le thème des « deux Amériques » devient obsédant (le film *Civil War* du réalisateur Alex Garland serait-il ici prémonitoire ?). En ce sens, Douglas Kennedy a pu écrire récemment : « Être américain de nos jours, c'est se surprendre régulièrement à songer : il y a deux pays à l'intérieur de nos frontières, et ils se vouent une haine farouche »⁴.

Il est inquiétant que les dérives constatées aux États-Unis contaminent l'ensemble de la planète. Le paradoxe est que les plus grands contempteurs de l'impérialisme yankee sont en réalité à la remorque du Grand Satan américain lorsqu'ils importent en France (et ailleurs) des débats étrangers. On en veut pour preuve le droit à l'avortement qui, dans la foulée de l'arrêt *Dobbs* rendu par la Cour suprême en juin 2022⁵, est devenu une question centrale dans des pays où la liberté de la femme de recourir à l'interruption

volontaire de grossesse (IVG) n'est pas contestée⁶. La révision constitutionnelle française de mars 2024 a pu avoir son importance politique et symbolique mais, sur le plan juridique, la modification de l'article 34 ne change rien à la compétence du législateur pour fixer le régime juridique de l'IVG. De façon plus pernicieuse, et donc moins visible, une outrance, voire une violence, typiquement états-unienne s'est propagée dans le monde, notamment en France. Il me semble que l'élection présidentielle de 2000 a été le point de départ de cette radicalisation, alors même qu'Al Gore, quoi qu'on pense du candidat démocrate par ailleurs, a été à la hauteur de l'événement en refusant de poursuivre le combat que d'autres l'incitaient à mener. D'ailleurs, ce n'est pas tant l'élection de 2000 que la suivante qui a été le signal d'une rupture – et d'une fragilité désormais évidente de l'Union : en 2004, en effet, l'élection a été très orthodoxe puisque le candidat arrivé en tête en termes de suffrages populaires, George W. Bush, a également remporté une majorité absolue de grands électeurs. Pourtant, John Kerry, le champion démocrate, peu réputé pour ses excès, a envisagé de mener une véritable guérilla judiciaire pour contester les résultats dans tels États, en particulier l'Ohio (qui semble aujourd'hui perdu pour le parti démocrate)⁷, de sorte que Donald Trump avait des précédents en tête pour contester les résultats de 2020 comme de 2024.

Pour des raisons que je ne m'explique pas bien, alors même que l'on nous annonce que le pouvoir économique a subordonné le pouvoir politique et que les multinationales contrôlent le monde plus que les États, la compétition électorale devient féroce et même délirante. Il serait naïf de croire que les passions politiques sont nées ou se sont exacerbées au début du XXI^e siècle, mais l'on constate, depuis le début des années 2000, une perte de toute mesure dans la conquête du pouvoir. L'élection de 2024 l'illustre ô combien. Non seulement des milliards de dollars ont été dépensés par les candidats, mais surtout l'excès est devenu une qualité éminente – ou plutôt, il ne disqualifie plus, il est à la fois justifié et amusant dans cette société du spectacle qu'incarne magistralement Donald Trump (le meeting au Madison Square Garden le 27 octobre 2024 a été exemplaire). Les électeurs américains ont clairement indiqué que les considérations économiques étaient primordiales : dans un pays de pionniers, l'*American way of life* est d'abord faite de prospérité personnelle alors que l'inflation galope et que l'emploi est menacé (d'où par ricochet la question de l'immigration). Les outrances de Donald Trump sont comptées pour *peanuts* ou, plus certainement, elles sont jugées secondaires, plaisantes ou indifférentes. Il n'est pas exagéré d'affirmer que la République américaine est en danger, d'autant plus qu'une majorité de citoyens a accordé sa confiance au parti républicain à tous les niveaux (la présidence, le Sénat, la Chambre des représentants et, par voie de conséquence, la Cour suprême et les juridictions fédérales). Un ressortissant étranger n'est pas le plus qualifié pour le déplorer ; en revanche, il est parfaitement légitime à dénoncer l'importation de la démesure américaine dans son propre pays. ■

4. D. Kennedy, *Ailleurs, chez moi* (Belfond 2024) 33.

5. Cour suprême des États-Unis, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 24 juin 2022.

6. Voir J. Boudon, « Le fabuleux destin du Dobbs américain » (*Questions constitutionnelles*, 25 novembre 2024) <<https://questions-constitutionnelles.fr/le-fabuleux-destin-du-dobbs-americain/>> consulté le 16 décembre 2024.

7. Voir J. Boudon, *Le frein et la balance. Études de droit constitutionnel américain* (Mare & Martin 2010) 57-8. Ces pages écrites il y a quinze ans n'ont pas été démenties, bien au contraire.

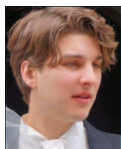
Une histoire hypothétique
La généralisation du *Split System* dans tous les États en 2024

Légende : le nombre de grands électeurs est calculé à partir des élections à la Chambre des représentants organisées lors du *Super Tuesday* le 5 novembre 2024 (à ce jour, trois résultats restent incertains). Il est tenu compte du XXIII^e amendement relatif à Washington DC et de la particularité du Maine et du Nebraska.

État	House GOP	House DEM	GE GOP	GE DEM
Alabama	5	2	7	2
Alaska	1	0	3	0
Arizona	6	3	8	3
Arkansas	4	0	6	0
Californie	10	42	11	43
Colorado	4	4	6	4
Connecticut	0	5	0	7
Delaware	0	1	0	3
Washington DC	0	0	0	3
Floride	20	8	22	8
Géorgie	9	5	11	5
Hawaï	0	2	0	4
Idaho	2	0	4	0
Illinois	3	14	3	16
Indiana	7	2	9	2
Iowa	4	0	6	0
Kansas	3	1	5	1
Kentucky	5	1	7	1
Louisiane	4	2	6	2
Maine	0	2	1	3
Maryland	1	7	1	9
Massachusetts	0	9	0	11
Michigan	7	6	9	6
Minnesota	4	4	6	4
Mississippi	3	1	5	1
Missouri	6	2	8	2
Montana	2	0	4	0
Nebraska	3	0	4	1
New Hampshire	0	2	0	4
Nevada	1	3	1	5
New Jersey	3	9	3	11

État	House GOP	House DEM	GE GOP	GE DEM
N-M	0	3	0	5
New York	7	19	7	21
North Carolina	10	4	12	4
North Dakota	1	0	3	0
Ohio	10	5	12	5
Oklahoma	5	0	7	0
Oregon	1	5	1	7
Pennsylvanie	10	7	12	7
Rhode Island	0	2	0	4
South Carolina	6	1	8	1
South Dakota	1	0	3	0
Tennessee	8	1	10	1
Texas	25	13	27	13
Utah	4	0	6	0
Vermont	0	1	0	3
Virginie	5	6	8	5
Washington	2	8	2	10
West Virginia	2	0	4	0
Wisconsin	6	2	8	2
Wyoming	1	0	3	0
	221	214	283	255

7 La Cour suprême et l'élection présidentielle américaine



Christophe FABRE,
Avocat au Barreau de Paris,
Lecturer à Sciences Po Paris.
Conseil auprès de la Cour pénale internationale

Dès l'entrée en vigueur de la Constitution américaine en 1789, l'élection présidentielle a produit ses effets sur la Cour suprême tant son résultat influe sur la composition de la Cour mais également car c'est à la suite d'un litige postérieur à cette élection que la Cour établit son contrôle de constitutionnalité des actes législatifs et exécutifs. L'influence de l'élection présidentielle sur la Cour suprême semble aujourd'hui s'accroître à la faveur de nouveaux développements. En retour, si par le passé la Cour suprême a pu décider directement l'issue de la présidentielle et souffrir ainsi nombre de critiques, elle ajusta sa jurisprudence en réponse. Néanmoins, fidèle à son office d'interprète en dernier ressort du droit fédéral, la Cour suprême exerce toujours une influence médiate sur l'élection présidentielle, fixant des principes de sincérité et d'égalité du scrutin dont elle contrôle l'application par les États fédérés.

1 - Alexander Hamilton, dans le *federalist paper* n° 78 ultérieurement repris par le *Chief Justice* Marshall dans l'arrêt *Marbury v. Madison*¹, légitime le contrôle de constitutionnalité de la loi, citant notamment Montesquieu : « Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon quasi nulle. Il n'en reste que deux »².

Deux siècles plus tard, le Professeur A. Bickel récusait le caractère inoffensif du pouvoir judiciaire³, voyant dans le contrôle de constitutionnalité de la loi un instrument de pouvoir contre-majoritaire⁴.

Au-delà des travaux doctrinaux, il convient de rappeler que la présidence des États-Unis et la Cour suprême, procédant de légitimités différentes, œuvrent dans l'intérêt de l'ensemble des Américains. Aussi est-il préoccupant de constater que la confiance de ceux-ci dans ces deux institutions est en fort recul ces dernières années.

Ainsi, à la fin de son mandat, au 18 décembre 2024, le président J. Biden reçoit un taux d'approbation de 39 %, soit le même score que l'ancien et futur président D. Trump en décembre 2020. Les chiffres⁵ de ces deux dernières présidences sont à lire en perspective avec le taux d'approbation moyen des présidents de 52 % sur la période 1938-2024.

De même, s'agissant de la Cour suprême, en septembre 2009, 61 % des Américains déclaraient approuver son fonctionnement alors que ce taux d'approbation tomba à 43 % en juillet 2024⁶.

Cette chute de 19 points en quinze ans procède de multiples causes, et parmi celles-ci la perception d'une polarisation croissante de la plus haute juridiction du pays. Dans ce contexte, il convient de centrer la focale sur une question plus précise encore mais non moins importante : celle du jeu d'influences réciproques qu'entretiennent l'élection présidentielle américaine et la Cour suprême.

Précisément, comment l'élection présidentielle produit-elle ses effets sur la Cour suprême qui, en retour, par son contrôle de l'organisation de cette élection au sein des États fédérés, fixe les principes et contours du scrutin présidentiel ?

La Cour suprême est objet de l'élection présidentielle en ce que l'élargissement de son office et sa composition procèdent de litiges liés à l'élection présidentielle (1). Inversement, la Cour suprême se fait arbitre du droit constitutionnel fédéral, guidant immédiatement ou médiatement l'organisation de l'élection présidentielle (2).

1. La Cour suprême, objet de l'élection présidentielle

2 - Si un litige post-élection présidentielle a permis à la Cour suprême d'affirmer son pouvoir de *judicial review* (A), la plus haute juridiction du pays reste un enjeu central de cette élection (B).

A. - L'élargissement du pouvoir de la Cour à la suite d'un litige post-élection présidentielle : *Marbury v. Madison*⁷

3 - **Contexte de la décision.** L'élection présidentielle de 1800 opposait le président fédéraliste John Adams, deuxième président et candidat à sa réélection, à l'anti-fédéraliste Thomas Jefferson et à un troisième candidat, Aaron Burr. Jefferson emporta le vote populaire et le vote électoral à égalité avec Burr avant d'être *in fine* déclaré victorieux. Entre l'élection et la prise de fonction de Jefferson, le président en exercice Adams nomma son ministre des Affaires étrangères, John Marshall, président de la Cour suprême, conservant cette dernière fonction après le terme de l'administra-

1. Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison* (1803) 5 US. Cranch 137.
2. C.-L. de Secondat, dit Montesquieu, *De l'esprit des lois* (Livre XI, Chapitre VII « De la constitution d'Angleterre ») (1748).
3. A. Bickel, *The Least Dangerous Branch, the Supreme Court at the Bar of Politics* (Yale University Press 1986).
4. Dans son chapitre 'Establishment and justification of judicial review, the Counter-majoritarian difficulty', A. Bickel écrit : 'When the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of the elected executive, it thwarts the will of the representatives of the actual people of the here and now ; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it'.
5. 'Presidential Approval Ratings – Joe Biden' (*Gallup*) <<https://news.gallup.com/poll/329384/presidential-approval-ratings-joe-biden.aspx>> consulté le 9 janvier 2025.
6. 'Approval of U.S. Supreme Court Stalled Near Historical Low' (*Gallup*, 30 Juillet 2024) <<https://news.gallup.com/poll/647834/approval-supreme-court-stalled-near-historical-low.aspx>> consulté le 9 janvier 2025.

7. Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison*, *op. cit.*

tion Adams. En effet, John Adams entendait faire perdurer l'influence de son mouvement par-delà son administration également sur celle de Jefferson par plusieurs mesures.

D'une part, afin d'entraver tout changement de contrôle de la Cour suprême, une loi de février 1801⁸ réduisit le nombre de *justices* de 6 à 5. D'autre part, peu après, le Congrès majoritairement fédéraliste permit au président de nommer 42 juges de paix, ce qu'il fit sans délai tandis que le Sénat entérina les nominations la veille de l'inauguration de Jefferson. Immédiatement, le secrétaire d'État Marshall ordonna la délivrance des commissions. Pourtant, celle de William Marbury ne put l'être avant la prise de fonction de Jefferson. Immédiatement après son serment, le troisième président américain ordonna à son nouveau secrétaire d'État, James Madison, d'empêcher l'entrée en fonction de Marbury par rétention du document. En décembre 1801, Marbury saisit la Cour suprême à l'effet de contraindre Madison à délivrer cette commission. À la suite de diverses suspensions, l'audience se tint en 1803.

Portée de la décision. Ainsi, un litige post-électoral né d'une rivalité exacerbée entre fédéralistes et anti-fédéralistes permit à la Cour suprême de rendre sa plus notable décision. Sur le fond, Marbury succomba puisque la Cour jugea que la loi fédérale de 1789⁹ attribuant compétence matérielle pour connaître du litige violait les cas de compétence originelle de la Cour suprême limitativement énumérés par la Constitution¹⁰. L'essentiel n'était pourtant pas là. Cette décision historique née d'une querelle post-élection présidentielle conférait à la Cour suprême le pouvoir de déclarer des actes législatifs et exécutifs contraires à la Constitution, sans mention expresse d'un tel pouvoir dans ce document. Deux siècles plus tard, c'est toujours sur le fondement de cet arrêt que la Cour suprême exerce son office de *judicial review* et légitime sa jurisprudence¹¹.

Ainsi, la Cour suprême ayant affermi son autorité et élargi son office, elle devint logiquement un enjeu crucial de cette élection.

B. - La Cour suprême, enjeu de la présidentielle

4 - L'histoire constitutionnelle américaine témoigne d'une composition changeante de la Cour suprême tant pour répondre aux défis de l'élargissement du territoire américain (les *justices* étaient responsables de différents circuits¹²) qu'en raison de luttes d'influences politiques.

Initialement fixé à 6, le nombre de juges passa de 5 en 1801 à 7 en 1807, puis 9 en 1839 pour arriver à 10 en pleine guerre de Sécession en 1863. Un an après l'assassinat du président Abraham Lincoln, en 1866, le Congrès à majorité républicaine vota une loi de non-remplacement¹³ des trois prochaines vacances à la Cour suprême pour cantonner l'influence du président démocrate d'alors Andrew Johnson. En 1869, avec une présidence de nouveau républicaine à la suite de l'élection du général Ulysse S. Grant, la loi restaura à 9 le nombre de juges à la Cour suprême, octroyant deux nominations immédiates au président. Ce chiffre est demeuré inchangé jusqu'à nos jours. Il convient de noter que la composition de la Cour fut modifiée au moyen de lois fédérales sans besoin d'amender la Constitution et que déjà au XIX^e siècle le parti politique majoritaire au Congrès augmentait ou réduisait

le nombre de sièges en considération de ses préférences d'interprétation jurisprudentielle.

Temporalité de l'élection présidentielle et sélection des justices. Classiquement, le résultat des élections présidentielle et sénatoriales déterminent l'accès à la Cour suprême. Pourtant, l'élection présidentielle semble exercer aujourd'hui une influence encore plus prégnante sur le processus de sélection des *justices* que jadis. De fait, l'année présidentielle 2016 marqua un tournant en ce que le processus de nomination fut décalé précisément pour refléter les résultats d'une élection à intervenir près de 9 mois après la vacance d'un siège.

En effet, le juge Antonin Scalia décéda le 13 février 2016 de sorte qu'un mois plus tard, le président Obama nomma Merrick Garland¹⁴ en remplacement sous condition d'approbation par une majorité du Sénat après audition du candidat.

Pourtant, après même que la cérémonie officielle de nomination du candidat fut effectuée, le républicain Mitch McConnell, alors chef de la majorité sénatoriale, annonça que le Sénat n'organiserait pas les auditions de confirmation de M. Garland, arguant qu'il convenait d'attendre le résultat de la présidentielle 2016 pour que le nouveau président nomme un candidat reflétant le choix des électeurs. Cette décision accentuait l'emprise du politique sur le judiciaire car elle conditionnait encore davantage la nomination des *justices* à une élection présidentielle à venir. Le président Obama¹⁵ notait l'ironie à ce qu'une interprétation *non-originalist* de la Constitution entravât le remplacement du juge Scalia, chantre de l'interprétation *originalist*¹⁶.

Les audiences ne se tinrent jamais et M. Garland ne put même tenter de convaincre le Sénat. À la suite de la victoire de D. Trump en 2016 et à la suppression du *filibuster*¹⁷ pour le vote de confirmation des *justices*, le juge Neil Gorsuch fut nommé et confirmé par le Sénat. Conformément à la Constitution, un exécutif et un Sénat favorables sont les conditions *sine qua non* des nominations à la Cour suprême. Toutefois, la présidentielle 2016 marqua un tournant car elle produisit ses effets postérieurement à son résultat, logiquement, mais également antérieurement à sa tenue, ce qui l'était beaucoup moins.

Il n'en alla pourtant pas de même après le décès de la juge de la Cour suprême Ruth Bader Ginsburg le 18 septembre 2020. En effet, quelques heures après l'annonce officielle, le président Trump annonça une nomination sans délai afin que le Sénat puisse tenir audience et confirmer avant le scrutin du 3 novembre 2020.

Les Démocrates dénoncèrent un double standard. En 2016, un Sénat à majorité républicaine refusa d'auditionner M. Garland nommé 8 mois avant le vote alors qu'Amy Coney Barret fut nommée le 26 septembre et confirmée par le Sénat le 26 octobre 2020, soit 6 jours avant le scrutin présidentiel tandis que le vote par correspondance avait commencé dans nombre d'États. Autant d'épisodes ne manquèrent pas d'aggraver la politisation du processus de nomination des juges à la Cour suprême.

La Cour suprême, argument de campagne présidentielle. Au-delà du processus en lui-même, les candidats à la présidence utilisent souvent leur pouvoir de nomination des juges comme

8. *Judiciary Act of 1801*, 13 février 1801, 2. Stat.89

9. *Judiciary Act of 1789*, 24 septembre 1789, 1 Stat. 37

10. Constitution américaine, Article III, Sect. 2, Clause 2.

11. Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Anderson* 601 US. 100 (2024) ; *Moore v. Harper*, 600 US. 1(2023).

12. Conformément aux *Judiciary Act* de 1789 *op. cit.*, les membres de la Cour suprême devaient se déplacer physiquement dans les territoires assignés à chacun aux fins de juger de diverses affaires dans ces territoires. Ces déplacements en présentiel aux fins d'adjudication furent supprimés en 1911. Toutefois, à ce jour, chacun des 9 juges de la Cour suprême est responsable du traitement des affaires qui trouvent leur origine dans son circuit. Voir 'The Supreme Court at Work' (*Supreme Court of the United States*) <<https://www.supremecourt.gov/about/courtatwork.aspx>> consulté le 9 janvier 2025.

13. *Circuit Reorganization Act of 1866*, 23 juillet 1866, 14 Stat. 209.

14. M.D. Shear, J. Hirschfeld David, G. Harris, 'Obama chooses Merrick Garland for Supreme Court' (*The New York Times*, 16 mars 2010) <<https://www.nytimes.com/2016/03/17/us/politics/obama-supreme-court-nominee.html>> consulté le 9 janvier 2025.

15. Il soutenait que le texte de la Constitution américaine qui mentionnait le verbe 'shall', contredisait l'argument de M. McConnell se fondant sur le texte de art. II sect. 2 cl. 2 de la Constitution qui dispose : 'The President shall nominate by and with the advice and consent of the Senate (...) judges of the Supreme Court'.

16. Pour Justice S. Breyer, cette méthode d'interprétation se comprend ainsi : 'Textualism and originalism ask the judge to look, almost exclusively, to language. And their main point is that statutory or constitutional words mean what a reasonable person would have taken them to mean at the time they were written'.

17. Le *filibuster* est une procédure d'obstruction sénatoriale empêchant la mise aux voix d'un projet, mais qui peut être vaincu si 60/100 des sénateurs consentent à lever l'obstruction.

argument de campagne sur le fond pour accroître leur probabilité de victoire. Deux exemples récents permettent de s'en convaincre.

Lors de la campagne présidentielle 2016, le candidat Trump souligna que son élection permettrait de nommer des juges suprêmes prêts à invalider la jurisprudence *Roe v. Wade*¹⁸ conférant protection constitutionnelle fédérale à l'avortement. L'argument de campagne devint réalité en 2022 par la décision *Dobbs*¹⁹, invalidant 49 ans de jurisprudence de la Cour.

En 2019, lors de la primaire démocrate, Joe Biden à la recherche d'un nouveau souffle dans sa campagne annonça qu'une fois élu, il nommerait la première femme noire à la Cour suprême. Parmi d'autres causes, cette promesse contribua à relancer sa campagne et fut tenue le 30 juin 2022 lorsque Ketanji Brown Jackson remplaça son mentor Stephen Breyer à la Cour suprême.

Une fois en exercice, l'influence du politique sur le pouvoir judiciaire fédéral, toujours présent dans l'histoire américaine, semble s'être accrue au cours des dernières décennies. En effet, les années 1990 témoignent d'une faible polarisation, avec des candidats largement plébiscités. Ainsi les *justices* R. B. Ginsburg et S. Breyer furent confirmés par le Sénat avec une excellente approbation bipartisane, respectivement 96-3 et 87-9.

Les années 2000-10 sont le signe d'une polarisation émergente, reflétée dans les votes de confirmation suivants : 78-22 pour J. Roberts ; 58-42 pour S. Alito ; 68-31 pour S. Sotomayor et 63-37 pour E. Kagan.

Les années 2010-22 se caractérisent par une polarisation accentuée, rendue possible par la suppression du *filibuster* quant au vote de confirmation des juges suprêmes. Ainsi en attestent les votes suivants : 54-45 pour N. Gorsuch ; 50-48 pour B. Kavanaugh ; 52-48 pour A.C. Barrett et 53-47 pour K. Jackson.

Aussi, afin d'éviter que D. Trump nomme 3 juges lors d'un mandat tandis que B. Obama et G. W. Bush n'en nommèrent que 2 sur deux mandats et J. Carter aucun, la commission de réforme de la Cour suprême propose désormais une limitation du terme des *Justices* à 18 ans²⁰. Chaque président pourrait ainsi nommer deux *justices* au cours d'un mandat, garantissant une meilleure prévisibilité dans la composition de la Cour. Toutefois, ce projet destiné à restituer une forme d'égalité des nominations risque de rester lettre morte dans un avenir proche car les Républicains, désormais en contrôle de l'exécutif et du Congrès, n'y ont guère intérêt.

Si l'élection présidentielle produit ses effets sur la Cour suprême, par retour, la Cour suprême exerce son influence sur cette élection tant sa jurisprudence détermine directement ou indirectement les principes régissant le scrutin présidentiel.

2. La Cour suprême, arbitre du scrutin présidentiel

5 - Si la Cour suprême trancha directement l'issue de l'élection présidentielle 2000 (A), sa jurisprudence récente montre une réticence à se saisir de questions aux implications politiques. Toutefois, conformément à son office d'interprète du droit constitutionnel fédéral, la Cour suprême régit indirectement l'élection présidentielle en ce qu'elle délimite le pouvoir des États fédérés dans l'organisation de celle-ci (B).

18. Sur le fondement du XIV^e amendement à la Constitution américaine, la Cour suprême présidée par le Chief Justice avait consacré une protection constitutionnelle fédérale de recourir à l'avortement dans l'arrêt *Roe v. Wade* (1973) 410 US. 113. La jurisprudence *Roe* fut confirmée dans son principe par la décision *Planned Parenthood v. Casey* (1992) 505 US. 833 avec toutefois une modification des temporalités pour recourir à l'avortement.

19. Cour suprême des États-Unis, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022) 597 US. 215.

20. Presidential commission on the Supreme Court of the United States, 'Final report' (décembre 2021) <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2021/12/SCOTUS-Report-Final-12.8.21-1.pdf>> consulté le 9 janvier 2025.

A. - La Cour suprême, instance décisionnelle de la présidentielle (*Bush v. Gore*)

6 - Par la décision *Bush v. Gore*²¹ du 12 décembre 2000, pour la première fois dans l'histoire américaine, la Cour suprême à une voix de majorité (5-4) consacra définitivement la victoire de G. W. Bush. Il convient de revenir brièvement sur cette élection afin de comprendre comment et pourquoi le judiciaire *in fine* dut déterminer le candidat victorieux.

L'élection présidentielle du 7 novembre 2000 était singulière à bien des égards. D'abord, elle opposait G. W. Bush, gouverneur du Texas, le fils d'un ancien président et frère du gouverneur de Floride, au vice-président en exercice A. Gore, en charge de présider la certification des résultats de cette élection. Ensuite, la Floride était le principal État clé à la fois car le scrutin y était extraordinairement serré mais également car ses 25 grands électeurs emportaient la majorité du collège électoral et ainsi la présidence. Le 8 novembre 2000, lendemain du scrutin, la commission électorale de Floride déclara G.W. Bush victorieux avec 1784 voix d'avance²² sur A. Gore, soit moins de 0,5 % des suffrages exprimés. Si un recomptage automatique²³ fut effectué, A. Gore exigea un recomptage manuel dans 4 comtés de Floride. À la suite de questions procédurales nombreuses et complexes²⁴, le litige fut finalement porté devant la Cour suprême de Floride puis la Cour suprême fédérale. Il convient d'y revenir tour à tour.

La décision de la Cour suprême de Floride²⁵. Elle rejeta les recours de A. Gore dans certains comtés mais accueillit sa demande de recompte manuel de 9000 bulletins dans le comté de Miami-Dade, raisonnant que les machines n'avaient pas tenu compte de certains votes réguliers. Elle jugea qu'au vu du caractère exceptionnellement serré du scrutin, le fait que, probablement, certains votes réguliers parmi ces 9000 négligés ne furent pas comptés jetait un doute sur le résultat de l'élection. Ainsi ordonna-t-elle un recompte manuel sans délai. En sus, la Cour jugea que le tribunal de première instance avait utilisé un standard de preuve erroné et ordonna que des recomptes manuels soient effectués partout où cela ne fut pas fait, notant des gains de 215 et 168 voix en faveur de Gore dans 2 comtés.

Tandis que ces recomptages manuels étaient en cours, G. W. Bush demanda à la Cour suprême fédérale de suspendre les effets de la décision de Floride et d'examiner l'affaire. Celle-ci accepta et ainsi devait trancher la question de droit suivante : l'ordre de recomptage manuel décidé par la Cour suprême de Floride sans fournir davantage d'indications violait-il la clause d'égalité de lois et les garanties juridiques du XIV^e amendement ? Autrement dit, les procédures de recomptage mentionnées par la Cour suprême de Floride permettaient-elles d'éviter un traitement arbitraire et différencié de l'électorat ?

La décision de la Cour suprême fédérale. La Cour suprême fédérale répondit par la négative, raisonnant qu'une fois l'égalité du

21. Cour suprême des États-Unis, *Bush v. Gore* (2000) 531 US. 98.

22. La commission des élections de Floride déclara que G. W. Bush avait reçu 2.909.135 votes contre 2.907.351 pour A. Gore.

23. Le recomptage opéré par la machine donna cette fois un écart de simplement 327 votes en faveur de G. W. Bush.

24. Tant le secrétaire d'État de Floride que le tribunal de première instance déclarèrent qu'il ne pouvait y avoir de recompte 7 jours après l'élection, soit après le 14 novembre. Saisie, la Cour suprême de Floride invalida la décision de première instance, ordonnant que les recomptes manuels dans ces 4 comtés furent achevés avant le 26 novembre. Dans l'intervalle, le 24 novembre, la Cour suprême fédérale accepta l'examen du litige pour finalement demander à la Cour suprême de Floride de clarifier la base légale de sa solution.

Le 6 décembre 2000, la Cour suprême de Floride tint audience avant de décider le lendemain à 4 votes contre 3 en faveur de Gore, invalidant la Cour de première instance qui avait utilisé un standard de preuve erroné. La Cour suprême de Floride ordonna que partout où cela ne fut pas fait, des recomptes manuels soient effectués, notant des gains de 215 et 168 voix en faveur de Gore dans 2 comtés.

25. Cour suprême des États-Unis, *Gore v. Harris* (2000) 772 So. 2nd 1243.

vote proclamée dans l'État fédéré²⁶, les Cours de Floride ne pouvaient valider un processus de recomptage manuel sans s'assurer d'exigences minimales prémunissant contre un traitement arbitraire des électeurs. En effet, l'instruction montra que de comté à comté, les standards régissant la décision d'acceptation ou de rejet des bulletins contestés n'étaient pas uniformes.

D'avantage, au sein d'un même comté, les standards divergeaient d'un recomptage à un autre. Aussi, la Floride n'avait pas démontré que ses procédures garantissaient un traitement équitable des votants. Dès lors, la clause d'égalité protection des lois du XIV^e amendement était violée de sorte que la décision de Floride était annulée et G.W. Bush déclaré victorieux. Il importe de constater que chaque membre de la minorité rédigea sa propre opinion dissidente, montrant une opposition marquée à la décision de la majorité.

Dans un passage livré à la postérité, la Cour insista sur son inconvénient à trancher directement l'issue de la présidentielle et l'importance du vote du peuple à travers les législatures étatiques mais rappela la nécessité de trancher, en dernier lieu, les questions constitutionnelles qui lui sont soumises par le système judiciaire.

Ainsi, de manière inédite et s'exposant alors à la critique politique et doctrinale²⁷, la Cour suprême était-elle intervenue directement dans l'élection présidentielle, suspendant la décision de Floride et déclarant G. W. Bush *de facto* victorieux. Si la jurisprudence ultérieure de la Cour fit montre d'une prudence renouvelée quant aux questions à enjeux politiques, nombre d'affaires lui furent soumises, l'obligeant à délimiter le pouvoir des États fédérés dans l'organisation de l'élection présidentielle.

B. - La Cour suprême, arbitre du pouvoir des États dans l'organisation de la présidentielle

7 - Rejet de la doctrine de l'indépendance des législatures des États fédérés dans l'organisation des élections fédérales. Dans l'arrêt *Bush v. Gore*²⁸, le *Chief Justice* Rehnquist ainsi que les juges Scalia et Thomas estimèrent que la constitution fédérale confiait aux parlements des États l'organisation exclusive de l'élection présidentielle en leur sein. Cette doctrine, dite de l'*indépendance* des législatures des États, postule que ni le droit fédéral ni les Cours suprêmes étatiques interprétant leurs propres constitutions ne peuvent contrôler l'organisation des élections fédérales effectuées par les 50 parlements étatiques car cette compétence est dévolue exclusivement aux législatures des États.

Cette doctrine fut de nouveau évoquée avec faveur par les juges Thomas, Alito et Gorsuch à la veille de l'élection présidentielle de 2020²⁹. Toutefois, au vu de la proximité de l'élection, la Cour suprême ajourna sa décision sur ce point.

La question fut finalement tranchée à la faveur d'un contentieux né en Caroline du Nord, l'affaire *Moore v. Harper*³⁰. La question de droit était la suivante : la Constitution fédérale conférant autorité aux législatures des États fédérés dans l'établissement des règles relatives aux élections fédérales exclut-elle toutes limitations imposées par le droit de l'État fédéré ?

La Cour suprême répondit par la négative, rappelant qu'avant la Constitution fédérale et l'arrêt *Marbury v. Madison*, déjà, les Cours suprêmes des États exerçaient leur office de *judicial review* ; que ce contrôle était au nombre des principes fondamentaux d'une

société et que la Constitution fédérale n'avait pas fait exception à ce principe cardinal.

La portée de la décision était limpide : si les législatures des États fédérés organisent les élections fédérales en leur sein, elles doivent respecter les principes constitutionnels de l'État fédéré tels qu'interprétés par les Cours suprêmes étatiques. Témoinant de l'importance de la décision, le *Chief Justice* rédigea une opinion claire et concise, citant à loisir les raisonnements de *Marbury v. Madison*.

Les juges Thomas, Alito et Gorsuch redigèrent certes une opinion dissidente mais l'essentiel était acquis puisqu'une question cruciale du droit américain, longtemps ajournée, était désormais tranchée au moyen d'un triple enseignement.

D'une part, la Cour suprême a compétence pour examiner l'arrêt de la Cour suprême de Caroline du Nord s'étant prononcé sur le découpage partisan des circonscriptions électorales. D'autre part, la Constitution ne donne pas aux législatures étatiques compétence exclusive et indépendante dans l'organisation des élections fédérales au sein des États. Enfin, si la Constitution fédérale ne soustrait pas les parlements étatiques au respect de leur propre constitution dans l'organisation du scrutin, de même, les juridictions fédérales ne sauraient abdiquer leur contrôle tiré de la suprématie du droit fédéral.

Cette décision réaffirma le rôle central du pouvoir judiciaire : le contrôle de conformité de la loi au droit constitutionnel étatique et fédéral permet d'éviter de donner blanc-seing aux parlements des États dans l'organisation des élections fédérales. La Cour suprême venait de fournir le cadre de travail pertinent relatif à l'articulation des compétences États fédérés/droit fédéral quant à l'organisation des élections présidentielles et législatives.

Un an plus tard, la Cour suprême devait préciser la portée de la 3^e section du XIV^e amendement, c'est-à-dire interpréter la disposition d'inéligibilité aux offices fédéraux, y compris l'office présidentiel.

Impossibilité pour les États fédérés de disqualifier un candidat à l'élection présidentielle. Le 19 décembre 2023, la Cour suprême du Colorado disqualifia D. Trump à concourir à la primaire de cet État au fondement du XIV^e amendement section 3 de la Constitution américaine³¹ pour avoir incité à insurrection contre les États-Unis d'Amérique en raison de ses actes le 6 janvier 2021. Le 5 janvier 2024, la Cour suprême des États-Unis annonça qu'elle analyserait la légalité de cette décision. L'imminence de la primaire républicaine commandait que la Cour suprême tranche urgemment la question de l'éligibilité du favori de la primaire républicaine dans le litige *Trump v. Anderson*³². La Cour suprême fédérale devait répondre à la question de savoir si la Cour suprême du Colorado avait incorrectement décidé d'exclure l'ancien président Trump de sa candidature à la primaire républicaine 2024.

L'audience fut fixée au 8 février pour une décision à intervenir avant le 5 mars 2024, jour du *Super Tuesday* où 16 États votent aux primaires. La décision fut connue le 4 mars 2024, veille de l'échéance. L'arrêt, unanime, invalidait la décision de la Cour suprême du Colorado : le XIV^e amendement ne pouvait être lu comme autorisant les États fédérés à déterminer l'éligibilité aux fonctions fédérales, y compris la présidence. Leur octroyer un tel pouvoir engendrerait non seulement de probables incohérences entre eux³³ mais contredirait le fédéralisme institué par les rédac-

26. Cour suprême des États-Unis, *Harper v. Virginia board of elections* (1966) 383 US. 663.

27. M. Rosenfeld, « Bush contre Gore : trois mauvais coups portés à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie » (2003) 13 Cahiers du Conseil constitutionnel <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/bush-contre-gore-trois-mauvais-coups-portes-a-la-constitution-a-la-cour-et-a-la-democratie>> consulté le 9 janvier 2025.

28. Cour suprême des États-Unis, *Bush v. Gore*, *op. cit.*

29. Cour suprême des États-Unis, *Republican party of Pennsylvania v. Boockvar* (2020) 592 US.

30. Cour suprême des États-Unis, *Moore v. Harper* (2023) 600 US. 1.

31. Ce texte dispose : 'No person shall be a Senator or Representative in Congress, or elector of President and Vice-President, or hold any office, civil or military, under the United States, or under any State, who, having previously taken an oath, as a member of Congress, or as an officer of the United States, or as a member of any State legislature, or as an executive or judicial officer of any State, to support the Constitution of the United States, shall have engaged in insurrection or rebellion against the same, or given aid or comfort to the enemies thereof. But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability'.

32. Cour suprême des États-Unis, *Trump v. Anderson* (2024) 601 US. 100.

33. *Ex parte Virginia*, 100 U.S. 339, 345 (1880) ; *Seminole Tribe of Fla. v. Florida* (1996) 517 US. 44.

teurs de la Constitution³⁴. En effet, la raison d'être³⁵ du XIV^e amendement était de renforcer les pouvoirs de la fédération au détriment de ceux des États fédérés. Dès lors, ces États ne pouvaient, seuls, juger de l'éligibilité aux fonctions fédérales, y compris la présidence tant cette solution nierait son objectif premier. Sur ce point, la Cour suprême était unanime.

Si les juges Sotomayor, Kagan et Jackson étaient en parfait accord avec la majorité sur le résultat à atteindre, les trois *justices* désapprouvèrent certains motifs du raisonnement de la majorité. Dans une opinion séparée, elles lui reprochaient d'avoir jugé que seule une loi fédérale identifiant les candidats parjures empêchés permettait de procéder à la disqualification.

La majorité justifia pourtant cette exigence au moyen de trois arguments : l'existence d'une décision antérieure *Griffin*³⁶ rédigée par l'ancien *Chief Justice* Chase selon laquelle une loi fédérale antérieure était nécessaire pour établir quels individus tombent sous la prohibition du XIV^e amendement ; le paragraphe 5 de ce même amendement renvoyant sa mise en œuvre au Congrès ; l'existence d'une loi fédérale de 1870 ayant mis en œuvre cette section de cet amendement.

L'opinion séparée, à l'inverse, avançait plusieurs arguments pour combattre la nécessité d'une loi fédérale préalable. D'abord un argument de logique textuelle : pourquoi exiger une majorité de

2/3 du Congrès pour enlever la disqualification³⁷ si en l'absence de loi fédérale il ne peut y avoir disqualification ? Elle soulignait également qu'il est de jurisprudence acquise que le reste du XIV^e amendement, même avec le paragraphe 5, est exécutoire de plein droit³⁸ de sorte que la section 3 recevait ici un traitement différencié de ses autres sections.

Quoiqu'il en soit, la Cour suprême conditionne dorénavant la disqualification à l'élection présidentielle à un acte du Congrès aux fins de déterminer qui est inéligible après démonstration de la réunion des critères posés par la section 3 du XIV^e amendement. Ainsi, en réaffirmant la prééminence du fédéralisme américain, la Cour suprême paraît à des discordances³⁹ d'interprétation jurisprudentielles des États fédérés, protégeant l'intégrité du scrutin présidentiel.

*

Il est ainsi à espérer qu'à l'avenir, ce jeu d'influences réciproques entre l'élection présidentielle et la Cour suprême demeure dans ses bornes naturelles pour préserver la République instaurée en 1787 à Philadelphie et fondée sur une double séparation des pouvoirs, à la fois horizontale et verticale.■

34. Cour suprême des États-Unis, *U.S. Term limits, Inc. v. Thornton* (1995) 514 U.S. 779.

35. *Ibid*, *Seminole Tribe of Fla v Florida*. Le XIV^e amendement de 1868, tout comme le XIII^e de 1865 et le XV^e de 1870 font partie des *reconstruction amendments* à la suite de la guerre civile et dont l'objectif était de réunifier le pays par harmonisation du pouvoir fédéral et en limitant davantage les pouvoirs des États fédérés. Ainsi, la formulation de ces amendements est-elle emblématique de cet objectif 'No state shall', 'shall not'.

36. *Griffin's case*, 11 F. Cas. 7, 26 (No.5,815) (CC Va. 1869).

37. La section 3 du XIV^e amendement *in fine* après avoir prévu que les officiers fédéraux des États-Unis ayant trahi leur serment ne sont plus éligibles aux fonctions fédérales prévoit une possibilité de rétablir cette éligibilité : 'But Congress may by a vote of two-thirds of each House, remove such disability'.

38. Cour suprême des États-Unis, *City of Boerne v. Flores* (1997) 521 U.S 507, 524 ; *Civil Rights Cases* (1883) 109 U.S. 3, 20.

39. L. Gamio, M. Smith, N. Bogel-Burroughs, 'Tracking Efforts to Remove Trump from the 2024 Ballot' (*The New York Times*, 4 mars 2024) <<https://www.nytimes.com/interactive/2024/01/02/us/politics/trump-ballot-removal-map.html>> consulté le 9 janvier 2025.

8 The Faithless : Constitutional Constraints on Electors in the United States



Samuel A. STONE,

Professor of Law and International Relations at UDLAP¹

1. A Close Call

1 - It is December 17, 2024, and Pennsylvania's 19 electors gather in Harrisburg, the state capital, to cast their votes for Donald Trump in the narrowest victory in the state's history. Only 289 votes separate Donald Trump from Kamala Harris, but after numerous recounts and legal challenges, Governor Josh Shapiro certifies the results for Trump—apparently handing him the presidency. Harris had unexpectedly swept the Western battlegrounds of Arizona and Nevada while narrowly winning Wisconsin and Michigan. Trump, on the other hand, easily trounced Harris in North Carolina and Georgia, leaving Pennsylvania as the key swing State. With Trump's victory in the Keystone State certified, Harris concedes the race. The Electoral College margin is 270-268.

But what seemed like an end to the electoral drama was only the beginning. Three Trump electors in Pennsylvania, frustrated at Trump's decision to drop former Rep. Matt Gaetz's nomination for Attorney General, decide they cannot support the former president—and announce they are going to cast their three votes for Gaetz instead. Advised by top election lawyers, the three electors argue that once certified, Pennsylvania law does not require them to vote for any specific person. They know casting their votes for Gaetz means letting Harris win, and the pressure from Trump and the Republican Party is immense. Even some Democrats plead with the three faithless electors to follow the will of Pennsylvania voters. All to no avail. They cast their votes for Gaetz.

On January 6, 2025, amidst intense pressure from all sides and a punt from the United States Supreme Court (which, in a 5-4 decision, declared the crisis a 'political question'), Congress narrowly certifies the results : a final tally of 268 electoral votes for Harris, 267 for Trump, and 3 for Gaetz. For the first time in history,² 'faithless electors' determine the US presidential election result.

Clearly, this alternative universe did not come to pass. Nevertheless, the initial 270-268 Electoral College outcome suggested is just one of numerous plausible results to the 2024 US presidential election where the two candidates were tied at 269 electors each³ or at a 270-268 margin.⁴ These close results would leave

just one to three electors as essential to the outcome.⁵ US elections in the 21st century have been relatively close both in terms of the popular vote in key swing states and in the Electoral College overall.⁶ The opening scenario serves as a backdrop to analyze the constitutionality of so-called 'faithless electors' in States that do not regulate their conduct.

2. Faithlessness In Practice

2 - A person becomes president or vice-president of the United States if they win a majority of votes in the Electoral College, which is made up of 'a Number of Electors, equal to the whole Number of Senators and Representatives to which the State may be entitled in the Congress'.⁷ Currently, that number stands at 538, making a majority 270 Electoral College votes.⁸ Most states work on a winner-take-all system, where the candidate who wins the popular vote in the state is entitled to name all of the state's electors—who will presumably vote for that candidate.⁹ When people vote for a presidential candidate, therefore, they are actually voting for electors who will then choose the president.¹⁰ It is the candidate's name that appears on the ballot, however.¹¹ While some hold that the system is undemocratic, it unquestionably relies on voters to make the choice. Faithless electors, however, undermine the will of those voters.

1. The author would like to thank Ms. Odette Obaldia Torres for her support researching this article. Ms. Obaldia currently studies both the Law and International Relations undergraduate degrees at the Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) and is completing her Honors Program thesis under the author's supervision.

2. In our real timeline, faithless electors have never altered the outcome of a US election. R. Wheeler, 'Can the Electoral College be Subverted by "Faithless Electors"?' (*The Brookings Institution*, 21 October 2020) <<https://www.brookings.edu/articles/can-the-electoral-college-be-subverted-by-faithless-electors/>> accessed 10 December 2024.

3. In case of an Electoral College tie, the Constitution calls for the House of Representatives to elect the president and the Senate to elect the vice-president. 'How the President is Elected' (*USAGOV*) <<https://www.usa.gov/election>> accessed 8 December 2024.

4. The other most likely scenario was widely discussed during the election and involved Vice-President Harris winning Nebraska's 2nd US House district, along with Wisconsin, Michigan, and Pennsylvania, resulting in a 270-268 Electoral College victory for Harris. BBC, 'Path to 270 : The states Harris and Trump need to win' <<https://www.bbc.co.uk/news/resources/1d0dcfee6-7d9f-4d20-a07e-aa7b85dc56bd>> accessed 8 December 2024.

5. The potential of faithless electors altering the results of a presidential election has been widely discussed in literature. See, e.g. Wheeler, *supra* n. 2.

6. For example, the 271-266 and 286-251 Electoral College margins for George W. Bush in 2000 and 2004, both of which came down to a few thousand (or, in the case of Florida in 2000, a few hundred) votes in one swing state. The narrow victories in swing states that propelled Trump and later Biden to the presidency in 2016 and 2020, respectively, need no introduction. D. Roos, '5 Presidents Who Lost the Popular Vote but Won the Election' (*History*, 2 November 2020) <<https://www.history.com/news/presidents-electoral-college-popular-vote>> accessed 8 December 2024.

7. U.S. Constitution 1789, Art II (1). One of the earliest changes to the Constitution provides for separate ballots in the Electoral College for president and vice-president, eliminating the unworkable original arrangement ; *Ibid.* Am. 12.

8. This number represents 435 members of the US House of Representatives, 100 Senators, and three votes for the District of Columbia, which does not have representation in Congress. 'How the President is Elected', *supra* n. 3 ; T. Hals, 'How does the US Electoral College work?' (*Reuters*, 5 November 2024) <<https://www.reuters.com/world/us/electoral-college-2024-us-presidential-race-2024-10-07/>> accessed 10 December 2024.

9. Nebraska and Maine work on a district winner basis, allocating one Electoral College vote to the winner of each congressional district, and two votes to the statewide winner. *Chiafalo v. Washington*, 591 U.S. 578, 584 (2020).

10. *Ibid.* 581.

11. *Ibid.* 584.

A 'faithless Elector' is a member of the Electoral College who fails to vote for the candidate who won the popular vote in the State they represent.¹² The Constitution vests the power over these appointments to state, not federal, law.¹³ While some states have laws granting them power to replace a faithless Elector, others merely fine them but count their votes, while others have no regulation of electors at all.¹⁴ As the initial hypothetical suggests, one such State is the perennial battleground of Pennsylvania.¹⁵

Faithless electors have been relatively uncommon throughout American history with only 90 such votes for president across time with the most recent being 10 in 2016.¹⁶ While faithless electors have yet to decide the outcome of a US presidential election,¹⁷ given the polarized and calcified nature of the American electorate, extremely close Electoral College outcomes are not only conceivable, but probable. It is therefore incumbent to analyze the constitutional status of those electors.

3. Faithlessness at the Court

3 - Over the centuries, the United States Supreme Court has said little about constraints on electors, but it has issued two landmark rulings on the matter : *Ray v. Blair* in 1952 and *Chiafalo v. Washington* in 2020.¹⁸ In these two cases, the Court has made clear that while State governments have a broad capacity to regulate their electors, the federal government generally does not.

When States began requiring pledges of their electors to back the candidate of the winning party, the Court upheld such pledges, 'rejecting the argument that the Constitution " demands absolute freedom for the Elector to vote his own choice ".¹⁹ At the time of *Ray*, the electors challenging the pledges argued that the Founders intended electors to 'select [a president] according to [their] best judgement,' an argument the Court soundly rejected under both Article II and the Twelfth Amendment.²⁰ History's 'longstanding practice' dating back to the early 19th century, as well as the fact that the candidate's name – and not the electors' names – appear on the ballot, weighed heavily against unfettered power for electors to vote their will.²¹

States, moreover, may enforce those pledges through legal sanctions.²² 'Art. II, §1's appointments power gives the States

far-reaching authority over presidential electors' and States have the 'broadest power of determination' over who becomes an elector.²³ That appointment power inevitably comes with the ability to impose conditions on the appointment, including residency in-state, eligibility as a voter – and pledges to uphold the will of the voters.²⁴ The unanimous opinion in *Chiafalo*²⁵ conducts an extensive and compelling textual and historical analysis to reach this conclusion. In short : States are certainly allowed to condition and compel electors.

The question remains open, however, as to what happens when a state does not regulate faithless electors – and it remains relevant considering only 22 states cancel the votes of faithless electors even four years after the *Chiafalo* decision.²⁶ Since then, some scholars have made compelling arguments that the Fourteenth Amendment to the US Constitution requires states to enact strict faithless elector laws, essentially outlawing the practice.²⁷ Some of these arguments, especially those related to the Equal Protection Clause, are objectively strong. The Court itself explicitly posits that while a state's power over presidential electors is 'far reaching,' limits to that power exist and 'can theoretically come from anywhere in the Constitution' – and goes on to provide the Equal Protection Clause as a specific example.²⁸

Nevertheless, given the focus in *Ray* and *Chiafalo* on the extensiveness of state power over electors, as well as the current ideological composition of the US Supreme Court, holding that the federal constitution in some way requires states to pass faithless elector laws is unlikely. Six of the Court's nine justices are avowed proponents of 'States' rights', and it is difficult to see how two of them could come around to stripping that discretion from the states – assuming Justices Sotomayor, Kagan, and Jackson agree. Subsequent decisions from the Court citing *Chiafalo*, such as *Trump v. Anderson*, have explicitly stated that federalism principles come into play when considering a state's authority over presidential electors.²⁹ A states' rights majority using the rationale from *Ray*, *Chiafalo*, and other cases could easily determine that whether to require pledges from and impose sanctions on electors is a state prerogative, not a federal one.

In a parallel universe there might very well be a 5-4 majority to embrace an Equal Protection Clause requirement that states pass faithless elector laws, essentially declaring the practice unconstitutional. In our universe, however, it will continue to be up to individual states to pass and improve their laws. If, that is, they ever get around to it. ■

12. *Ibid.* 584-5 ; and 'Faithless elector' (Merriam-Webster) <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/%20faithless%20elector>> accessed 8 December 2024.

13. *Chiafalo*, *supra* n. 9, 587 (citing *In re Guerra*, 193 Wash. 2d 380, 393, 395-96 (2019)).

14. *Ibid.* 585 ; Currently, 22 States prohibit faithless Electors and cancel their votes, while another 15 prohibit them without explicitly canceling their votes ; a final 12 States have no faithless Elector laws at all. D. Otis, 'Do faithless electors change presidential election results ?' (28 October 2024) <<https://fairvote.org/do-faithless-electors-change-presidential-election-results/>> accessed 12 December 2024.

15. Otis, *ibid.*

16. *Ibid.* And 75 faithless votes for vice-president ; *Ibid.* Counts vary, however, with the Court stating that 180 faithless votes have been cast ; *Chiafalo*, *supra* n. 9, 596.

17. Otis, *supra* n. 14.

18. *Ray v. Blair*, 343 U.S. 214 (1952) ; *Chiafalo*, *supra* n. 9.

19. *Chiafalo*, *supra* n. 9 at 581 (citing *Ray*, *ibid.* 228).

20. *Ibid.* 588 (citing *Ray*, *supra* n. 18, 225).

21. *Ray*, *supra* n. 18, 228-30.

22. *Chiafalo*, *supra* n. 9, 581, 588.

23. *Ibid.*, 589 (citing *McPhearson v. Blacker*, 146 U.S. 1, 27 (1892)).

24. *Ibid.* 589.

25. Justice Thomas issued a concurring opinion but agreed with the judgement. *Chiafalo* (Thomas, J., concurring), *supra* n. 9, 597.

26. Otis, *supra* n. 14.

27. J.A. Cranmer, 'Keeping the Faith : How the Fourteenth Amendment Should Protect Against Faithless Electors' (2023) 56 Akron Law Review <<https://ideaexchange.uakron.edu/akronlawreview/vol56/iss1/3/>> accessed 10 December 2024.

28. *Chiafalo*, *supra* n. 9, 588-9, fn 4.

29. *Trump v. Anderson*, 601 U.S. 100, 119 (Sotomayor, Kagan, and Jackson, JJ., concurring). While the argument in *Trump v. Anderson* focuses on how federalism principles expand, not limit federal power, it is easy to adapt such arguments in a different case to strengthen State power.

9 L'élection présidentielle américaine à l'aune de la pratique du « survivant désigné »



Nolwenn DUCLOS,
Maître de conférences à l'Université Lumière Lyon 2

1 - « *I do solemnly swear (or affirm) that I will faithfully execute the office of President of the United States, and will to the best of my ability, preserve, protect, and defend the Constitution of the United States* ». ¹ Lorsque Donald Trump prononcera ces mots, le 20 janvier prochain, il deviendra le 47^e président des États-Unis. Au même moment, Joe Biden aura choisi un membre de son cabinet pour être le « survivant désigné » durant la cérémonie d'investiture. Celui-ci sera mis à l'abri par le *Secret Service* et pourrait devenir le nouveau président des États-Unis, si un attentat terroriste ou une attaque nucléaire frappait le Capitole à l'occasion de l'*Inauguration day* ².

Héritée de la guerre froide, cette pratique constitutionnelle s'est d'abord développée à l'occasion du discours annuel sur l'état de l'Union, lorsque tous les membres de l'ordre de succession présidentielle étaient réunis. Conformément à ce dernier, en cas de destitution, de mort, de démission ou d'incapacité du président des États-Unis d'exercer les pouvoirs et de remplir les devoirs de sa charge, ceux-ci sont dévolus à son vice-président ³. Si le président et le vice-président sont simultanément empêchés, c'est le *speaker* de la Chambre des représentants qui assume la fonction, jusqu'à l'expiration du mandat. En cas d'empêchement de ce dernier, la charge revient alors au président *pro tempore* du Sénat, puis aux membres du cabinet présidentiel mentionnés par ordre d'apparition historique de leurs départements : *Secretary of State, Secretary of the Treasury, Secretary of Defense, Attorney General, Secretary of the Interior, Secretary of Agriculture, Secretary of Commerce, Secretary of Labor, Secretary of Health and Human Services, Secretary of Housing and Urban Development, Secretary of Transportation, Secretary of Energy, Secretary of Education, Secretary of Veterans Affairs, Secretary of Homeland Security* ⁴. Or, au moment du discours sur l'état de l'Union, toutes ces personnalités sont réunies au Capitole, sauf le « survivant désigné » qui est mis à l'abri.

La liste des personnalités choisies pour endosser ce rôle, dressée par le bureau historique du Sénat des États-Unis – « *Cabinet members who did not attend State of the Union Address (Since 1984)* » – ne mentionne pas de « survivant désigné » au moment de la cérémonie d'investiture ⁵. Pourtant, le témoignage des principaux intéressés et la presse américaine relatent le développement

de cette pratique, au moins depuis 2005 : Gale Norton, secrétaire à l'Intérieur, fut désignée à l'occasion de la cérémonie d'investiture de George W. Bush, le 20 janvier 2005 ⁶ ; Robert Gates, secrétaire à la Défense, fut désigné à l'occasion de la cérémonie d'investiture de Barack Obama, le 20 janvier 2009 ⁷ ; Jeh Johnson, secrétaire à la Sécurité intérieure, fut désigné à l'occasion de la cérémonie d'investiture de Donald Trump, le 20 janvier 2017 ⁸. Cette pratique constitutionnelle interroge certains aspects du fonctionnement du système constitutionnel et électoral américain, qui peuvent être analysés à partir de l'exemple de l'élection présidentielle de 2024. D'une part, la prévisibilité des règles de succession présidentielle qui caractérise les États-Unis et le développement, sur leur fondement, de la pratique du « survivant désigné » sont justifiés par la temporalité particulière de l'élection présidentielle (1). D'autre part, la généralisation de cette pratique à l'occasion de la cérémonie d'investiture du nouveau président élu met en lumière certaines difficultés soulevées par la période de transition entre l'*Election Day* et l'*Inauguration Day* (2).

1. La temporalité de l'élection

2 - L'habitude qui a été prise, depuis 1984 au moins mais probablement depuis plus longtemps ⁹, de choisir un « survivant désigné » s'explique, certes, par la conscience aiguë que les Américains ont des menaces nucléaires et terroristes qui pèsent sur leur pays ¹⁰. Interrogé à propos de cette pratique, la veille du discours sur l'état de l'Union prononcé par Barack Obama le 12 janvier 2016, le porte-parole de la Maison Blanche déclarait : « *We take all of the necessary contingency steps, even the ones that are taken solely out of an abundance of caution, to ensure that the United States government, even in the event of the unthinkable, needs to*

1. *Constitution des États-Unis*, Article II, Section I (adoptée le 17 septembre 1787).
2. N. Duclos, « Le survivant désigné » : un excès de l'ordre de succession présidentielle américain ? (2017) 112 *Revue française de droit constitutionnel* 881.
3. *Constitution des États-Unis*, Article II, Section I (adoptée le 17 septembre 1787).
4. Presidential Succession Act 1947.
5. Sénat des États-Unis, 'Cabinet Members Who Did Not Attend State of the Union Address (Since 1984)' (*United States Senate*, mars 2024) <<https://www.senate.gov/about/traditions-symbols/cabinet-members-not-attending-state-of-union.htm>> consulté le 30 décembre 2024.

6. Voir notamment son témoignage : Denver7, 'Designated Survivor Prepares for Inauguration Day' (2017) <<https://www.denver7.com/thenow/designated-survivor-prepares-for-inauguration-day>> consulté le 30 décembre 2024.
7. Sa désignation est relatée par la presse qui mentionne, en outre, la menace d'attentat qui pesait sur la cérémonie d'investiture : voir notamment : P. Baker, 'Obama's War Over Terror' (*New York Times*, 4 janvier 2010) <<https://www.nytimes.com/2010/01/17/magazine/17Terror-t.html>> consulté le 30 décembre 2024.
8. J. C. Johnson, 'The Presidential Succession Act at 75 / Keynote Address' (2022) 91 *Fordham Law Review* 5.
9. La liste établie par le bureau historique du Sénat précise que la pratique consistant à ce qu'un responsable du cabinet reste absent du discours sur l'état de l'Union remonte au moins au début des années 1960 et peut-être bien avant. Elle précise également qu'avant les années 1980, le nom de la personnalité choisie n'était généralement pas rendu public (Sénat des États-Unis, *op. cit.*, n. 5).
10. G. Norton déclarait à ce propos : 'After the 9/11 terrorist attacks, everyone took the designated survivor program much more seriously'. (Denver7, *op. cit.*).

persist »¹¹. Le degré de prudence dont les Américains font preuve s'explique, aussi, par la longueur du processus électoral aux États-Unis.

En effet, il se sera écoulé plus d'une année entre les premières opérations électorales, le 15 janvier 2024, et l'investiture du 47^e président des États-Unis, le 20 janvier 2025. Le processus électoral est enclenché par les opérations de désignation, au sein des partis, des délégués qui siègent à la convention nationale afin de choisir leur candidat à l'élection. C'est le caucus du parti républicain, organisé dans l'Iowa, qui a ouvert la séquence électorale, suivi de près par la primaire des Démocrates, organisée le 23 janvier 2024, dans le New Hampshire. Il s'en est suivi plusieurs mois durant lesquels les primaires et caucus se sont enchaînés dans les différents États. Cette première séquence électorale a pris fin avec l'organisation des caucus démocrates sur l'île de Guam et les îles Vierges, le 8 juin 2024. Les conventions nationales de chaque parti, qui se sont tenues respectivement du 15 au 18 juillet pour les Républicains et du 19 au 22 août pour les Démocrates, ont ensuite officialisé la désignation du candidat de chaque parti. Le 5 novembre dernier, l'élection des 538 grands électeurs, par près de 244 millions d'électeurs américains, a ouvert une nouvelle séquence. Le décompte des voix et la certification des résultats dans chaque État prendront fin le 11 décembre 2024. Les grands électeurs se réuniront le 17 décembre pour élire le nouveau président des États-Unis (et son vice-président). Enfin, le Congrès certifiera et proclamera les résultats le 6 janvier 2025, 14 jours avant la cérémonie d'investiture de Donald Trump.

La durée de ce processus électoral, rapportée à celle du mandat présidentiel qui n'est que de quatre ans¹², rend impossible l'organisation d'une nouvelle élection en cas de vacance du pouvoir¹³. Elle est donc l'une des clés de compréhension du degré de prévisibilité des règles de succession présidentielle américaine, qui listent dix-huit personnalités, et de l'attachement à la pratique constitutionnelle du « survivant désigné ». Ce calendrier électoral a déjà été questionné par un groupe de réflexion sur la continuité gouvernementale aux États-Unis. Il proposait, dans un rapport publié en 2009, qu'une nouvelle élection présidentielle spéciale puisse être organisée, dans un délai de cinq mois, en cas d'empêchement définitif et simultané du président des États-Unis et de son vice-président, dans les deux premières années du mandat¹⁴. Une telle réforme permettrait de pallier le déficit de légitimité dont pourraient souffrir toutes les autres personnalités de l'ordre de succession présidentielle – et avec elles le « survivant désigné » – qui ne sont pas élues pour assumer cette fonction. Si elle n'a pas été suivie d'effets, cette proposition suggère toutefois qu'une période de cinq mois est incompressible pour organiser une nouvelle élection. Au demeurant, cette durée correspond approximativement au temps qu'il se sera écoulé entre la désignation en urgence de la candidate Kamala Harris par la convention démocrate, le 22 août 2024, et l'investiture de Donald Trump, le 20 janvier 2025.

La question de la légitimité du pouvoir présidentiel est, par ailleurs, l'une des difficultés soulevées par la période de transition entre l'*Election Day* et l'*Inauguration Day*. Le choix du « survivant désigné » à l'occasion de ce dernier la met particulièrement en lumière, en cas d'alternance politique.

2. Les difficultés de la transition

3 - La transition présidentielle interroge la légitimité du pouvoir présidentiel car, « en forçant le trait, on pourrait dire que le président sortant jouit d'un pouvoir sans légitimité et son successeur d'une légitimité sans pouvoir »¹⁵. En effet, le président sortant ne bénéficie plus de la légitimité populaire mais détient l'autorité constitutionnelle. De son côté, le président nouvellement élu ne dispose pas encore des pouvoirs d'agir¹⁶. Cette disjonction entre la légitimité et le pouvoir présidentiels est particulièrement prégnante au moment de choisir le « survivant désigné », qui n'assistera pas à la cérémonie d'investiture.

À cet instant, c'est toujours l'ancien cabinet présidentiel qui est au travail. Les membres choisis par le nouveau président entreront en fonction, au plus tôt, le jour de la cérémonie d'investiture, après avoir été confirmés par le Sénat¹⁷. Le calendrier est particulièrement contraint puisqu'un tiers des membres de la chambre haute du Congrès américain est renouvelé à l'occasion de l'*Election Day* et ne s'installe que le 3 janvier suivant l'élection¹⁸. Entre l'élection de novembre et cette date, les possibilités de travail du Congrès sont donc fortement limitées, ce qui vaut à cette période d'être qualifiée de « lame duck session » – littéralement « session de canard boiteux »¹⁹. Les statistiques établies par le *Center of Presidential Transition* permettent toutefois de constater que 95 % des candidats au cabinet sont auditionnés par le Sénat avant l'investiture. Ils entrent donc en fonction le jour de celle-ci ou les jours suivants²⁰. Il n'en demeure pas moins que c'est le président sortant qui choisit le « survivant désigné », au sein de son cabinet. Cela conduit à une situation paradoxale, appelée à se reproduire en janvier 2025 : le président des États-Unis, qui ne bénéficie plus de la légitimité populaire, choisit un « survivant désigné », qui pourrait devenir le nouveau président si un événement tragique survenait. Cette situation s'est déjà produite en 2009, lorsque George W. Bush a choisi son secrétaire à la Défense, Robert Gates, pour ne pas assister à l'investiture de Barack Obama. Ce fut également le cas, en 2017, lorsque ce dernier a choisi Jeh Johnson, son secrétaire à la Sécurité intérieure, pour ne pas assister à l'investiture de Donald Trump. Le titre du reportage consacré à la pratique du « survivant désigné », diffusé par CNN le 18 janvier 2017, est évocateur de ce qui aurait alors pu advenir : *Disaster could put Obama cabinet member in Oval Office*²¹.

Ce risque fut conjuré par Donald Trump, qui usa de son influence auprès du Congrès pour que le président *pro tempore* du Sénat soit choisi comme « survivant désigné » du corps législatif. Il semble, en effet, que depuis les attentats du 11 septembre 2001, le Congrès

11. Office of the Press Secretary, 'Press Briefing by the Press Secretary Josh Earnest' (Obama White House, 15 janvier 2016) <<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/01/15/press-briefing-press-secretary-josh-earnest-1152016>> consulté le 30 décembre 2024.

12. *Constitution des États-Unis*, Article II, Section I (adoptée le 17 septembre 1787).

13. À titre de comparaison, l'article 7, al. 5 de la Constitution française du 4 octobre 1958 régit l'intérim de la fonction présidentielle le temps d'organiser une nouvelle élection dans un délai de « vingt jours au moins et trente-cinq jours au plus après l'ouverture de la vacance ou la déclaration du caractère définitif de l'empêchement ».

14. Continuity of Government Commission, 'Preserving Our Institutions : The Continuity of the Presidency (Second Report)' (2009) The Brookings Institution and American Enterprise Institute 47. <https://ir.lawnet.fordham.edu/twentyfifth_amendment_reports/2/> consulté le 30 décembre 2024.

15. J. Jeanneney, « Transition présidentielle : les pouvoirs de Joe Biden après l'élection du 5 novembre ? » (*Le Club des Juristes*, 4 novembre 2024) <<https://www.leclubdesjuristes.com/international/transition-presidentielle-les-pouvoirs-de-donald-trump-apres-lelection-de-joe-biden-3253/>> consulté le 30 décembre 2024.

16. S. Gruet, « La passation des pouvoirs présidentiels aux États-Unis : le *Presidential Transition Act* » (2009) 130 *Pouvoirs* 153.

17. *Constitution des États-Unis*, Article II, Section I (adoptée le 17 septembre 1787).

18. *Constitution des États-Unis*, XX^e amendement, Article 2 : 'The Congress shall assemble at least once in every year, and such meeting shall begin at noon on the 3d day of January, unless they shall by law appoint a different day' (adopté le 23 janvier 1933).

19. Congressional Research Service, 'Lame Duck Sessions of Congress, 1935-2022 (74th-117th Congresses)' *Congressional Research Service*, 33, updated July 29, 2024 <<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R45154>> consulté le 30 décembre 2024.

20. C. Condreay, D. Flanagan, P. Hitlin, 'Senate Traditionally Confirms First Cabinet Secretaries within Days of Inauguration' (*Centre for Presidential Transition*, 4 décembre 2020) 3 <https://www.presidentialtransition.org/wp-content/uploads/sites/6/2020/12/Senate_Traditionally_Confirms_First_Cabinet_Secretaries.pdf> consulté le 30 décembre 2024.

21. 'Disaster Could Put Obama Cabinet Member in Oval Office' (*WWLP*, 19 janvier 2017) <<https://www.wwlp.com/news/disaster-could-put-obama-cabinet-member-in-oval-office/>> consulté le 2 janvier 2025.

se soit converti à cette pratique²². Il choisit un « survivant désigné » à l'occasion des événements qui réunissent simultanément, au même endroit, l'ensemble de ses membres. Or, si le *speaker* de la Chambre des représentants ou le président *pro tempore* du Sénat est choisi comme « survivant désigné » du corps législatif, il devance n'importe quel membre du cabinet présidentiel dans la ligne de succession présidentielle. Il deviendrait donc le nouveau président des États-Unis en cas d'attentat ou d'attaque nucléaire perpétrés sur le Capitole, à l'occasion de l'*Inauguration Day*. Conscient de ce risque, Donald Trump est intervenu à l'occasion de sa propre cérémonie d'investiture, en 2017, pour que le sénateur républicain et président *pro tempore* du Sénat n'y assiste pas²³. Ce dernier devançait donc le secrétaire à la Sécurité inté-

rieure choisi par Barack Obama dans l'ordre de succession présidentielle. On peut raisonnablement supposer qu'il usera de la même manœuvre le 20 janvier 2025. En effet, les Républicains disposeront alors de la majorité au Sénat et à la Chambre des représentants. Vraisemblablement, le président *pro tempore* du premier et le *speaker* de la seconde seront donc républicains et pourront assumer ce rôle. Afin d'éviter ces manœuvres politiques, il serait toutefois opportun de réfléchir à la possibilité que le président sortant puisse nommer les membres du cabinet du nouveau président élu, avant la cérémonie d'investiture²⁴.

En définitive – et paradoxalement – la pratique du « survivant désigné », qui pourrait permettre à un membre du cabinet présidentiel de devenir président des États-Unis « par accident », c'est-à-dire sans avoir jamais été élu par le peuple américain, invite à la réflexion sur deux aspects essentiels de l'élection présidentielle américaine : la durée du processus électoral et les conditions de la transition présidentielle.■

22. Voir en ce sens : Press Briefing by the Press Secretary Josh Earnest (15 January 2016) *op. cit.*

23. L'intéressé l'a révélé le jour même dans un communiqué de presse : « At the request of President Donald Trump, I am honored to fulfill the role of designated presidential successor during the inauguration. As much as I would have liked to participate in the ceremony and festivities, I am honored to perform this important constitutional duty, which ensures the continuity of government » (Press Releases, Jan. 20, 2017, *At the Request of President Trump, Hatch Serves as Designated Survivor during inauguration*).

24. Pour une proposition en ce sens, voir Continuity of Government Commission, *op. cit.*, n° 14.

Chapitre II

Vote, discrimination et démocratie



Chapter II

Voting, Discrimination and Democracy



10 Problems With Enclaves



Cass R. SUNSTEIN,
Robert Walmsley University Professor at Harvard University¹

This is an essay about the United States of America, and the rise of Donald Trump, and what happened on January 7, 2021, and the election of 2024. You'll see.

1. The Goals

1 - My goals here are to investigate a striking statistical regularity—that of **group polarization**—and to relate this phenomenon to underlying questions about the role of deliberation in the 'public sphere' of a heterogeneous democracy. In brief, group polarization means that **members of a deliberating group predictably move toward a more extreme point in the direction indicated by the members' predeliberation tendencies**². Notably, groups consisting of individuals with extremist tendencies are more likely to shift, and likely to shift more (a point that bears on the wellsprings of violence and terrorism); the same is true for groups with some kind of salient shared identity (like Republicans and Democrats). When like-minded people are participating in 'iterated polarization games'—when they meet regularly, without sustained exposure to competing views—extreme movements are all the more likely.

Two principal mechanisms underlie group polarization. The first points to social influences on behavior and in particular to people's desire to maintain their reputation and their self-conception. The second emphasizes the limited 'argument pools' within any group, and the directions in which those limited pools lead group members. An understanding of the two mechanisms provides many insights about deliberating bodies.

Such an understanding illuminates a great deal, for example, about likely processes within political parties and ethnic groups, extremist organizations, terrorists, criminal conspiracies, student associations, faculties, institutions engaged in feuds or 'turf battles', workplaces, and families. At the same time, these mechanisms raise serious questions about deliberation from the normative point of view. If deliberation predictably pushes groups toward a more extreme point in the direction of their original tendency, whatever it may be, do we have any reason to think that deliberation is producing improvements? A sensible answer would emphasize the importance of paying far more attention to the circumstances and nature of deliberation, not merely to the fact that it is occurring.

One of my largest purposes is to cast a skeptical light on **enclave deliberation**, which arises when like-minded people talk or even

live, much of the time, in isolated enclaves. I will urge that enclave deliberation is, simultaneously, a potential danger to social stability, a source of social fragmentation or even violence, and a safeguard against social injustice and unreasonableness. In the United States, enclave deliberation has been a principal source of some major problems, including acute political polarization, a failure of mutual understanding, and extremism.

As we will see, group polarization helps to cast new light on the old idea that social homogeneity can be quite damaging to good deliberation. When people are hearing echoes of their own voices, the consequence may be far more than support and reinforcement. But there is a point more supportive of enclave deliberation: Participants in heterogeneous groups tend to give the least weight to the views of low status members³—in some times and places, religious groups, women, people of color, less educated people. Hence enclave deliberation might be the only way to ensure that those views are developed and eventually heard. Without a place for enclave deliberation, citizens in the broader public sphere may move in certain directions, even extreme directions, precisely because opposing voices are not heard at all.

An ambivalent lesson is that deliberating enclaves can be breeding grounds for **both** the development of unjustly suppressed views and for unjustified extremism, indeed fanaticism. A less ambivalent lesson involves the need, not to celebrate or to challenge deliberation as such, but to design institutions so as to ensure that when individuals and groups move, it is because of the force of the arguments, not because of the social dynamics that I will emphasize here.

2. How and Why Groups Polarize

2 - Group polarization is among the most robust patterns found in deliberating bodies, and it has been found all over the world and in many diverse tasks. The result is that groups often make more extreme decisions than would the typical or average individual in the group (where 'extreme' is defined solely internally, by reference to the group's initial dispositions). Note that in the experimental work, both extremism and tendencies are measured not by reference to anything external, or to a normative standard, but by reference to the particular scale that is brought before the individuals who compose the group. Thus, for example, people might be asked, on a scale of -5 to 5, how strongly they agree or disagree with a particular statement (white racism is responsible for the disadvantages faced by African Americans, the government should increase regulation of nuclear power, America should increase

1. I have written about group polarization in many places, and this essay draws on some of that work here. See C.R. Sunstein, *Going to Extremes: How Like Minds Unite and Divide* (OUP 2011).

2. Note that this statement has two different implications. First, a deliberating group, asked to make a group decision, will shift toward a more extreme point in the direction indicated by the median predeliberation judgment. Second, the tendency of individuals who compose a deliberating group, if polled anonymously after discussion, will be to shift toward a more extreme point in the direction indicated by the median predeliberation judgment. Frequently these two phenomena are collapsed in the empirical literature, and I will not always distinguish between them here. For relevant discussion, see J.A. Zuber, H.W. Crott, J. Werner, 'Choice Shift and Group Polarization: An Analysis of the Status of Arguments and Social Decision Schemes' (1992) 62 *Journal of Personality and Social Psychology* 50, 59.

3. C. Christenson, A. Abbott, 'Team Medical Decision Making' in G.B. Chapman, F.A. Sonnenberg (eds) *Decision Making in Health Care: Theory, Psychology, and Applications* (CUP 2000) 267, 273-6.

foreign aid). We shall see that the experimental literature is closely connected to real-world phenomena.

Though standard, the term 'group polarization' is somewhat misleading. It is not meant to suggest that group members will shift to the poles, nor does it refer to an increase in variance among groups, though this may be the ultimate result. Instead, the term refers to a predictable shift within a group discussing a case or problem. As the shift occurs, groups, and group members, move and coalesce, not toward the middle of antecedent dispositions, but toward a more extreme position in the direction indicated by those dispositions. The effect of deliberation is both to decrease variance among group members, as individual differences diminish, and also to produce convergence on a relatively more extreme point among predeliberation judgments.

Consider some examples of the basic phenomenon, which has been found in over a dozen nations.⁴

(a) *A group of moderately profeminist women will become more strongly profeminist after discussion.*⁵

(b) *After discussion, citizens of France become more critical of the United States and its intentions with respect to economic aid.*⁶

(c) *After discussion, whites predisposed to show racial prejudice offer more negative responses to the question whether white racism is responsible for conditions faced by African Americans in American cities.*⁷

(d) *After discussion, whites predisposed not to show racial prejudice offer more positive responses to the same question.*⁸

As statistical regularities, it should follow, for example, that those moderately critical of Israel will, after discussion, sharply oppose Israel; that those who believe that climate change is not a serious problem are likely, after discussion, to hold that belief with considerable confidence; that people tending to believe in the inferiority of a certain racial group will become more entrenched in this belief as a result of discussion; that those who like or love a particular politician (Kamala Harris, Donald Trump, Franklin Delano Roosevelt, Adolf Hitler) are likely to love that politician more intensely after speaking with one another.

There have been two main explanations for group polarization, both of which have been extensively investigated.

1. Social comparison. The first, involving social comparison, begins with the claim that people want to be perceived favorably by other group members, and also to perceive themselves favorably. Once they hear what others believe, they adjust their positions in the direction of the dominant position. The result is to press the group's position toward one or another extreme, and also to induce shifts in individual members. People may wish, for example, not to seem too enthusiastic or too restrained in their enthusiasm for, affirmative action, feminism, or an increase in national defense; hence their views may shift when they see what other group members think. The result will be group polarization.

The dynamic behind the social comparison explanation is that most people may want to take a position of a certain socially preferred sort—in the case of risk-taking, for example, they may want to be perceived (and to perceive themselves) as moderate risk-takers, and their choice of position is partly a product of this desire. No one can know what such a position would be until the positions of

others are revealed. Thus, individuals move their judgments in order to preserve their image to others and their image to themselves.

2. Persuasive arguments. The second explanation, emphasizing the role of persuasive arguments, is based on a simple intuition: any individual's position on an issue is partly a function of which arguments presented within the group seem convincing. The choice therefore moves in the direction of the most persuasive position defended by the group, taken as a collectivity. Because a group whose members are already inclined in a certain direction will have a disproportionate number of arguments supporting that same direction, the result of discussion will be to move individuals further in the direction of their initial inclinations. The key is the existence of a limited argument pool, one that is skewed (speaking purely descriptively) in a particular direction. Members of a group will have thought of some, but not all, of the arguments that justify their initial inclination; consider the question whether to take risks or to be cautious. In discussion, arguments of a large number of individuals are stated and heard, but the total argument pool will be tilted in one or another direction, depending on the predispositions of the people who compose the group. Hence, there will be a shift in the direction of the original tilt.

There is a related possibility, not quite reducible to either of the two standard arguments, but using elements of each. In their individual judgments, people may be averse to extremes; they tend to seek the middle of the relevant poles.⁹ It is possible that when people are making judgments individually, they err on the side of caution, expressing a view in the direction that they really hold, but stating that view cautiously, for fear of seeming extreme. Once other people express supportive views, the relevant inhibition disappears, and people feel free to say what, in a sense, they really believe. There appears to be no direct test of this hypothesis, but it is reasonable to believe that the phenomenon plays a role in group polarization and choice shifts.

3. Refinements and Depolarization

3-1 now turn to some refinements, complicating the basic account of group polarization. For purposes of understanding the relationship between that phenomenon and democracy, the central points are twofold. **First**, it matters a great deal whether people consider themselves part of the same social group as the other members; a sense of shared identity will heighten the shift, and a belief that identity is not shared will reduce and possibly eliminate it. **Second**, deliberating groups will tend to depolarize if they consist of equally opposed subgroups and if members have a degree of flexibility in their positions. Both of these findings have great relevance to any account of the relationship between group polarization and democratic institutions, as we will see.

Statistical regularities. Of course, not all groups polarize; some groups end up in the middle, not toward either extreme. Nor is it hard to understand why this might be so. If the people defending the original tendency are particularly unpersuasive, group polarization is unlikely to occur. If the outliers are especially convincing, groups may even shift away from their original tendency and in the direction held by few or even one.

Sometimes, moreover, external constraints or an external 'shock' may prevent or blunt group polarization. Group members with well-defined views on a certain issue (gun control, separation of church and state, intervention in foreign nations) may be prone to polarize, but in order to maintain political effectiveness, even basic credibility, they will sometimes maintain a relatively moderate face, publicly or even privately. Groups that have started to polarize in an extreme direction may move toward the middle in order

4. See R. Brown, *Social Psychology* (2nd edn, Free Press 1985) 222. These include the United States, Canada, New Zealand, Germany, and France. See, e.g., Zuber, Crott, Werner, *supra* n. 2; D. Abrams *et al.*, 'Knowing What to Think by Knowing Who You Are: Self-Categorization and the Nature of Norm Formation, Conformity and Group Polarization' (1990) 29 *British Journal of Social Psychology* 97, 112. Of course, it is possible that some cultures would show a greater or lesser tendency toward polarization; this would be an extremely interesting area for empirical study.

5. See D.G. Myers, 'Discussion-Induced Attitude Polarization' (1975) 28 *Human Relations* 699.

6. Brown, *supra* n. 4, 224.

7. D.G. Myers and G.D. Bishop, 'The Enhancement of Dominant Attitudes in Group Discussion' (1971) 20 *Journal of Personality and Social Psychology* 386.

8. See *ibid.*

9. See, e.g., M. Kelman, Y. Rottenstreich, A. Tversky, 'Context-Dependence in Legal Decision Making' in C.R. Sunstein (eds) *Behavioral Law & Economics* (CUP 2000) 61, 71-6.

to promote their own legitimacy or because of new revelations of one kind or another. Readers are likely to be able to identify their own preferred examples.

Affective factors, identity, and solidarity. Affective factors are quite important in group decisions, and when manipulated, such factors will significantly increase or decrease polarization. If group members are linked by affective ties, dissent is significantly less frequent. The existence of affective ties thus reduces the number of divergent arguments and also intensifies social influences on choice. Hence people are less likely to shift if the direction advocated is being pushed by unfriendly group members ; the likelihood of a shift, and its likely size, are increased when people perceive fellow members as friendly, likeable, and similar to them. In the same vein, physical spacing tends to reduce polarization ; a sense of common fate and intragroup similarity tend to increase it, as does the introduction of a rival 'outgroup'.

In a refinement of particular importance to social deliberation and the theory of democracy, it has been found to matter whether people think of themselves, antecedently or otherwise, as part of a group having a degree of solidarity. If they think of themselves in this way, group polarization is all the more likely, and it is likely to be more extreme too.¹⁰ Thus when the context emphasizes each person's membership in the social group engaging in deliberation, polarization increases. This finding is in line with more general evidence that social ties among deliberating group members tend to suppress dissent and, in that way, lead to inferior decisions.¹¹ This should not be surprising. If ordinary findings of group polarization are a product of social influences and limited argument pools, it stands to reason that when group members think of one another as similar along a salient dimension, or if some external factor (politics, geography, race, sex) unites them, group polarization will be heightened.

Depolarization and deliberation without shifts. Is it possible to construct either groups that will depolarize-that will tend toward the middle-or groups whose members will not shift at all ? Both phenomena seem to be real in actual deliberating bodies. In fact, the persuasive arguments theory implies that there will be depolarization if and when new persuasive arguments are offered that are opposite to the direction initially favored by group members. There is evidence for this phenomenon.¹² Depolarization, rather than polarization, will also be found when the relevant group consists of individuals drawn equally from two extremes.¹³ Familiar and long-debated issues are less likely to show polarization. With respect to such issues, people are simply less likely to shift at all. And when one or more people in a group know the right answer to a factual question, the group is likely to shift in the direction of accuracy.

4. Iterated 'Polarization Games'

4 - In this section I discuss evidence of group polarization in legal and political institutions, and I trace some implications of that evidence for participants in a deliberative democracy. I will deal

with normative issues below ; my purpose here is to cast a new light on social practices.

Studies of group polarization involve one-shot experiments. We will turn shortly to group polarization in the real world. But let us notice an intriguing implication of the experiments, an implication with special importance for democratic deliberation involving people who meet with each other not once, but on a regular basis.

If participants engage in repeated discussions-if, for example, they meet each month, express views, and take votes-there should be repeated shifts toward, and past, the defined pole. Thus, for example, if a group of citizens is thinking about whether an election has been rigged, free trade, vaccines, Donald Trump, or the World Trade Organization, the consequence of their discussions, over time, should be to lead in quite extreme directions. In these iterated 'polarization games', deliberation over time should produce a situation in which individuals hold positions more extreme than those of any individual member before the series of deliberations began. In fact, the idea of iterated polarization games seems far more realistic than the processes studied in one-shot experiments. It is not difficult to think of real-world groups in which the consequence of deliberation, over time, appears to be to shift both groups and individuals to positions that early on, they could not possibly have accepted.

5. Welcome to Our World

5 - In this section I discuss evidence of group polarization in legal and political institutions, and I trace some implications of that evidence for participants in a deliberative democracy. I will deal with normative issues below ; my purpose here is to cast a new light on social practices.

A. - Polarizing Events and Polarization Entrepreneurs

6 - Group polarization has a large effect on many deliberating groups and institutions ; its effects are hardly limited to the laboratory. Consider, for example, the political and social role of religious organizations. Such organizations tend to strengthen group members' religious convictions, simply by virtue of the fact that like-minded people are talking to one another. Religious groups amplify the religious impulse, especially if group members are insulated from other groups, and on occasion, the result can be to lead people in quite bizarre directions. Whether or not this is so, political activity by members of religious organizations is undoubtedly affected by cascade-like effects and by group polarization. In a related vein, survey evidence shows that dramatic social events, like the assassination of Martin Luther King and civil rights disturbances, tend to polarize attitudes, with both positive and negative attitudes increasing within demographic groups.¹⁴ The point emphatically holds for the terrorist attacks in New York City and Washington DC on Sept. 11, 2001.

In fact it is possible to imagine 'professional polarizers', or 'polarization entrepreneurs', that is, political activists who have, as one of their goals, the creation of spheres in which like-minded people can hear a particular point of view from one or more articulate people, and also participate, actually or vicariously, in a deliberative discussion in which a certain point of view becomes entrenched and strengthened. Donald Trump is certainly a polarization entrepreneur. For those seeking to promote social reform, an extremely promising strategy is to begin by promoting discussions among people who tend to favor the relevant reform ; such discussions are likely to intensify the underlying convictions and concerns. Social reformers of all stripes may qualify as polarization entrepreneurs ; the category includes terrorist leaders and those involved in criminal conspiracies of many kinds.

10. See R. Spears, M. Lee, S. Lee, 'De-Individuation and Group Polarization in Computer-Mediated Communication' (1990) 29 *British Journal of Social Psychology* 121 ; Abrams *et al.*, *supra* n. 4, 112 ; P. Wallace, *The Psychology of the Internet* (CUP 1999) 73-6.

11. See L.R. Beach, *The Psychology of Decision Making : People in Organizations* (1st edn, SAGE 1997).

12. A third possibility is that hearing other similar opinions produces greater confidence in individual positions, opening members to a more extreme judgment in the same direction, raised recently by Heath and Gonzales. See C. Heath, R. Gonzales, 'Interaction with Others Increases Decision Confidence But Not Decision Quality : Evidence Against Information Collection Views of Interactive Decision Making' (1995) 61 *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 305.

13. See H. Burnstein, 'Persuasion as Argument Processing' in H. Brandstetter, J.H. Davis, G. Stocker-Kreichgauer (eds) *Group Decision Making* (Academic Press 1982) 103.

14. See R.T. Riley, T.F. Pettigrew, 'Dramatic Events and Attitude Change' (1976) 34 *Journal of Personality and Social Psychology* 1004.

B. - 'Outgroups'

7 - Group polarization has particular implications for insulated 'outgroups' and (in the extreme case) for the treatment of conspiracies. Recall that polarization increases when group members identify themselves along some salient dimension and especially when the group is able to define itself by contrast to another group. Outgroups are in this position-of self-contrast to others-by definition. Excluded by choice or coercion from discussion with others, such groups may become polarized in quite extreme directions, often in part because of group polarization. It is for this reason that outgroup members can sometimes be led, or lead themselves, to violent acts.

The tendency toward polarization among outgroups helps explain special concern about 'hate speech', where group antagonisms can be heightened, and it simultaneously raises some questions about the idea that certain group discussions produce 'consciousness raising'. It is possible, at least, that the consequence of discussion is not only or mostly to raise consciousness (an ambiguous idea to be sure), but to produce group polarization in one direction or another — and at the same time to increase confidence in the position that has newly emerged. This does not mean that consciousness is never raised; undoubtedly, group discussion can identify and clarify problems that were previously repressed or understood as an individual rather than social product. But nothing of this sort is established by the mere fact that views have changed and coalesced, and are held, post-discussion, with a high degree of confidence.

C. - Feuds, Friends and Enemies, and War

8 - Group polarization is inevitably at work in feuds, ethnic and international strife, and war. One of the characteristic features of feuds is that members of feuding groups tend to talk only to one another, fueling and amplifying their outrage, and solidifying their impression of the relevant events. Informational and reputational forces are very much at work here, producing cascade effects, and group polarization can lead members to increasingly extreme positions. It is not too much of a leap to suggest that these effects are sometimes present within ethnic groups and even nations, notwithstanding the usually high degree of national heterogeneity.

In the United States, sharp divergences between Republicans and Democrats, on particular salient events or more generally, can be explained by reference to group polarization. The same is true for sharp divergences of viewpoints within and across nations. Group polarization occurs within Israel and among the Palestinian Authority; it occurs within the United States and among those inclined to support, or at least not to condemn, terrorist acts. A large part of the perennial question, 'Why do they hate us' lies not in ancient grievances or individual consciences but in the social processes' influences emphasized here. Of course, the media play a large role, as we shall now see.

D. - The Internet, Communications Policy, and Mass Deliberation

9 - Many people have expressed concern about processes of social influence on the mass media and the internet. The general problem is said to be one of fragmentation, with certain people hearing more and louder versions of their own preexisting commitments, thus reducing the benefits that come from exposure to competing views and unnoticed problems. With greater specialization, people are increasingly able to avoid general interest newspapers and magazines, and to make choices that reflect their own predispositions. The internet is making it possible for people to design their own highly individuated communications packages, filtering out troublesome issues and disfavored voices.

An understanding of group polarization explains why a fragmented communications market may create problems. If certain people are deliberating with many like-minded others, views will

not be reinforced but instead shifted to more extreme points. This cannot be said to be bad by itself—perhaps the increased extremism is good—but it is certainly troublesome if diverse social groups are led, through predictable mechanisms, toward increasingly opposing and ever more extreme views.

6. Badness

10 - I now turn to normative issues, involving the relationship among group polarization, democratic theory, and legal institutions. I focus in particular on the implications of group polarization for institutional design, with special reference to the uses of heterogeneity and the complex issues presented by deliberation inside particular 'enclaves'. Should enclave deliberation count as deliberation at all? If deliberation requires a measure of disagreement, this is a serious question. But even like-minded people will have different perspectives and views, so that a group of people who tend to like Donald Trump, or to fear climate change, will involve some kind of exchange of opinion. I will urge that in spite of this point, enclave deliberation raises serious difficulties for the participants and possibly for society as a whole. But there are many complexities here. In some cases, enclave deliberation will be a defective form for the participants, but will serve to foster a diversity of views for the wider public, and will therefore be desirable from the social point of view.

The central problem is that widespread error and social fragmentation are likely to result when like-minded people, insulated from others, move in extreme directions simply because of limited argument pools and parochial influences. As an extreme example, consider a system of one-party domination, which stifles dissent in part because it refuses to establish space for the emergence of divergent positions; in this way, it intensifies polarization within the party while also disabling external criticism. In terms of institutional design, the most natural response is to ensure that members of deliberating groups, whether small or large, will not isolate themselves from competing views—a point with implications for multi-member courts, open primaries, freedom of association, and the architecture of the Internet. Here, then, is a plea for ensuring that deliberation occurs within a large and heterogeneous public sphere, and for guarding against a situation in which like-minded people are walling themselves off from alternative perspectives.

But there is a difficulty with this response: A certain measure of isolation will, in some cases, be crucial to the development of ideas and approaches that would not otherwise emerge and that deserve a social hearing. Members of low-status groups are often quiet within heterogeneous bodies, and thus deliberation, in such bodies, tends to be dominated by high-status members. Any shift in technology, norms, or legal practice—that increases the number of deliberating enclaves will increase the diversity of society's aggregate 'argument pool' while also increasing the danger of extremism and instability, ultimately even violence. Terrorism itself is a product, in part, of group polarization. Shifts toward a general 'public sphere', without much in the way of enclave deliberation, will decrease the likelihood of extremism and instability, but at the same time produce what may be a stifling uniformity. And shifts more in the way of enclave deliberation will increase society's aggregate 'argument pool' and hence enrich the marketplace of ideas, while also increasing extremism, fragmentation, hostility, and even violence.

No algorithm is available to solve the resulting conundrums. But some general lessons do emerge. It is important to ensure social spaces for deliberation by like-minded persons, but it is equally important to ensure that members of the relevant groups are not isolated from conversation with people having quite different views. The goal of that conversation is to promote the interests of those inside and outside the relevant enclaves, by subjecting group members to competing positions, by allowing them to exchange views with others and to see things from their point of view, and by

ensuring that the wider society does not marginalize, and thus insulate itself from, views that may turn out to be right or at least informative.

7. Against Enclaves

11 - The simplest lesson here involves both individual susceptibility and institutional design. For many people, mere awareness of the role of limited argument pools and social influences might provide some inoculation against inadequately justified movements of opinion within groups. More importantly, institutions might well be designed to ensure that when shifts are occurring, it is not because of enclaves, or because of arbitrary or illegitimate constraints on the available range of arguments. This is a central task of constitutional design, and in this light a system of checks and balances might be defended, not as an undemocratic check on the will of the people, but as an effort to protect against potentially harmful consequences of group discussion.

To explore some of the advantages of heterogeneity, imagine a deliberating body consisting not of enclaves, but of all citizens in the relevant group ; this may mean all citizens in a community, a state, a nation, or the world. By hypothesis, the argument pool would be very large. It would be limited only to the extent that the set of citizen views was similarly limited. Social influences would undoubtedly remain. Hence people might shift because of a desire to maintain their reputation and self-conception, by standing in a certain relation to the rest of the group. But to the extent that deliberation revealed to people that their private position was different, in relation to the group, from what they thought it was, any shift would be in response to an accurate understanding of all relevant citizens, and not a product of an accidental skewed group sample.

This thought experiment does not suggest that the hypothesized deliberating body would be ideal. Perhaps all citizens, presenting all individual views, would offer a skewed picture from the normative point of view ; in a pervasively unjust society, a deliberating body consisting of everyone may produce nothing to celebrate. Perhaps weak arguments would be made and repeated and repeated again, while good arguments would be offered infrequently. As we will see below, it is often important to ensure enclaves in which polarization will take place, precisely in order to ensure the emergence of views that are suppressed, by social influences or otherwise, but reasonable or even right. But at least a deliberating body of all citizens would remove some of the distortions in the group polarization experiments, where generally like-minded people, not exposed to others, shift in large part because of that limited exposure. Hence the outcomes of these deliberations will not be a product of the arbitrariness that can be introduced by skewed argument pools.

8. Enclave Deliberation and Suppressed Voices

12 - The discussion has yet to focus on the potential vices of heterogeneity and the potentially desirable effects of deliberating enclaves, consisting of groups of like-minded individuals. It seems obvious that such groups can be extremely important in a hetero-

geneous society, not least because members of some demographic groups tend to be especially quiet when participating in broader deliberative bodies. In this light, a special advantage of what we might call 'enclave deliberation' is that it promotes the development of positions that would otherwise be invisible, silenced, or squelched in general debate. This is literally dangerous in numerous contexts. But it can also be a great advantage ; many desirable social movements have been made possible through this route. The efforts of marginalized groups to exclude outsiders, and even of political parties to limit their primaries to party members, can be justified in similar terms. Even if group polarization is at work—indeed because group polarization is at work—enclaves can provide a wide range of social benefits, not least because they greatly enrich the social 'argument pool'.

But there is a serious danger in such enclaves. The danger is that through the mechanisms of social influence and persuasive arguments, members will move to positions that lack merit but are predictable consequences of the particular circumstances of enclave deliberation. In the extreme case, enclave deliberation may even put social stability at risk (for better or for worse). And it is impossible to say, in the abstract, that those who sort themselves into enclaves will generally move in a direction that is desirable for society at large or even for its own members.

In a nation in which most people are confused or evil, enclave deliberation may be the only way to develop a sense of clarity or justice, at least for some. But even in such a nation, enclave deliberation is both dangerous and unlikely to produce change unless its members are eventually brought into contact with others. In democratic societies, the best response is to ensure that any such enclaves are not walled off from competing views, and that at certain points, there is an exchange of views between enclave members and those who disagree with them. It is total or near-total self-insulation, rather than group deliberation as such, that carries with it the most serious dangers, often in the highly unfortunate (and sometimes deadly) combination of extremism with marginality.

For all countries, including the United States, there are large lessons here about appropriate institutional design for deliberating bodies. Group polarization can be heightened, diminished, and possibly even eliminated with seemingly small alterations in institutional arrangements. To the extent that limited argument pools and social influences are likely to have unfortunate effects, correctives can be introduced, perhaps above all by exposing group members, at one point or another, to arguments to which they are not antecedently inclined. To the extent that institutional proposals are intended to increase public participation by promoting deliberation by ordinary people, they would do well to incorporate an understanding of these facts, which are sometimes neglected. The value of deliberation, as a social phenomenon, depends very much on social context—on the nature of the process and the nature of the participants.

One of the most important lessons is among the most general (and a one-sentence prayer for my beloved home, the United States, in the current era) : It is desirable to create spaces for enclave deliberation without insulating enclave members from those with opposing views, and without insulating those outside of the enclave from the views of those within it. ■

11 Don't Forget the Humble Election Worker



Ruth GREENWOOD,
Director of the Election Law Clinic at Harvard Law School
and Assistant Clinical Professor¹

In terms of election administration, the 2024 presidential election went pretty well. Not because we've fixed the complexities of running elections, and certainly not because we developed a foolproof method to ensure trust in elections. Rather, we owe the relative tranquility of the 2024 U.S. election to a herculean effort by government, business, media, non-profits, and academics over the past four years to provide the scaffolding to support election workers at their lowest ebb. Impressive though this was, our work is not done. We need a long-term plan to support election workers so they can keep our elections smooth and our democracy vibrant.

1 - The US presidential election is really 6,460 elections – one for each election jurisdiction in the country. Those jurisdictions are run by roughly 20,000² elections staff and over 700,000 Election Day poll workers, across some 180,000 precincts.³ The Federal Election Commission, despite its name, runs none of those elections, and the Election Assistance Commission, as its name suggests, can only provide advice and support to the ~6,000 election officials trying to issue and count ballots. In addition, many of those in charge of election workers for each jurisdiction have responsibilities beyond running elections, including tasks like maintaining vital records, registering corporations, and collecting property taxes.⁴ Poll workers are usually volunteers, and often have no other involvement in the election system except for their Election Day service every two to four years. Somehow this group of overworked and underpaid civil servants, and their inexperienced but enthusiastic volunteer corps manage to run not only presidential elections, but also elections for the 500,000 people elected to local, state, and federal offices in the country.

The lack of funding for election administrators has been well documented,⁵ and the thankless task of being a poll worker is clear from the increasingly elaborate lengths to which election officials have gone to recruit volunteers.⁶ But the widespread trauma faced

by those in these roles only became evident in the 2020 election.⁷ As Avery Davis-Roberts, then of the Carter Center, explained: 'I was talking to people at an election officials conference [after 2020], and when I would casually ask them how they're doing, some of them would just start crying...they were telling me...[about] all of the threats they'd been enduring and the impacts of that experience on their lives, on the lives of their children, their parents, their spouses'.⁸

In many cases the threats faced by election workers were so extreme that jurisdictions spent precious election funding on security personnel. For example, Secretary of the Commonwealth of Pennsylvania, Al Schmidt, received so many credible death threats that despite a 24-7 security detail, he sent his wife and children away from their home after the 2020 election for fear they would be attacked.⁹ In Michigan, Tina Barton was the clerk of a city of only 75,000 people but, due to the Trump campaign publicizing the counting in her jurisdiction, she received a chilling voicemail threatening her and her family. She said it led her to a state of 'hypervigilance' for three years, never knowing if this was the moment 'when she least expected' an attack by her harasser.¹⁰ And in Georgia, Gabe Sterling, the COO for the election office, became the victim of a 'swatting' attack for his role in certifying that President Biden had won the state of Georgia in the 2020 presidential election.¹¹

To its credit, almost every sector of American society responded to the distressing stories of harassment and violence visited upon election workers. State legislatures passed laws to protect election officials.¹² Lawyers set up a bipartisan pro bono network of

1. I would like to thank Veneice Miller, Archon Fung, Tova Wang, Nick Chedli-Carter, Elizabeth Linos, Thad Kousser, and Scott Warren for their conversations and contributions to my thinking on the complex problem of election administration. I would also like to thank the many election workers who shared their stories with me (on the condition of anonymity) to help me better understand the difficulties facing them in recent years.
2. P. Gronke, 'The Elections Workforce : How Many Election Workers are there Nationwide' (*EVIC News*, 23 April 2024) <<https://evic.reed.edu/evic-news/the-elections-workforce-how-many-election-workers-are-there-nationwide/>> accessed 13 January 2025.
3. US Election Assistance Commission, 'Election Administration and Voting Survey 2022 Comprehensive Report' (Report to the 118th Congress, June 2023) 20.
4. See, for example, Cook County Clerk, 'Mandates and Key Actions' (*Cook County Government*) <<https://www.cookcountyil.gov/agency/county-clerk>> accessed 13 January 2025; and Nevada Secretary of State, 'Constitutional and Statutory Duties' (*Nevada Secretary of State*) <<https://www.nvsos.gov/sos/sos-information/office-facts>> accessed 13 January 2025.
5. E. Howard et al., 'Defending Elections : Federal Funding Needs for State Election Security' (*Brennan Center for Justice*, 18 July 2019) <<https://www.brennancenter.org/issues/defend-our-elections/election-security/funding-election-security>> accessed 13 January 2025.
6. A. Minkin et al., '8 Creative Ways New Poll Workers Are Being Recruited in 2024' (*Issue One*, 29 July 2024) <<https://issueone.org/articles/8-creative-ways-new-poll-workers-are-being-recruited-in-2024/>> accessed 13 January 2025.

7. The Carter Center, 'Guide Helps Election Officials Handle Intense Job Stress' (*The Carter Center*, 10 January 2024) <<https://www.cartercenter.org/news/features/p/democracy/guide-helps-election-officials-handle-intense-job-stress.html>> accessed 13 January 2025.
8. *Ibidem*.
9. Brennan Center for Justice and the Bipartisan Policy Center, 'Election Officials Under Attack' (*Brennan Center for Justice*, 16 June 2021) <<https://www.brennancenter.org/our-work/policy-solutions/election-officials-under-attack>> accessed 13 January 2025.
10. M. Harris, 'A Michigan Election Worker Received Serious Threats in 2020. She's Not Backing Down.' (*Slate*, 6 June 2024) <<https://slate.com/news-and-politics/2024/06/election-worker-threats-violence-harassment-safety-2020-election-day-2024.html>> accessed 13 January 2025.
11. C. Joyner, 'Georgia election official 'swatted' as hoaxes multiply' (*Atlanta Journal Constitution*, 3 January 2024) <<https://www.ajc.com/news/georgia-election-official-swatted-as-hoaxes-multiply/HYMIYE5Y7VBKPPP7QEDMCVNZXA/>> accessed 13 January 2025.
12. National Conference of State Legislatures, 'State Laws Providing Protection for Election Officials and Staff' (*NCSL*, 13 January 2025) <<https://www.ncsl.org/>>

defense attorneys to help election officials deal with the onslaught of threats and attacks.¹³ Foundations set up live and virtual gathering places for election officials seeking support and community.¹⁴ Business leaders worked together to provide accurate election information to their employees and customers.¹⁵ And academics tried to work out what election officials could do to operate reliable elections.¹⁶ For a democracy to function, elections need to be both reliable (people can vote and those votes are counted), and they must be *seen to be* reliable (for example, if thirty percent of the country believe the election was rigged, it is hard to say that the country, as a whole, has trust in the election system).¹⁷ That is, elections must be both *trustworthy* and *trusted*.

In 2024, evidence suggests that these widespread efforts worked. The most obvious case in point being that January 6, 2025, came and went without a hitch. No angry mobs, no broken windows, no attempted insurrection. Just a sitting Vice President certifying that she had lost her bid to become the next President of the United States (to a candidate who never offered the same humility when he lost his bid four years ago). But we mustn't be fooled into thinking that a peaceful transfer of power in 2025 means the crisis facing election workers is solved.

Elections cannot run without the tens of thousands of people that make them happen. And those people are suffering. The Brennan Center for Justice conducted nationwide surveys of local election officials in 2023 and 2024 and found that seven in ten of those surveyed felt that threats had increased since 2020, and the comparative data showed that reports to law enforcement of such threats roughly doubled from 2023 to 2024. In 2024 one in three election officials reported threats, harassment, or abuse. You can find evidence of this littered throughout online platforms where self-styled 'election integrity' activists make money from videos where they skirt the line between monitoring and interfering with elections.¹⁸ And in the fact that from 2022 to 2024 the Department of Justice filed over 20 cases against individuals accused of threats to the election community.¹⁹

Though many election workers are saints, they aren't stupid. At some point, it makes more sense to find a new line of work than to endure ceaseless threats and harassment. Multiple studies have shown that election workers have left in droves since 2020.²⁰ The consequence in 2024 was that there were stunningly large numbers

of people responsible for running elections that had never done that job before.²¹ Going forward, a more ominous consequence will be that there simply aren't enough people to fill the roles. And so existing election officials will be overstretched and more prone to making mistakes, giving conspiracy theorists a kernel of truth on which to base their concerns about stolen elections. 'Election integrity' activists will engage in more threats and abuse, and more election workers will quit the business. This negative feedback loop is bad enough on its own because one wonders how we can issue and count two hundred million ballots without sufficient staff. But worse than that, it destroys our ability to hold trustworthy, let alone trusted elections.

It shouldn't be this way.

Election administration is a complex problem and there likely is no single solution that will fix everything.²² But there is, I think, a good place to start : professionalizing election workers. In 2023, Ganesh Sitaraman and Kevin M. Stack proposed that making election workers licensed professionals could have positive effects on the expertise of the workers, could reinforce norms of integrity and impartiality, and may even have a positive effect on public confidence in election workers and even in elections.²³ These all may be true and should be analyzed with empirical evidence, but the authors missed one big positive that elections as a profession could bring with it : a network of supportive peers.

I have been fortunate to attend some gatherings of election officials over the past few years, and two things stood out to me. First, much like the quote from Avery Davis-Roberts above, I witnessed election officials crying on multiple occasions : tears of fatigue and burn-out but also of sheer terror at what they and their teams might face in 2024. But also, I saw people who didn't have a lot in common (they were diverse across experience level, partisanship, geography, age, race, and gender) but desperately needed to spend time with each other because of their shared traumatic experiences at the frontlines of democracy. Ad hoc attempts have been made to create associations for election workers,²⁴ but unlike doctors or lawyers or accountants, there is no nationally recognized profession of election workers. And without that, efforts to bolster the community of largely selfless individuals that take on these roles will ebb and flow depending on the prevailing philanthropic, business, or government winds. Happily, the resources to support election workers has been flowing in recent years, but we are a couple of calm elections away from a massive disinvestment in those that operate the mechanics of our democracy.

Announcing a new profession will not in itself create the lasting change the election administration field needs, but with sufficient buy-in from governments, businesses, academic institutions, non-profits, the media, and the public in general, we can establish an ecosystem of support that election workers can rely on in hard times. Perhaps it can slow the rate at which people leave the profession. Perhaps we can establish a more reliable pipeline of funding (from government, from business, from non-profits) so there can be more workers who are less exhausted and better resourced.

elections-and-campaigns/state-laws-providing-protection-for-election-officials-and-staff> accessed 13 January 2025.

13. Election Official Legal Defense Network, 'Our Mission' <<https://eoldn.org/our-mission/>> accessed 13 January 2025.

14. R Street, 'Building Trust in Elections : A Project of the R Street Institute and SNF Agora Institute at Johns Hopkins University' <<https://www.rstreet.org/home/our-issues/governance/election-trust/>> accessed 13 January 2025.

15. M. Mazzoni, 'How U.S. Business Leaders Are Making Their Voices Heard Ahead of the Election' (*Triple Pundit*, 30 October 2024) <<https://www.triplepundit.com/story/2024/business-action-us-election/812476>> accessed 13 January 2025.

16. See, for example, studies of whether facility tours, information videos, or pre-bunking messages will increase trust in elections. Yankelovich Center for Social Science Research, 'Results That Matter : Building Trust in Elections' <<https://yankelovichcenter.ucsd.edu/strengthening-democracy/building-trust-in-elections.html>> accessed 13 January 2025.

17. Issue One, 'Trust in Elections : What's At Stake & Americans' Attitudes Ahead of 2024' (*Issue One*, 24 September 2024) <<https://issueone.org/articles/trust-in-elections-americans-attitudes-ahead-of-2024/>> accessed 13 January 2025.

18. L. So et al., 'Pro-Trump conspiracy theorists hound election officials out of office' (*Reuters*, 19 October 2022) <<https://www.reuters.com/investigates/special-report/usa-election-nevada-washoe/>> accessed 13 January 2025.

19. For a full list of cases filed by the Department of Justice involving threats to the election community, see US Department of Justice, 'Election Threats' <<https://www.justice.gov/voting/election-threats>> accessed 13 January 2025.

20. See, for example, J. Bidgood, 'America's Election Workers Are Leaving in Droves' (*The Boston Globe*, 23 October 2022) <<https://apps.bostonglobe.com/nation/politics/2022/10/democracy-under-siege/election-workers-leaving-in-droves/>> accessed 13 January 2025 ; and M. Waldman, 'The Great Resignation...Of Election Officials' (*Brennan Center for Justice*, 25 April 2023) <<https://www.brennancenter.org/our-work/analysis-opinion/great-resignation-election-officials>>.

21. See for example, L. Starbuck, 'Secretary of State Aguilar seeks clarity on counties' roles in certifying elections' (*KUNR*, 6 August 2024) <<https://www.kunr.org/local-stories/2024-08-06/nevada-secretary-aguilar-seeks-clarity-county-commissioners-roles-in-certifying-election-results>> accessed 13 January 2025 ('11 of the 17 clerks in the state of Nevada are new, with two of those clerks already cycling out of the 11').

22. It may even be called a 'wicked' problem ; for a definition, see H. WJ Rittel and M. M Webber, 'Dilemmas in General Theory of Planning' (1973) 4 *Policy Sciences* 155. <https://www.sympoetic.net/Managing_Complexity/complexity_files/1973%20Rittel%20and%20Webber%20Wicked%20Problems.pdf> accessed 13 January 2025.

23. See G. Sitaraman and K.M. Stack, 'Election Administration as a Licensed Profession' (2023) 2023 *Wisconsin Law Review* 1759.

24. See, for example, the work of the Election Center, Election Online, 'electiononline Weekly' <<https://electionline.org/electionline-weekly/2025/01-09/>> accessed 13 January 2025.

Perhaps it will imbue the public with a greater sense of trust in these elections' professionals-maybe the 'election integrity' activists who show up to watch democracy in action, will offer a little more respect and a little less harassment. Perhaps these trusted professional messengers will be believed when they explain that the ballots can't be tampered with and that we can trust their machines

to count the ballots accurately. These are empirical claims that can, and should, be tested. But even if none of these outcomes are certain, professionalizing election workers will allow a grateful nation to recognize the inherent dignity and worth of those who made sure our democracy functioned in 2024. ■

12 'Too Big to Rig': Fraud, Discrimination and Voting Rights in the 2024 US Elections



Olivier RICHOMME,
Professeur d'histoire politique des États-Unis
à l'Université Lumière Lyon 2
et membre de l'UMR 5206 – Triangle

1 - The 2024 election results completely changed the perception of the electoral cycle. The fact that Donald Trump won with significant margins in all swing states put to rest one of the most striking arguments put forth by the MAGA coalition : election fraud. According to the President-elect and his supporters, the election was 'rigged' against him which triggered a wave of election denial in the country. In spite of a lack of evidence, Trump claimed election fraud was the reason he lost in 2020. These false claims had already been made by the members of the Presidential Advisory Commission on Election Integrity established by Trump in 2017 and amplified by conservative media. Another defeat in 2024 would be proof, again, that the electoral system was not fair. Therefore, the entire Republican apparatus prepared for that possibility. A non-profit organization led by Stephen Miller, America First Legal, was even created after the 2020 defeat to push the Trump agenda through the courts. It was envisioned as the MAGA response to the ACLU.¹ The legal group filed more than a hundred lawsuits between its creation in 2021 and the 2024 election.² This approach is typical of the new version of the Republican Party that tries to use the courts to either obtain changes it cannot obtain legislatively or to change the very nature of the political debate by expanding the Overton window. The same tactic has been employed in the field of voting rights. As polarization increased over the past decades, and because voting is completely decentralized in the US, voting rights have become, once again, a political battlefield in which partisan and racial interests are fought. But with the Republican victory, all accusations of voter fraud and irregularities were abandoned overnight. This victory is the tree that hides the forest in which voting wars are waged.³

The history of voting rights in the US is defined by periods of expansion and restriction of the right to vote.⁴ After the revolution brought by the Civil Rights movement and the passage of the Voting Rights Act of 1965, African Americans finally gained the right to vote in the US and this universal suffrage participated in a major political realignment. The Democrats became the party of minority rights and expansion of the franchise, while the Republican Party resisted this evolution and conquered the South electorally. At the dawn of the 21st century, the two parties had two opposite views of the right to vote. Democrats believed it was in their electoral interest to expand the electorate, as the coalition was composed of low propensity voters such as young people, poor

people and racial minorities. On the other hand, the Republicans believed it was in their partisan interest to restrict the electorate as their coalition was older, whiter and more rural. This partisan consideration got tangled with the history of racial discrimination. Indeed, since the 1970s, the African American community has voted for the Democratic Party at a rate superior to 80%. It is in the Republican interest to discourage African Americans from voting. Because the Founding Fathers insisted on creating a highly decentralized electoral system, the states are in charge of administering the elections. In states dominated by the Democratic Party, legislatures passed laws making registration and voting less cumbersome by adopting, for instance, automatic registration, same-day registration, and different forms of early voting and mail-in voting. In contrast, in states governed by the Republican Party, legislatures have introduced administrative barriers to voter registration and participation, including voter roll purges, shorter registration periods,⁵ and strict voter ID laws.⁶ These states often restrict absentee voting to specific, limited circumstances, and mail-in voting may require a witness. Additionally, Republican-controlled states are more likely to impose greater obstacles for ex-felons seeking to regain their voting rights. As the number of African Americans who are incarcerated is disproportionate compared to their percentage of the population, these measures also have a disproportionate impact on this community.⁷ The state of Florida is the state with the highest number of disenfranchised ex-felons despite a referendum passed in 2018. The referendum automatically restored voting rights but the Republican Party passed a law prohibiting former felons from voting if they had not paid off certain legal financial obligations.⁸ Ten percent of African American adults are disenfranchised in seven states : Alabama, Arizona, Florida, Kentucky, South Dakota, Tennessee and Virginia. That population is 3.5 times more likely to be disenfranchised than the non-African American population.⁹ The racial and partisan conjoined effects of felon disenfranchisement is only one example. In the US, all electoral changes have both racial and partisan impacts. In a very polarized environment and in a context of very close parity between the parties, election rules and procedures have been perceived as means to obtain an edge in this fierce electoral competition. As a consequence, the experience of voting varies from one state to the next, with 'blue states' making it easier to vote

1. American Civil Liberties Union

2. R. Draper, 'America First Legal, a Trump-Aligned Group, Is Spoiling for a Fight' (*The New York Times*, 21 March 2024) <<https://www.nytimes.com/2024/03/21/us/politics/stephen-miller-america-first-legal.html>> accessed 14 January 2025.

3. R. Hasen, *The Voting Wars : From Florida 2000 to the Next Election Meltdown* (Yale University Press 2012).

4. A. Keyssar, *The Right to Vote : The Contested History of Democracy in the United States* (revised edition, Basic Books 2009).

5. The state of Mississippi does not allow online voting registration.

6. The state of Texas is famous for accepting gun permit as an ID to vote but not Student IDs.

7. C. Uggen et al., 'Locked Out 2024 : Four Million Denied Voting Rights Due to a Felony Conviction' (*The Sentencing Project*, 10 October 2024) <<https://www.sentencingproject.org/reports/locked-out-2024-four-million-denied-voting-rights-due-to-a-felony-conviction/>> accessed 14 January 2025.

8. 'Voting Rights Restoration Efforts in Florida' (*Brennan Center for Justice*, 18 November 2024) <<https://www.brennancenter.org/our-work/research-reports/voting-rights-restoration-efforts-florida>> accessed 14 January 2025.

9. *Ibidem*.

and 'red states' making voting more cumbersome, to the extent that political scientists have developed a Voting Index ranking state voting procedures.¹⁰

On top of these historical trends, the Republican Party in 2024 continued its strategy of using the courts to undermine the electoral process or election results. Over the past 20 years, the number of election litigation has been steadily increasing.¹¹ During the 2023-24 election cycle, the GOP claimed to be involved in more than 130 lawsuits related to elections and election administration, especially in the swing states of Wisconsin, Michigan, Pennsylvania, North Carolina, Georgia, Arizona and Nevada. The goal of this avalanche of suits was not to win them but to cast doubt about election results. In response, the Democrats had to defend the election policies under attack to protect eligible voters. For instance, as Donald Trump repeatedly affirmed that non-citizens were voting in the US, many state officials purged their voter rolls looking for said foreigners-an extremely rare occurrence-but in the process, they risked knocking eligible voters off the rolls. Because Democrats traditionally fared better in the Latino community (depending on the specific state), Republican officials have been accused of targeting Spanish sounding names in their roll purges.¹² This is reinforced by the idea that many Latinos are foreigners or illegal aliens. The Republican National Committee and other conservative groups brought lawsuits in many states asserting that officials were not trying to remove ineligible voters and non-citizens from the voter rolls. Over the years, many of the activists promoting 'election integrity' have tried to undermine the Electronic Registration Information Center, a bipartisan state-led initiative which was created in 2012 precisely to ensure that voter rolls were accurate.¹³ In Arizona, the GOP was able to require that people registering for state elections provide proof of citizenship. However, judges ruled that this was not legal for federal elections, leaving voters in a strange situation where those without proof of citizenship would be able to register for federal elections. The underlying goal of these GOP suits is to normalize the idea that asking for proof of citizenship is useful, even though only a handful of cities in the country allow legal residents to vote. To reinforce that message, several referenda forbidding foreigners from voting were on the ballot in 2024. All were adopted in a 2024 context of strong anti-immigrant sentiment. Republicans in Congress pushed a bill called the Safeguard American Voter Eligibility (SAVE) Act that would require proof of citizenship to register to vote, even though it is already illegal to vote in federal elections for people who are not citizens.

In 2024, voter challenge laws were abused by conservative groups to disrupt the election process. Forty-six states have statutes and procedures that allow for other registered voters to challenge the eligibility of individuals on voter registration rolls. These old laws predate the modernization of election administration with electronic records. In 2024, an increase of frivolous mass challenges imposed overwhelming burdens on local election officials.¹⁴ Challenged voters may need to take action, like responding to a notice or filing an affidavit, to ensure their eligibility to vote. Challenged voters without confident knowledge about the rules may also be deterred from voting. The fear of being accused of

voter fraud has been intensified by the establishment of 'election integrity' units in several Republican-dominated states.¹⁵ Three weeks ahead of the presidential election, two lawsuits sought last-minute changes to Wisconsin's voter registration list. They alleged voter rolls contained more than 100,000 registrations 'that appear to be invalid'. The lawsuit filed on September 30, 2024, by attorney Daniel Eastman claims that 143,742 voters listed as active on Wisconsin's registration list as of August 19 'appear to be invalid' based on cross references with US Postal Service data.¹⁶ The suit alleged 56,336 of those 'Anomalous Registrations' were in Milwaukee.¹⁷ Such allegations targeted areas of the state that concentrate Democratic voters. Because of the high level of residential segregation in the US, the most reliable method for identifying a Democratic-leaning area is to focus on predominantly African American neighborhoods. All the challenges to voter eligibility were dropped after the election.

In 2024, the conservative movement also politicized election administration, which had been taken for granted until then. Republicans filed several lawsuits challenging how election officials planned to monitor or choose volunteer poll workers and poll watchers, who observe how elections are run. The lawsuits alleged that in 2020 Republicans were not given adequate access to monitor the election. In Arizona, the America First Policy Institute secured a court injunction blocking election procedures designed to protect election officials from harassment and voters from being intimidated.¹⁸

Overall, the main target of Trump's ire in 2020 was mail-in voting which was, according to him, a source of fraud. However, in 2024, his campaign staff was able to convince him that Republicans should use mail-in voting too ; otherwise, the GOP would be at a disadvantage compared to the Democratic Party. Trump changed his position in the spring, encouraging his supporters to use this method to make the election 'too big to rig.' Yet that message was muddled by the fact that the party continued to litigate every aspect of mail-in voting. And they did it until the very last day of the campaign. In Pennsylvania, the GOP tried to end the practice known as curing, consisting of notifying the voter that their mail-in ballot was rejected on a technicality and allowing them to fix it. An alternative for a voter whose ballot was rejected is to cast a provisional ballot in-person. That opportunity was also challenged in court by the Republican party. The GOP has also challenged the practice of accepting mail-in ballots that arrive after the day of the election, whether they have a postmark or not. Every swing state had its share of lawsuits dealing with mail-in voting. To take the example of Wisconsin again, in July 2024, a Wisconsin judge dismissed the challenge to the state's absentee voting procedures. The case, brought by conservatives, had argued that the state Elections Commission had not been following a state law that requires voters who electronically request absentee ballots to place a physical copy of the request in the ballot return envelope. Absentee ballots without the request copy should not count, he maintained.

10. M.J. Pomante II, 'Cost of Voting in the American States : 2024' (2024) Election Law Journal, doi.org/10.1089/elj.2024.0037.

11. R. Hasen, 'Research Note : Record Election Litigation Rates in the 2020 Election : An Aberration or a Sign of Things to Come ?' (2022) 21 Election Law Journal, doi.org/10.1089/elj.2021.005.

12. J.D. Goodman and E. Sandoval, 'Texas Removed 1 Million From Voter Rolls. But Most Had Moved or Died.' (*The New York Times*, 28 August 2024) <https://www.nytimes.com/2024/08/28/us/texas-voter-rolls-abbott.html> accessed 14 January 2025.

13. On the notion of election integrity see for instance, J.E. Zelizer and K.J. Greenberg, *Our Nation at Risk, Election Integrity as a National Security Issue* (NYU Press 2024).

14. A 55% increase in challenges was seen in Michigan in the eight months between September 2023 and May 2024.

15. Florida, Georgia and Virginia created special state-level 'election integrity' units after the 2020 election, all pushed by Republican governors, attorneys general or legislatures. Texas' Election Integrity Division, has been around since 2005, but ballooned in size since 2020. In Arizona, the 'election integrity' unit created under the former Republican attorney general to investigate claims of election fraud now focuses on voting rights and ballot access since the election of Democrat Kris Mayes.

16. Eastman was one of the lawyers involved in a 2020 lawsuit seeking to overturn former President Donald Trump's loss to Biden.

17. R. Kremer, 'Milwaukee Judge Dismisses Lawsuit Challenging More than 140K Voter Registrations' (*Wisconsin Public Radio*, 29 October 2024) <https://www.wpr.org/news/milwaukee-judge-dismisses-lawsuit-challenging-40000-voter-registrations> accessed 14 January 2025.

18. M. Beck, 'Maricopa County Judge Stops Enforcement of Arizona Rules against Voter Intimidation' (*ABC15 Arizona*, 6 August 2024) ABC15 <https://www.abc15.com/news/political/elections/maricopa-county-judge-stops-enforcement-of-polling-place-rules-against-voter-intimidation> accessed 14 January 2025.

ned.¹⁹ Not all conservative-led lawsuits were defeats in Wisconsin. On July 8, 2022, in the case *Teigen v. Wisconsin Election Commission*, the Wisconsin Supreme Court held that absentee ballot drop boxes had no statutory authorization and Wisconsin Elections Commission (WEC) guidance encouraging their use was unlawful. The use of absentee ballot drop boxes in battleground Wisconsin is sharply down from 2020. In 2020, more than 500 drop boxes were available across the state. In late October 2024 the Wisconsin Elections Commission was aware of only 78 drop box sites.²⁰ The reduction in the number of drop boxes was perceived by the GOP as a positive since, in 2020, Democrats were much more likely to use mail-in voting than Republicans. At the same time, Republicans took aim at overseas ballots (by definition a form of mail-in voting), alleging that policies in Pennsylvania, Michigan and North Carolina allowed for ineligible people to vote.

19. T. Richmond, 'Judge Dismisses Lawsuit Challenging Absentee Voting Procedure in Battleground Wisconsin' (*The Associated Press*, 30 July 2024) <<https://apnews.com/article/lawsuit-absentee-requests-wisconsin-battleground-state-03eef98560c21045c185893a08828064>> accessed 14 January 2025.

20. Wisconsin Supreme Court, *Teigen v. Wisconsin Elections Commission*, 2022 WI 64, <<https://law.justia.com/cases/wisconsin/supreme-court/2022/2022ap000091.html>> accessed 14 January 2025.

As such, while the top of the ticket reluctantly backpedaled on mail-in voting, the conservative legal assault continued in courts.

As we can see, the 2024 electoral cycle was defined by a systemic legal challenge on the part of the GOP to almost every aspect of election administration. State by state, the conservative movement used election law as a means to change the rules of the game to try and gain partisan advantage, challenging democratic principles and norms. In 2024, both parties were bracing for a close election, likely to be decided by a few thousand votes and an onslaught of lawsuits. The best thing that could happen for US democracy was if one candidate won decisively. A close election would have tested yet again the resilience of electoral institutions. However, this does not mean that 'voter fraud' or 'election integrity' are not central arguments for the MAGA coalition. Trump's victory temporarily set aside this issue but it will resurface as soon as the Republicans start losing. The MAGA version of the GOP has proven that it is willing to accept election results only when it wins, but it will challenge the electoral rules and norms in case of defeat at the polls. This refusal by one of the two main parties to accept democratic principles is probably the greatest challenge the nation will continue to face in the near future.■

13 Reproduction Rights in the United States Presidential Election: An Intersectional Challenge and the Rise of New Forms of Representation



Marie MERCAT-BRUNS,

Full University Professor at the Conservatoire National des Arts et Métiers where she copilots the Gender Program (LISE, CNRS), and affiliated Professor at Sciences Po Law School

1 - Today reproductive rights reflect the tensions in political systems including in democracies.¹ In this respect, not all voices are represented. After *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*² and the reversal of *Roe v. Wade*,³ there was uproar. How could such an essential constitutional right acquired long ago such as the right to abortion be taken away in 2022 ? Beyond the legal debate on the fragile standard of the right to privacy of women which *Roe v. Wade*⁴ and then *Planned Parenthood v. Casey*⁵ relied upon,⁶ procreative rights became part of the agenda of the Democratic campaign platform.⁷ It became central in most of Kamala Harris speeches on the campaign trail.⁸ We now know how the story ended. Fortunately, the 2024 Presidential Election was the opportunity for some states to confirm their attachment to the right to abortion through ballot measures (referendums through elections) or, on the contrary, to consolidate its rejection. But the story told here is different.

2 - This article first maps out how the election reflected the way states can differ on abortion rights beyond the political divide (I). The election debate on the issue also conceals how the results of the democratic process do not necessarily change the entrenched disadvantage in accessing procreative rights, which has disproportionately affected disenfranchised women even after *Roe v. Wade* (II). This intersectional take on the challenge of reproductive justice explains alternative means of representation of women that have emerged through feminist NGOs' work on procreative rights (III).

1. Beyond the political divide : how *Dobbs* boosted the constitutional momentum

3 - *Dobbs* considered that the Constitution does not confer a right to abortion and the authority to regulate abortion is 'returned to the people and their elected representatives'. In other words : leaving the question of whether and how to regulate abortion to individual states.⁹

4 - Following this decision, 2024 ballot measures supporting abortion rights in state constitutions passed in seven States,¹⁰ joining two states that had previously put abortion on the ballot (Vermont in 2022 and Ohio in 2023). In Nebraska and South Dakota, a majority of votes rejected the amendments ; in Florida, a 57% majority of votes proved insufficient, as the state Constitution can only be amended when a measure receives more than 60% of the vote.¹¹ It is striking to observe the contrast between the electoral vote supporting the Republicans in some states like Montana, Arizona, Missouri, Nevada and Florida and the voters' choice in those states to protect the right to abortion with a rejection in Florida because of a higher threshold to amend the Constitution.¹²

5 - On the one hand, this might reflect a persistent attachment of citizens (mainly women ?) to the fundamental right of a woman to terminate pregnancy and the freedom to control her body beyond the massive support for Trump. On the other hand, it might be considered that the question was not universal enough to rally general support to defeat the Republicans in those states. This poses the deeper question of who the newly acquired right to ban abortion in states affects disproportionately.

1. A. Krajewska, 'Connecting Reproductive Rights, Democracy, and the Rule of Law : Lessons from Poland in Times of COVID-19' (2021) 22 German Law Journal 1072.
2. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).
3. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
4. *Ibidem*.
5. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
6. R. Siegel, 'Sex Equality Arguments for Reproductive Rights : Their Critical Basis and Evolving Constitutional Expression' (2007) 56 Emory Law Journal 815, 821.
7. S. K. Pell, 'Clear contrasts between the Democratic and Republican Parties' positions on reproductive rights and health care' (*Brookings Institute*, 19 September 2024) <<https://www.brookings.edu/articles/clear-contrasts-between-the-democratic-and-republican-parties-positions-on-reproductive-rights-and-health-care/>> accessed 15 December 2024.
8. T. Scouten, '« Fighting for Reproductive Freedom » Bus Tour Kicks Off Nationwide Tour in South Florida' (*CBS News*, 3 September 2024) <<https://www.cbsnews.com/miami/news/fighting-for-reproductive-freedom-bus-tour-kicks-off-nationwide-tour-in-south-florida/>> accessed 15 December 2024.

9. *Dobbs*, *supra* n. 2, para. 292 ; and M. Mercat-Bruns, 'Reproductive Rights: " Law Can Be an Instrument for Transformative Change "' (*Sciences Po*, 6 December 2024) <<https://www.sciencespo.fr/gender-studies/en/news/reproductive-rights-law-can-be-an-instrument-for-transformative-change/>> accessed 16 January 2025
10. Arizona, Colorado, Maryland, Missouri, Montana, Nevada and New York.
11. M. Mercat-Bruns, *supra* n. 9.
12. I. Guarnieri, K. Leaphart, 'Abortion Rights Ballot Measures Win in 7 out of 10 US States' (*Guttmacher Institute*, 6 November 2024) <<https://www.guttmacher.org/2024/11/abortion-rights-state-ballot-measures-2024>> accessed 15 January 2025.

2. Electoral gains to recognize the constitutional right to abortion : masking an intersectional denial of access to procreative rights

6 - 'We forthwith acknowledge our awareness of the sensitive and emotional nature of the abortion controversy... In addition, population growth, pollution, poverty, and racial overtones tend to complicate and not to simplify the problem'.¹³ This observation of the higher vulnerability of poor and sometimes women of color to the denial of procreative rights by the majority of Justices in *Roe v. Wade* was confirmed by the dissent in *Dobbs*, which emphasized clearly the higher risks for women exposed to intersectional discrimination :¹⁴

[i]n States that bar abortion, women of means will still be able to travel to obtain the services they need. It is women who cannot afford to do so who will suffer most. These are the women most likely to seek abortion care in the first place. Women living below the federal poverty line experience unintended pregnancies at rates five times higher than higher income women do, and nearly half of women who seek abortion care live in households below the poverty line [See Brief for Abortion Funds and Practical Support Organizations as Amici Curiae]. Even with *Roe*'s protection, these women face immense obstacles to raising the money needed to obtain abortion care early in their pregnancy. [See Brief for Abortion Funds] After today, in States where legal abortions are not available, they will lose any ability to obtain safe, legal abortion care. They will not have the money to make the trip necessary ; or to obtain childcare for that time ; or to take time off work. Many will endure the costs and risks of pregnancy and giving birth against their wishes. Others will turn in desperation to illegal and unsafe abortions. They may lose not just their freedom, but their lives.¹⁵

7 - The point made in *Dobbs*' dissent is the structural denial of procreative rights of more marginalized American women, even since *Roe*.¹⁶ And in fact, in 2024, the abortion rate for Black women was nearly three times higher than for white women, while for Hispanic women, it was nearly two times higher than the rate for white women.¹⁷

8 - The very visible electoral gain in recognizing the constitutional right to abortion conceals the more global, long-lasting inequalities faced by disenfranchised women in the United States in accessing health care and child care, alongside their limited access to bodily autonomy. After *Roe*, *Planned Parenthood v. Casey* (1992) held that a law could not place legal restrictions imposing an 'undue burden' for 'the purpose or effect of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus'.¹⁸ The decision paved the way for more restrictions on abortion access because it declared that restrictions were

allowed as long as there was not an 'undue burden'.¹⁹ Numerous burdens were placed on clinics and women before *Dobbs*, including limiting access to minors or laws on restricting access to accurate information about procreative rights.

9 - In other words, the relevant yet also symbolic electoral constitutional right to abortion is paramount but also ignores the need for innovative legislative and policy action to require more transformative change through the electoral process. The *Hyde Amendment* in 1976, for example, prevents federal money from being used in government insurance programs like Medicaid for abortion services, with an exception for instances of incest, rape, or life-threatening risk to the pregnant person. Lack of health insurance has also limited women's access to a broad range of health services, including contraception and pregnancy care, and leaves them at risk of significant out-of-pocket expenses for care.

3. Beyond change through the electoral process : the impetus through civil society's expression of the needs of minorities

10 - The turn taken in the election fosters the continued progression of state bans on abortion : now, twenty states ban abortion or restrict the procedure earlier in pregnancy than the standard set by *Roe v. Wade*, which was twelve weeks. Thirteen states ban abortion in all circumstances. Seven have gestational limits after six, twelve or eighteen weeks.

11 - Marginalized groups who already face documented discrimination within and outside the healthcare system (Black women, people of diverse gender identities and sexual orientations, migrants, persons with disabilities, people who are low-income or living in poverty, children, and rural residents) continue to have poorer health outcomes compared to other populations and *Dobbs* has worsened these disparities (fewer resources and discrimination from healthcare community).

12 - In this context, there is a push to circumvent the advancement through the rule of law or the formal avenues of the democratic process and to support feminist coalitions working around the world to build a movement through self-managed abortions. The dominant American representation of the experience of abortion as a medical procedure in a health clinic has developed alongside the campaign for the constitutional right to abortion. Ballot measures during the Presidential election expanded the legal framework for procreative rights but do not fully grasp all the new trends needed for reproductive justice, including for marginalized communities. Across the globe,²⁰ self-managed abortion (SMA) is emerging from new technology or self-medication,²¹ including building on feminist NGO strategies to safely end pregnancies outside of the medical system. But it is worth remembering that such support groups already existed in Chicago in the late '60s and were also developed in Mexico, reflecting a continued legacy of grassroots reproductive care.²² ■

13. *Roe v. Wade*, *supra* n. 3.

14. K. W. Crenshaw, 'Demarginalizing the Intersection of Race and Sex : A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics' (1989) 139 University of Chicago Legal Forum 139.

15. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *supra* n. 2.

16. K. Price, 'It's Not Just About Abortion : Incorporating Intersectionality in Research About Women of Color and Reproduction' (2011) 21 Women's Health Issues 555 <[https://www.whjournal.com/article/S1049-3867\(11\)00015-6/pdf](https://www.whjournal.com/article/S1049-3867(11)00015-6/pdf)> accessed 16 December 2024.

17. Center for Disease Control and Prevention, 'Reproductive Health : Data and Statistics' <<https://www.cdc.gov/reproductive-health/data-statistics/index.html>> accessed 16 December 2024.

18. *Planned Parenthood v. Casey*, *supra* n. 5.

19. After *Roe*, several states moved to impose strict regulations on abortion clinics, beyond what is necessary to ensure patients' safety, see *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. 582 (2016), rejected forms of state restrictions on the way abortion clinics could function.

20. Collectives on SMA were launched initially in Latin America, Africa and Indonesia.

21. Information and access to the morning after pill for example.

22. N. Braine, *Abortion beyond the Law : Building a Global Feminist Movement for Self-Managed Abortion* (Verso Books 2023).

Chapitre III

Les conséquences économiques et environnementales de l'élection présidentielle



Chapter III

Economic and Environmental Consequences of the Presidential Election



14 Build the (Tariff) Wall – How Trump's Proposals May Upend the Global Trading Regime



Troy B. FELVER,

Instructional Assistant Professor of Business Law,
Department of Management, Ole Miss College of Business,
The University of Mississippi



Lou MCPHAIL,

Instructional Assistant Professor of Business Law,
Department of Management, Ole Miss College of Business,
The University of Mississippi

The Neoliberal consensus on the sociopolitical and economic benefits of an ever-freer trading regime has been challenged like never before. Although the calls for greater protectionism have been loudest on the center-right, some pre-COVID trade restrictions from Trump's first term have actually been increased. For most of the postwar period, the US has been the genesis of furthering the multilateral trading regime, anchored by the GATT/WTO. In the 2024 election, sharp calls that the system is unfair and rigged obscure broader trends, including the breakdown of substantial further progress of the Doha Round and complaints that China's trade practices need legislative and administrative action. This paper examines the candidates' trade proposals, including, a push for greater autarky and anti-China rhetoric, in light of the current framework of international trade law and treaties.

1 - The foundations of the multilateral trading regime, born after the horrors of the Second World War, used the benefits of economics as a basis to ensure peace. Using the tools of Most Favoured Nation and National Treatment, the GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) grew from 23 countries in 1947¹ to the 128 who were part of the inaugural class of the WTO (World Trade Organization), introducing new structures to the GATT in 1995. Today, the WTO has 166 members,² and including nations who have applied for membership, comprising '99.98 percent of world GDP and 99.35 percent of world population'.³ While the economic opportunities draw nations in, the true value of this order is to create broad and deep constituents for peace. Nationalism and more aggressive foreign policies now have built-in opposition from businesspeople who depend on byzantine supply chains of the lowest cost of production that snake across the world. Peace was institutionalized by countless merchants and traders who bring consumers impossibly cheap goods.

2 - This consensus of trade liberalization and interconnectedness was wobbled by elections in the United States and United Kingdom in 2016, but Trump's return after the Biden interregnum poses the greatest challenge yet to the global trading order. The supervening exigency of the COVID plague showed the world that these trade links were not as robust as most believed, and 'supply chain problems' entered the lexicon in ways that were unknown within living memory for most of those living in the Global North. Whereas Brexit and Trump's initial squeaker of a victory might have been seen as flukes of novelty where the people exercise voice to give the elites a good kicking, in the 2024 US election, the *ancien régime* brought out all the tools of power, including fede-

ral and state indictments and convictions for conduct not normally criminalized, widespread media and opposition characterizations of Trump as a revival of 1930's Germany, and an environment where trust in the media has collapsed—from 68% in 1972 to 12% among Republicans and from 59% to 27% for independents.⁴ In an election season marked with superheated rhetoric ('I Am Your Justice...I Am Your Retribution')⁵ and multiple assassins, Candidate Trump leaned hard into many areas where there used to be greater consensus, but it is the area of trade where he arguably had the greatest impact in his first term and promises much more aggressive changes in his second. And unlike his first election, his more broad-based support among a wider demographic, with substantial wins in the popular vote and electoral college, signals a breakdown of trust in postwar institutions.

3 - So, what is the President-elect's program on trade? Starting with his platform, he promises to 'Protect American Workers and Farmers from Unfair Trade.' The platform discusses a \$1 Trillion trade deficit as evidence of this inequity (and not of the global trust in the value of the US fiat currency), and he calls for the passage of the 'Trump Reciprocal Trade Act'. Under this proposal,⁶ one provision states 'if any foreign country imposes a tariff on American-made goods that is higher than the tariff imposed by the U.S., President Trump will have the authority to impose a reciprocal tariff on that country's goods'.

1. 'Fiftieth Anniversary of the Multilateral Trading System' (*World Trade Organization*) <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/chrono.htm> accessed 20 November 2024.
2. 'Members and Observers' (*World Trade Organization*) <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm> accessed 20 November 2024.
3. 'Accession in Perspective' (*World Trade Organization*) <https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/cbt_course_e/c1s1p1_e.htm> accessed 20 November 2024.

4. M. Brenan, 'Americans' Trust in Media Remains at Trend Low' (*Gallup*, 14 October 2024) <<https://news.gallup.com/poll/651977/americans-trust-media-remains-trend-low.aspx>> accessed 20 November 2024.
5. 'User Clip : Former Pres. Trump : "I Am Your Justice...I Am Your Retribution"' (C-SPAN, 3 March 2023) <<https://www.c-span.org/clip/campaign-2024/former-pres-trump-i-am-your-justice-i-am-your-retribution/5060238>> accessed 20 November 2024.
6. 'Agenda47 : Cementing Fair and Reciprocal Trade with the Trump Reciprocal Trade Act' (*Donald J. Trump*, 21 June 2023) <<https://www.donaldjtrump.com/agenda47/agenda47-cementing-fair-and-reciprocal-trade-with-the-trump-reciprocal-trade-act>> accessed 20 November 2024.

4 - GATT/WTO law is anchored by two columns, Most Favored Nation (MFN) and National Treatment. National treatment⁷ requires all WTO members to afford every nation's goods the same treatment as domestic goods after they pass the border, and this provision seems safe from Trump's proposals. However, MFN demands all WTO members provide 'any advantage, favour, privilege or immunity granted' to one member state 'immediately and unconditionally to the like product[s]' of all other WTO members.⁸ Outside what were typically understood to be very narrow exceptions, it is not possible to unilaterally raise the tariffs on only one WTO member. This is the bedrock foundation of GATT/WTO law, and it could be conceptualized as a one-way ratchet. It has been argued that this provision is responsible for tariffs falling from 40% in 1947 to around 5% today.⁹ The Trump Reciprocal Trade Act flies in the face of these obligations. While GATT/WTO allows nations to create their own customs schedules, all WTO members are entitled to the preferred MFN rate, and it is not generally possible to raise these rates for only one member. There seems to be nothing in the proposal that indicates a wholesale increase of tariff rates for all members, but that would also conflict with tariff reductions negotiated in many rounds of cuts committed to in the mid-to-late 20th century.

5 - The WTO contains narrowly circumscribed exceptions to MFN, for preferred trade agreements (e.g. the European Union and the US-Mexico-Canada Agreement [USMCA]), historical preferences that existed in 1947, antidumping duties granted by the WTO dispute settlement process, and national security concerns.¹⁰ The first Trump Administration used national security exceptions for the tariffs on the importation of steel and aluminum.¹¹ The GATT allows for 'essential security interests taken in time of war or other emergenc[ies] in international relations'.¹² While this was quite unusual in the history of trade jurisprudence, especially with someone who proudly rejected 'foolish never ending foreign wars',¹³ and even if there is a colorable argument for this in times of national crisis, this exception must be narrow to avoid swallowing the MFN rule, e.g. only for goods essential for military operations. However, while imposing unilateral tariff increases on nations unwilling to cut their tariffs could maintain a very slight textual basis in the WTO treaty in extremely narrow circumstances, it would simultaneously eviscerate its arguably most important precept if used at scale. With the possible breadth of using national security as a basis for retribution, the entire edifice of the multilateral trade regime, one of mutual benefit and shared prosperity, would collapse. Any country dealing with imports that are hurting industry would declare a national security crisis, slap an additional tariff on the lower-cost producer, and then try to reap the benefits of greater export opportunities without the pain of imports. This mercantilist approach is precisely what the GATT was constructed to institutionalize against, with the memories of many nations fruitlessly attempting to tariff their way to prosperity during the Great Depression. Now the recollections are more faint, and this well-meaning attempt to make America great again goes against history where it has done the opposite. America's dynamic markets and flexible labor force has made it a magnet for foreign

investment, but a new insular approach risks ring-fencing less efficient providers and fueling higher prices and inflation for consumers.

6 - This is not to say that all is well in the trade world ; there is certainly a dragon in the room. China's re-emergence as a world power has been dislocating for the relative position of the West in the global economy, and most experts believe WTO membership has facilitated its rise.¹⁴ There have been complaints that China has not fulfilled the spirit of openness of its WTO commitments. Substantial investment restrictions and domestic partnership requirements have thwarted many Western companies and created an asymmetry, where Western markets are open to Chinese FDI (even if Chinese companies choose not to source production there), but Western companies cannot, without giving up intellectual property or engaging in forced partnerships with local firms, capture some of the gains from China's growth. Traditionally, the West has been very open to capital investments, and when China's consumer markets opened through WTO accession, it was assumed its capital and investment markets would also liberalize. While the Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMS) purports to protect against discrimination in investment, it focuses on discrimination rather than requiring openness. There have only been 9 disputes filed with the WTO that invoke TRIMS in the last ten years, and most have used it as a secondary claim.¹⁵ Overall, the WTO does not require members to open for foreign investment, and in spite of optimistic projections, China is still closed for many areas of investment.

7 - The failure of reciprocity was demonstrated when President Biden not only did not revoke Trump's tariffs aimed at China but actually increased them.¹⁶ Free traders in both parties have become increasingly rare. Tellingly, there were no substantive proposals from the Biden/Harris camp to further liberalization, and the Harris campaign also stated on their official website that 'Vice President Harris will not tolerate unfair trade practices from China or any competitor that undermines American workers'.¹⁷ She also promoted her support of the CHIPS and Science Act,¹⁸ which was designed to provide tax incentives and subsidies for the creation of semiconductor manufacturing in the United States (and it directly references China 14 times). This autarkic push for self-sufficiency goes strongly against Ricardo's theory of comparative advantage, where countries are all better off if they produce what they are most efficient at and trade for the rest, even if a nation is less efficient at producing all goods. The movement towards autarky, even among Democrats, shows that Trump's 'America First' message is now bipartisan. This self-sufficiency push neuters both the economic and mutual-dependencies argument that the GATT's creators promoted. They believed a nation who trades less and makes more will be both poorer and less secure ; peace and wealth come from strong mutual reliance. Today, both parties have embraced more industrial policy and subsidized on-shoring, a fortress America less dependent (and less intertwined) with the rest of the world. The Doha Round of trade liberalization, while still technically alive, has, since 2001, been unable to achieve any consensus on further multilateral liberalization. Thus, it is reason-

7. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (adopted 15 April 1994, entered into force 1 January 1995) 1867 U.N.T.S. 154.

8. General Agreement on Tariffs and Trade (adopted 30 October 1947, entered into force 1 January 1948) 55 U.N.T.S. 194.

9. M. Trebilcock, R. Howse, A. Eliason, *The Regulation of International Trade* (4th edn, Routledge 2012) 24.

10. *Ibid.* at 80-2.

11. Adjusting Imports of Aluminum Into the United States, 83 Fed. Reg. 11,619 (Mar. 8, 2018) ; Adjusting Imports of Steel Into the United States, 83 Fed. Reg. 11,625 (Mar. 8, 2018) (United States of America).

12. General Agreement on Tariffs and Trade (adopted 30 October 1947, entered into force 1 January 1948) 55 UNTS 194, Art. XXI(b)(iii).

13. 'FULL SPEECH : President Trump Holds a Rally in State College, PA - 10/26/24' (Youtube, 27 October 2024) 23 :58 <<https://www.youtube.com/watch?v=vhRIVn3EuYw>> accessed 20 November 2024.

14. G. Shaffer, H. Gao, 'China's Rise : How It Took on the U.S. at the WTO' (2018) 1 University of Illinois Law Review 115, 115.

15. 'Disputes by Agreement' (*World Trade Organization*) <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_agreements_index_e.htm?id=A25> accessed 20 November 2024.

16. 'FACT SHEET : President Biden Takes Action to Protect American Workers and Businesses from China's Unfair Trade Practices' (*The White House*, 14 May 2024) <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2024/05/14/fact-sheet-president-biden-takes-action-to-protect-american-workers-and-businesses-from-chinas-unfair-trade-practices/>> accessed 20 November 2024.

17. 'Build an Opportunity Economy and Lower Costs for Families' (*Harris Walz*) <<https://kamalaharris.com/issues/>> accessed 20 November 2024.

18. CHIPS and Science Act of 2022, PL 117-167, August 9, 2022, 136 Stat. 1366 (United States of America).

nable to see that President-elect Trump is pushing for purported fairness and reciprocity ; his proposals and rhetoric, while being more jarring to the global trade regime than the trade policies of Democrats, are not far from the mainstream. His post-election threats of directed tariffs towards Canada, China, and Mexico on day one of his administration generated far less condemnation than in the past, where all three actions would breach USMCA and WTO law.¹⁹

8 - Overall, President-elect Trump can be seen both as a cause, impeding and disassembling the postwar multilateral trading regime, and also its effect. Although he has pushed the envelope further than any other prominent US politician on a facial challenge

to GATT/WTO jurisprudence, the grievances he weaponized are longstanding. The asymmetric job losses in sectors traded away through rounds of negotiations are not just structural unemployment but personal tragedies of people no longer economically viable. Although Trump has led the attack, there have been underwhelming efforts to compensate those who lose in trade liberalization, through plant closures, especially due to the shift toward more Asian production. Doha was at loggerheads long before Trump was a candidate. Although Trump may be global trade's most prominent assassin, he is far from the only one to wield the knife. For all the benefits of 80 years of peace and huge drops in the prices of many consumer staples, especially technology, the contradictions of trade liberalization are also clearer. Without a robust mechanism to share the winner's spoils with those who lose, through no fault of their own, Trump's war on trade seems not only natural, but inevitable. ■

19. A. Swanson, M. Stevis-Gridneff, S. Romero, 'Trump plans 25% tariff on Canada and Mexico, potentially crippling trade' (*The New York Times*, 25 November 2024) <<https://www.nytimes.com/2024/11/25/business/economy/trump-tariffs-canada-mexico-china.html>> accessed 2 December 2024.

15 La réglementation environnementale européenne confrontée à l'ère Trump



Elodie VALETTE,
Associée au sein
du département
Contentieux commercial
de Bryan Cave Leighton
Paisner (BCLP)



Claire LAVARDE,
Counsel à BCLP



Camille TOULORGE,
Stagiaire à BCLP
(césure Master
Droit économique,
École de Droit
de Sciences Po Paris)

1. L'élection de Trump : un virage anti-environnemental

1 - Il ne fait aucun doute, au vu du bilan de son précédent mandat, que l'élection de Donald Trump à la présidence des États-Unis le 5 novembre 2024 signe la fin des réglementations environnementales aux États-Unis¹. Le président élu a résumé sa politique énergétique avec le slogan 'Drill, baby, drill !'. Le message est clair : le vert ne sera pas au rendez-vous.

2 - Parmi les mesures annoncées figurent notamment une nouvelle sortie de l'Accord de Paris sur le climat, ainsi que la suppression de l'Agence de protection de l'environnement (*Environmental Protection Agency*) et de l'Agence américaine d'observation océanique et atmosphérique (*National Oceanic and Atmospheric Administration*).

3 - Cette opposition virulente à la réglementation en matière environnementale est loin d'être nouvelle au sein du camp républicain : en mars 2023, 21 procureurs généraux d'États républicains ont adressé une lettre à des gestionnaires d'actifs – dont BlackRock –, les accusant de manquement à leurs obligations fiduciaires et de violation des lois *antitrust* en raison de leurs investissements ESG (*environnemental, social et gouvernance*) et de leur soutien à la divulgation des risques climatiques par les entreprises publiques². En décembre 2023, le procureur général du Tennessee a engagé une action contre BlackRock, au motif que les investissements ESG véhiculaient des messages contradictoires, source de confusion pour les consommateurs³.

4 - Les mesures ESG adoptées sous l'administration Biden, souvent établies par décrets exécutifs ou règlements administratifs, s'annoncent particulièrement fragiles en raison de la simplicité avec laquelle elles peuvent être annulées. Sont visées en particulier les règles établies par l'Organisme fédéral de réglementation et de contrôle des marchés financiers (SEC), les mesures pour réduire le *greenwashing* au sein des entreprises ainsi que celles visant à réduire ou à éliminer les émissions des véhicules.

5 - Alors que les États-Unis amorcent un recul environnemental, la construction européenne de l'ESG se poursuit à tombeau ouvert et une judiciarisation croissante en la matière est observée⁴.

2. Un frein à l'inflation législative européenne dans le domaine environnemental

6 - Ces dernières années, l'Union européenne (UE) a adopté de nombreuses réglementations pour protéger l'environnement. Parmi celles-ci figurent notamment la taxonomie verte en 2020, qui classe les activités économiques en fonction de leur durabilité environnementale ; la directive relative à la publication d'information en matière de durabilité pour les entreprises, également appelée la directive CSRD (*Corporate Sustainability Reporting Directive*) en 2023, renforçant les obligations de *reporting* extra-financier des entreprises ; ainsi que la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, dite directive CS3D (*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*) de 2024.

7 - Cette inflation législative européenne est pourtant loin de faire l'unanimité. Le président Macron avait appelé en mai 2023 à une « pause réglementaire européenne »⁵ sur les normes environnementales au nom de la compétitivité, considérant que ces dernières imposent aux grandes entreprises des obligations toujours plus nombreuses et encore trop floues pour s'y conformer, et, partant, créent une distorsion avec des opérateurs économiques soumis à d'autres législations.

8 - Nombreux sont ceux qui considèrent que ces réglementations contribuent à creuser le fossé entre les entreprises européennes et leurs concurrentes implantées dans des pays tiers (comme les États-Unis ou la Chine) où – dans nombre de matières – les réglementations sont moins contraignantes, si ce n'est inexistantes.

9 - À l'heure où les règles du jeu européennes deviennent progressivement plus extraterritoriales – la CS3D englobant dans son périmètre les entreprises non européennes – la taxonomie européenne a vocation à s'appliquer à toutes les entreprises qui commercialisent leurs produits ou services sur le territoire européen ainsi qu'à tous les gestionnaires d'actifs qui commercialisent leur produit d'épargne en Europe, et donc en particulier les entre-

1. N. Popovich, L. Albeck-Ripka, K. Pierre-Louis, 'The Trump Administration Rolled Back More Than 100 Environmental Rules. Here Is The Full List' (*The New York Times*, 20 janvier 2021) <<https://www.nytimes.com/interactive/2020/climate/trump-environment-rollbacks-list.html>> consulté le 11 janvier 2025.

2. C. Mignon, « Les procureurs d'une vingtaine d'États républicains menacent la finance responsable » (*Les Échos*, 3 avril 2023) <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/gestion-actifs/les-procureurs-dune-vingtaine-detats-republicains-menacent-la-finance-responsable-1921721>> consulté le 11 janvier 2025.

3. C. Mignon, « L'État du Tennessee poursuit BlackRock pour son engagement climatique » (*Les Échos*, 19 décembre 2019) <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/gestion-actifs/etat-du-tennessee-poursuit-blackrock-pour-son-engagement-climatique-2042411>> consulté le 11 janvier 2025.

4. C. Lassel, « Contentieux climatiques : les grandes entreprises devant la justice » (*Décideurs Magazine*, 10 décembre 2024) <<https://www.decideurs-juridiques.com/strategie-juridiques/60015-contentieux-climatiques-les-grandes-entreprises-devant-la-justice.html>> consulté le 11 janvier 2025.

5. A. Tonnelier, E. Conesa, V. Malingre, « Industrie : Macron appelle à une « pause » dans la réglementation environnementale européenne » (*Le Monde*, 12 mai 2023) <https://www.lemonde.fr/politique/article/2023/05/12/industrie-macron-appelle-a-une-pause-dans-la-reglementation-environnementale-europeenne_6173001_823448.html> consulté le 11 janvier 2025.

prises américaines qui atteignent un chiffre d'affaire dans l'UE supérieur à 450 millions d'euros.

10 - Le président américain élu pourrait chercher à contrecarrer les plans de Bruxelles. *'America First'* résume l'approche de ce dernier en matière de politique commerciale : il pourrait notamment imposer un report des réglementations européennes en matière de durabilité ou faire usage du *Trade Act* de 1974 pour imposer des droits de douane généralisés aux États européens qui feraient peser sur les entreprises américaines des réglementations qu'il considérerait comme déraisonnables.

11 - Le 17 décembre 2024, le report d'un an pour l'entrée en vigueur du règlement européen visant à lutter contre la déforestation a été adopté par le Parlement européen⁶. Ce règlement, qui interdit la commercialisation dans l'UE de certains produits issus de la déforestation (cacao, café, soja, huile de palme, bois, viande bovine, caoutchouc, cuir, ameublement, papier...), est décrié : le département de l'Agriculture des États-Unis a fait part de ses préoccupations quant à l'impact de cette législation sur les producteurs américains et a sollicité ardemment le report de sa mise en œuvre jusqu'à la résolution des « défis critiques » rencontrés par les producteurs américains pour s'y conformer.

12 - Le rapport sur le futur de la compétitivité européenne remis par Mario Draghi à Ursula von der Leyen en septembre 2024⁷ souligne l'urgence de concilier les règles du pacte vert avec la nécessité de renforcer l'attractivité et la compétitivité européennes. A ce titre, les directives CSRD et CS3D sont visées pour leur complexité et leur lourdeur. En particulier, les coûts et les contraintes organisationnelles inhérents au respect des standards de *reporting* imposés par ces réglementations sont dénoncés.

13 - Un rapport sénatorial du 4 décembre 2024⁸ dénonce une « dérive normative et technocratique de l'Union européenne » et préconise une simplification et une amélioration de la réglementation européenne. S'agissant de la CS3D, le rapport d'information relève que ce texte fait peser de fortes contraintes sur les entreprises européennes et que son articulation avec la CSRD soulève de sérieuses interrogations.

14 - Le 10 décembre 2024, le président de l'Autorité des normes comptables a souligné l'importance des règles de *reporting* extra-financier⁹, tout en appelant à un allègement. Il suggère notamment d'introduire plus de proportionnalité en redéfinissant la notion européenne de grande entreprise.

15 - L'Allemagne, par une lettre du 17 décembre 2024 émanant de ses ministres de la Justice, des Finances, de l'Économie et de la Protection du climat¹⁰, ainsi que par une lettre du 2 janvier 2025 de son chancelier Olaf Scholz¹¹, demande à la Commission européenne de reporter et d'assouplir la CSRD.

16 - Pour autant, le 6 janvier 2025, le Collège des directeurs du développement durable (C3D)¹² a demandé à la Commission européenne de respecter l'intention initiale de la réglementation européenne environnementale, tout en relevant que cette réglementation – et la CSRD en particulier – pose un défi et soulève des préoccupations légitimes, en particulier de la part des entreprises qui passent d'une absence de responsabilité à des exigences strictes en matière de développement durable. De nombreuses entreprises ont déjà fait des progrès significatifs pour s'aligner sur ce cadre normatif, de sorte qu'un moratoire ou un retour en arrière risqueraient de favoriser une culture du retard plutôt que d'encourager l'adoption de ce cadre normatif. Le C3D va même jusqu'à demander à l'UE d'avancer de deux ans la date d'application de la CSRD aux entreprises non européennes, de 2029 à 2027¹³.

3. Vers une réglementation européenne simplifiée pour concilier ambition climatique et compétitivité ?

17 - Ces critiques, entendues par la Commission européenne, ne marquent non pas la fin des réglementations environnementales européennes mais l'entrée dans une nouvelle ère : celle de la « simplification ».

18 - Dès septembre 2023, la présidente de la Commission européenne affirmait dans son discours sur l'état de l'Union que la simplification de la vie des entreprises serait une priorité, ce qui a conduit à la commande du rapport sur le futur de la compétitivité européenne de Mario Draghi et à la nomination en septembre 2024 de Valdis Dombrovskis au poste de commissaire à l'Économie et la Productivité en charge de la Simplification. Il sera rappelé qu'aux termes de son rapport, Mario Draghi préconisait de réduire la charge administrative pesant sur les entreprises en créant un commissariat à la simplification, dont la tâche serait d'alléger les réglementations affectant les entreprises. Présentée comme une priorité de la prochaine feuille de route de la Commission européenne, la simplification des normes européennes pourrait notamment avoir des conséquences sur les réglementations environnementales, décrites dans le rapport Draghi comme sources de « fardeau administratif ».

19 - Le 8 novembre 2024, la présidente de la Commission européenne a annoncé son intention de proposer une nouvelle législation dite « Omnibus » visant à simplifier ou ajuster certains aspects de la CS3D, de la CSRD et de la taxonomie verte, textes adoptés en application du pacte vert.

20 - Concomitamment, les dirigeants européens réunis à Budapest ont déclaré la nécessité d'un « choc de simplification administrative et réglementaire » pour renforcer « la compétitivité de l'Union européenne » passant par une « révolution de la simplification » afin de fournir aux entreprises un cadre réglementaire clair, simple et intelligent. Si le paquet de simplification Omnibus est annoncé pour le 26 février 2025¹⁴, son contenu demeure encore incertain.

21 - De son côté, le vice-président de la Commission européenne Stéphane Séjourné promet un « choc de la réglementation européenne »¹⁵ pour assurer décarbonation et compétitivité. Les pistes évoquées incluent la facilitation des permis pour les installations

6. Résolution législative du Parlement européen du 17 décembre 2024 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (UE) 2023/1115 en ce qui concerne les dispositions relatives à la date d'application (COM (2024) 0452 – C10-0119/2024 – 2024/0249 (COD)).

7. Commission européenne, 'The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe' 9.9.2024 <https://commission.europa.eu/document/97c481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en> consulté le 11 janvier 2025.

8. Sénat, « Dérive normative de l'Union européenne », Rapport d'information n° 190, 4.12.2024 <<https://www.senat.fr/rap/r24-190/r24-190.html>> consulté le 11 janvier 2025.

9. R. Ophele, « La normalisation des rapports de durabilité reste nécessaire ! » (*Les Echos*, 10 décembre 2024) <<https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-la-normalisation-des-rapports-de-durabilite-reste-necessaire-2136860>> consulté le 13 janvier 2025.

10. L. Boisseau, T. Madelin, « CSRD : l'Allemagne somme Bruxelles de revoir sa copie » (*Les Echos*, 19 décembre 2024) <<https://www.lesechos.fr/finance-marches-financiers/csr-lallemagne-somme-bruxelles-de-revoir-sa-copie-2138640>> consulté le 13 janvier 2025.

11. L. Boisseau, « Reporting extra-financier : les grands groupes français prennent la défense de la directive CSRD » (*Les Echos*, 10 janvier 2025) <<https://www.lesechos.fr/finance-marches-financiers/reporting-extra-financier-les-grands-groupes-francais-prennent-la-defense-de-la-directive-csrd-2141687>> consulté le 13 janvier 2025.

12. Le C3D réunit plus de 380 dirigeants du développement durable et de la responsabilité sociétale des entreprises de grands groupes français.

13. F. Schwartzkopff, 'Amundi, EDF Join Firms Asking EU Not to Water Down ESG Rules' (*BNN Bloomberg*, 8 janvier 2025) <<https://www.bnnbloomberg.ca/business/company-news/2025/01/08/amundi-edf-among-firms-asking-eu-not-to-water-down-esg-rules/>> consulté le 13 janvier 2025.

14. Secrétariat général de la Commission européenne, « Liste des points prévus à l'ordre du jour des prochaines réunions de la Commission », SEC(2024)2508, 4.12.2024.

15. K. De Meyer, F. Schmitt, « Stéphane Séjourné : 'Nous allons lancer un choc de simplification de la réglementation européenne' » (*Les Echos*, 9 décembre

industrielles avec un accès accéléré aux fonds européens et la révision des textes controversés comme la CS3D et la CSRD.

22 - Si la promesse d'une simplification réglementaire marque un pas important vers un équilibre, son succès dépendra de l'efficacité des mesures prises pour conjuguer ambition d'une portée extraterritoriale des réglementations environnementales européennes, compétitivité et dynamisme économique.

2024) <<https://www.lesechos.fr/monde/europe/stephane-sejourne-nous-allons-lancer-un-choc-de-simplification-de-la-reglementation-europeenne-2136540>> consulté le 13 janvier 2025.

23 - *In fine*, le défi majeur auquel sont confrontées les entreprises, où qu'elles soient implantées, est celui d'un environnement réglementaire stable et prévisible ¹⁶.■

16. M. Foley, 'Do Businesses Need To Rethink Their Approach to Sustainability Now' (*Forbes*, 16 décembre 2024) <<https://www.forbes.com/sites/maryfoley/2024/12/16/do-businesses-need-to-rethink-their-approach-to-sustainability-now/>> consulté le 11 janvier 2025.

16 Drug Patents And The New Trump Administration



Alan J. MORRISON, JD,

Adjunct Lecturer, Department of Biological Sciences, Columbia University ;
Founder, Law Offices of Alan J. Morrison, New York, New York, USA

1. Introduction

1 - American drug prices are high, some breathtakingly so. Drugs costing tens of thousands of dollars annually are common. This is especially true for antibody drugs and other biologics. Many things contribute to these high drug prices.¹ Drug patents are one. Thus, drug patents – their issuance, enforcement, and validity – have become a target for reform.

Will drug patent law change during the second Trump administration? One could reasonably expect at least some changes given the number of patent-related bills pending in Congress and the Supreme Court's proven willingness to opine on patent matters.

2 - If such changes occur, will they come about through partisan (i.e. Republican) efforts in the face of Democratic opposition? That is unlikely.

3 - Instead, if changes to drug patent law do occur during the next four years, they are more likely to come about through bipartisan legislation and unanimous court decisions.

4 - This article details recent events that support this position.

2. Drug Patents

5 - A drug patent, like all patents, is a negative right granted by the federal government for a limited duration. It gives its owner a legal right to stop others from making, using, selling, offering to sell, or importing a particular drug, which drug is referred to as the invention claimed in the patent. In this way, a drug patent protects the drug so that typically, only the patent owner or licensee gets to monetize it. Drug patents can also protect drug formulations, methods for using drugs to treat disorders, and methods for making drugs. To an innovator drug company, a drug patent can be worth millions and even billions of dollars.

6 - Drugs are only one of thousands of invention types protectable through patents. Patents protecting these myriad types of invention are all governed by the US patent system.

7 - This system is a creature of the three independent branches of the US federal government. These are the legislative branch (i.e. Congress, which includes the US Senate and the US House of Representatives), judicial branch (i.e. the US Supreme Court, the US Court of Appeals for the Federal Circuit, and other federal tribunals), and executive branch (i.e. the president and departments and agencies under presidential control). The US patent statute² defines the requirements for patentable inventions and for patent docu-

ments. Under the patent statute, a patentable invention must be patent eligible, useful, new, and nonobvious. Moreover, the patent document itself must meet certain enablement, written description, and definiteness requirements. Like all statutes, the patent statute began as a product of Congress (i.e. a bill) signed into law by the president. The US Supreme Court and lower federal courts interpret the patent statute's provisions. Finally, the executive branch, through the US Patent and Trademark Office ('Patent Office'), implements the patent law. It does this via various rules and guidelines for examining patent applications, granting patents based on those applications, and conducting certain proceedings such as *inter partes* reviews held by the Patent Trial and Appeal Board. The Patent Office director also advocates for changes to the law when appropriate.

8 - Of the three branches of government, Congress and the courts play the greatest role in shaping US patent law, with the Patent Office playing a relatively minor role in this regard.

3. Patent Legislation Is a Bipartisan Affair

9 - In recent decades, legislation relating to patent law, and drug patents in particular, has been almost entirely bipartisan.

10 - The poster child for this bipartisanship is the 1984 Hatch-Waxman Act.³ Senator Orrin Hatch (R-UT) and Representative Henry Waxman (D-CA) sponsored this act which was signed into law by President Ronald Reagan. It has had a profound and favorable impact on healthcare by creating the modern generic drug industry. Among its most important provisions are patent term extensions⁴ and a safe harbor patent infringement exemption for drug development.⁵

11 - The Leahy-Smith America Invents Act⁶ is the most recent amendment to the patent statute. Senator Patrick Leahy (D-VT) and Representative Lamar Smith (R-TX) sponsored the AIA and President Barack Obama signed it into law in 2011. The AIA eliminated the uniquely American first-to-invent patent system in favor of the internationally ubiquitous first-to-file system,⁷ eliminated inter-

1. S. L. Forster *et al.*, 'How the US Election May Affect Drug Pricing, Medicare, and Medicaid Programs – Key Areas to Watch' (*Morgan Lewis*, 4 December 2024) <<https://www.morganlewis.com/pubs/2024/12/how-the-us-election-may-affect-drug-pricing-medicare-and-medicaid-programs-key-areas-to-watch>> accessed 27 December 2024.

2. 35 USC §§ 1 *et seq.*

3. Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, Public Law 98-417 (1984). This act is informally referred to as the Hatch-Waxman Act, the Waxman-Hatch Act, or the Hatch-Waxman Amendments.

4. Normally, a patent expires 20 years after the earliest claimed non-provisional priority date. 35 USC §154(a)(2). The Hatch-Waxman Act provides up to five years of additional patent term due to the time required for regulatory review of the patented drug. 35 USC §156.

5. 35 USC §271(e)(1).

6. Public Law 112-29 (2011).

7. 35 USC §102.

ference proceedings, and created post-grant proceedings for challenging patents.⁸

12 - As with existing patent-related legislation, patent-related bills now before Congress are nearly all bipartisan.

13 - For example, the RESTORE Patent Rights Act of 2024⁹ is sponsored by Representative Nathaniel Moran (R-TX) along with one of his Republican colleagues and four of his Democratic colleagues in the House. This bill relates to the issuance of permanent injunctions in patent litigation.

14 - The Patent Eligibility Restoration Act of 2023¹⁰ is sponsored by Senators Thomas Tillis (R-NC) and Christopher Coons (D-DE). This bill amends the patent statute to resolve existing patent eligibility law problems created by the Supreme Court.

15 - The PREVAIL Act of 2023¹¹ is sponsored by Representatives Ken Buck (R-CO) and Deborah Ross (D-NC), and two of their Republican colleagues in the House. This bill modifies the Patent Trial and Appeal Board's procedures to create standing requirements for challenging a patent's validity, thereby strengthening patents. This bill also institutes a 'clear and convincing standard' for establishing patent invalidity, thereby further strengthening patents and harmonizing the Board's burden-of-proof requirement with that of federal district courts which also determine patent invalidity.

16 - A bill to address patent thickets¹² is sponsored by Senators Peter Welch (D-VT), Mike Braun (R-IN), and Amy Klobuchar (D-MN). This bill limits the number of patents that drug companies may assert against accused infringers during litigation.

17 - Finally, the Medication Affordability and Patent Integrity Act of 2023¹³ is sponsored by Senators Margaret Hassan (D-NH) and Mike Braun (R-IN). This bill requires, in part, that information submitted to the Food and Drug Administration be consistent with information submitted to the Patent Office by an applicant for regulatory approval. This bill also creates a related new defense to patent infringement.

4. Most Supreme Court Patent Decisions Are Unanimous

18 - At present, the nine-member US Supreme Court has a six-to-three conservative majority. For politically charged cases, this imbalance usually ensures a conservative victory. Witness the Court's 2022 decision in *Dobbs v Jackson*¹⁴ overturning the 1973 *Roe v Wade* decision,¹⁵ ruling that the US Constitution protects the right to have an abortion. In some of the Court's less politically charged decisions, liberal justices join their conservative colleagues in delivering majority opinions. In others, liberal and conservative justices join forces in dissent. Unanimous decisions are rare.

19 - But not in patent cases. In recent years, the Court has issued one unanimous decision after another in the patent realm, especially on the substantive requirements of patents and patentable inventions.

20 - In a trio of unanimous yet controversial decisions issued just over a decade ago, the Court interpreted the patent-eligibility requirement. The first of these three decisions is *Mayo v Prometheus*.¹⁶ The *Mayo* Court invalidated patent claims to a method for administering a thiopurine drug to a patient and then measuring one of the drug's metabolites in the patient, at which point, the drug's

dosage can be optimized based on the metabolite measurements. The Court characterized patenting such methods as an attempt to patent nature. In *AMP v Myriad*,¹⁷ the Court invalidated patent claims to isolated segments of naturally occurring human DNA. And in *Alice v CLS Bank*,¹⁸ the Court invalidated patent claims to a computer-implemented scheme for mitigating settlement risk, holding that the invention was merely an abstract idea and thus not patent eligible.

21 - In other unanimous decisions, the Court opined on additional substantive patentability requirements. In *Festo v Shoketsu*,¹⁹ for example, the Court held that under the doctrine of equivalents, prosecution history estoppel creates only a rebuttable presumption against infringement in certain scenarios. In *Amgen v Sanofi*,²⁰ the Court clarified the enablement requirement that a patent document must satisfy for the invention in question to be patented. Here, the Court ruled that Amgen's two patents on cholesterol-lowering antibody drugs failed to satisfy the enablement clause of the patent statute. And in *Nautilus v Biosig*,²¹ a case involving a patented heart-rate monitor, the Court clarified the statute's definiteness requirement for a patent's claims.

22 - In cases where substantive patent law is not the sole focus, the Court has been more likely to render split decisions. For example, in *Oil States v Greene's Energy Group*,²² the Court upheld the constitutionality of *inter partes* reviews created under the America Invents Act discussed above. An *inter partes* review allows a third party to challenge a patent's validity, regardless of that third party's standing (or lack thereof) to challenge the patent in federal court. The majority in this decision included the conservative-liberal mix of Justices Thomas, Kennedy, Ginsburg, Breyer, Alito, Sotomayor, and Kagan.

23 - *FTC v Actavis*²³ involved so-called pay-for-delay agreements used to settle patent litigation under the Hatch-Waxman Act between innovator and generic drug companies. The agreement in question related to the drug AndroGel used to treat low testosterone levels. The Court ruled that such agreements are not per se lawful, and that to be permissible, they must pass the rule-of-reason test used in antitrust law. The Court's liberal majority at the time delivered the opinion against a conservative dissent.

5. The Choice of Patent Office Director Matters Little

24 - The president appoints the heads of federal administrative agencies such as the Patent Office. Each agency head is tasked with achieving whatever goals the administration may have for that agency. The Patent Office director is no exception.

25 - However, the Patent Office director must execute these objectives within the confines of the patent statute as interpreted by the Supreme Court and lower federal courts. The director may promulgate rules²⁴ and guidelines²⁵ to ensure that the Patent Office functions properly. Again, though, these rules and guidelines cannot run afoul of statute and case law. While the director may also advocate for desirable legislative and judicial outcomes, their influence in this regard is limited.

26 - In theory, one might expect Patent Office directors' policy objectives to differ materially between one administration and the next. In reality, though, this does not appear to be the case, and a

8. See, e.g. 35 USC §311.

9. HR 9221, Realizing Engineering, Science, and Technology Opportunities by Restoring Exclusive Patent Rights Act of 2024.

10. S 2140.

11. HR 4370, Promoting and Respecting Economically Vital American Innovation Leadership Act of 2023.

12. S 3583.

13. S 2780.

14. *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* 597 US 215 (2022).

15. *Roe v. Wade* 410 US 113 (1973).

16. *Mayo v. Prometheus* 566 US 66 (2012).

17. *Association for Molecular Pathology v. Myriad Genetics Inc.* 569 US 576 (2013).

18. *Alice Corp. v. CLS Bank International* 573 US 208 (2014).

19. *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.* 535 US 722 (2002).

20. *Amgen Inc. v. Sanofi* 598 US 594 (2023).

21. *Nautilus Inc. v. Biosig Instruments Inc.* 572 US 898 (2014).

22. *Oil States Energy Services LLC v. Greene's Energy Group LLC* 138 S Ct 1365 (2018).

23. *FTC v. Actavis Inc.* 570 US 136 (2013).

24. See, e.g. 37 CFR 1.1, *et seq.*

25. See, e.g. Manual of Patent Examining Procedure.

cursory review of recent directors' strategic plans reveals objectives that appear nonpartisan, anodyne, and nearly identical.

27 - Take, for example, the 2022-2026 strategic plan presented by Director Kathi Vidal who was appointed by President Joseph Biden. This plan outlines five strategic goals : driving inclusive US innovation and global competitiveness ; promoting the efficient delivery of reliable intellectual property rights ; promoting the protection of intellectual property against new and persistent threats ; bringing innovation to aid the public good ; and generating effective employee and customer experiences by maximizing agency operations.²⁶ This plan hardly smacks of a partisan agenda. The same can be said of the two preceding plans.

28 - Director Andrei Iancu, who immediately preceded Director Vidal, was appointed by President Trump in 2017. Director Iancu's 2018-2022 strategic plan lists the following goals, among others : issuing reliable intellectual property rights ; enhancing the customer experience ; protecting intellectual property rights abroad ; monitoring and helping address dynamic intellectual property issues in Congress and in the courts ; and developing intellectual property policy.²⁷ Director Iancu's immediate predecessor, Direc-

tor Michelle Lee, was appointed by President Barack Obama. Her 2014-2018 strategic plan presents two patent-related strategic goals which are to optimize patent quality and timeliness, and to provide domestic and global leadership to improve intellectual property policy, protection, and enforcement worldwide.²⁸

29 - One would expect a strategic plan to include the director's boldest goals in a way that showcases how these goals differ from those of their predecessors. Yet the strategic plans presented by the three most recent Patent Office directors – including a Trump appointee – seem almost interchangeable and largely devoted to preserving the *status quo*.

6. Conclusion

30 - Bipartisan patent legislation has become the norm. So has the Supreme Court's tendency to decide patent cases unanimously. And the limited influence on patent law that Patent Office directors wield seems to be focused more on maintaining the *status quo* than on fulfilling partisan agendas. For at least these reasons, US patent law tends to evolve at its own pace without being controlled by partisan mandates.

31 - There is no reason to expect this trend to change during the second Trump administration.■

26. SPTO, 'Strategic Plan, Past Strategic Plans' <<https://www.uspto.gov/about-us/performance-and-planning/strategy-and-reporting>> accessed 27 December 2024.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

À propos de...

La Revue des Juristes de Sciences Po

Fondée en 2009, la Revue des Juristes de Sciences Po est une revue semestrielle étudiante affiliée à l'Association des Juristes de Sciences Po (AJSP). Publiée par l'éditeur LexisNexis, elle propose depuis sa création des dossiers thématiques consacrés à de grandes problématiques juridiques.

Entièrement et indépendamment conçue par des étudiants de l'Ecole de Droit de Sciences Po, la Revue compte aujourd'hui vingt-sept numéros. Un vingt-huitième est en préparation.

La Revue est rédigée par des professeurs, praticiens et étudiants de Sciences Po mais aussi d'autres institutions. Les membres de la Revue sélectionnent les contributeurs et organisent la publication. Chaque numéro est placé sous la direction scientifique d'une personnalité reconnue du monde juridique.

En constant développement, la Revue des Juristes de Sciences Po entend devenir une référence parmi les publications étudiantes francophones. Par l'augmentation progressive de sa visibilité, elle aspire à terme à influencer la pensée des acteurs du droit et faire réfléchir sur l'impact du droit dans notre société contemporaine.



Tous les numéros de la Revue des Juristes de Sciences Po sont disponibles sur les bases de données LexisNexis.



LexisNexis®

Explorez les enjeux juridiques liés à l'essor du numérique !



PAR QUI ?

Rédigés par **des experts reconnus dans leurs domaines respectifs**, ces ouvrages offrent une analyse approfondie et des perspectives éclairées sur les défis juridiques posés par le numérique.

POUR QUI ?

Ils s'adressent aux professionnels du droit, aux décideurs, aux développeurs, aux gestionnaires des risques et toute personne impliquée dans la gestion des enjeux juridiques et technologiques du monde numérique.



EXCLUSIVITÉ LEXISNEXIS !

Code du numérique 2025

Commenté sous la direction de Fabrice Mattatia et Denis Berthault par une équipe d'auteurs spécialistes

- Quatre parties : données, outils numériques, activités numériques, obligations transversales
- Inclus : règlement IA du 13 juin 2024 en annexe.

4^e éd., 1780 pages, septembre 2024



boutique.lexisnexus.fr

Transformez votre quotidien avec une IA sécurisée



Boostez votre productivité
avec l'IA juridique la plus complète
du marché, sécurisée, éthique et fondée
sur les contenus exclusifs LexisNexis



JE DÉCOUVRE

Lexis+ AI : L'IA Juridique la plus puissante | LexisNexis France
01 71 72 47 70