

# Le sens d'une constitution vu par les États-Unis. Le point de vue des juristes

## Écrit par

Elisabeth ZOLLER



Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

## RÉSUMÉ

« Aux États-Unis, le fédéralisme est inséparable du droit constitutionnel. Là gît le sens de leur Constitution et il se fond avec le sens de leur histoire ».

Le sens d'une constitution est l'idée intelligible à laquelle ses dispositions se rapportent et qui sert à expliquer et à justifier son existence. Il ne se confond pas avec son interprétation qui vise à dégager la signification des mots qu'elle contient, mais il l'éclaire parce qu'il donne la raison d'être du texte <sup>(1)</sup>. Une constitution établit un gouvernement et chaque gouvernement est porté par un sens qui lui est propre, une idée-force qui se dégage de son objet et de son but. Madison pensait que « du point de vue juridique, le moyen le plus sûr et le plus généralement admis de mettre à jour le sens (*meaning*) d'une constitution est de rapporter les maux auxquels elle est censée remédier aux avantages qu'on en attend dans l'immédiat et dans la longue durée » <sup>(2)</sup>.

En Angleterre, le sens de la constitution non-écrite n'a pas varié depuis Montesquieu ; il est d'établir la liberté politique <sup>(3)</sup>. En France, le sens de toutes nos constitutions républicaines est de donner à la souveraineté nationale les moyens de gouverner, mais le sens propre à la Constitution de 1958 fut de trouver « une arme contre la déviation du régime parlementaire » <sup>(4)</sup>. En Allemagne, le sens de la Loi fondamentale de 1949 a été d'extirper de la société une tradition légaliste et autoritaire et de lui inculquer le respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux. Les États-Unis n'échappent pas à la règle. Leurs cinquante constitutions d'États et la Constitution fédérale partagent le sens des constitutions républicaines et démocratiques que John Marshall a défini comme « le droit originaire du peuple d'établir son futur gouvernement sur les principes qui, d'après lui, sont les plus propices pour le conduire à sa vision du bonheur » <sup>(5)</sup>. Toutes sont écrites (elles ne peuvent pas être changées par la coutume), rigides (elles sont soumises à des modes de révision différents de ceux de la loi ordinaire), républicaines (le suffrage populaire est considéré comme la seule source du pouvoir) et libérales (les pouvoirs sont séparés). Mais la Constitution fédérale a, en plus, un sens qui lui est propre, celui de « former une Union plus parfaite » entre des États indépendants, de telle sorte qu'elle a établi un gouvernement fort différent de ceux établis dans les États. C'est un gouvernement « fédéral ». Le sens fédéral habite la Constitution des États-Unis dans ses moindres détails <sup>(6)</sup> au point que la Cour suprême, en l'interprétant, va même jusqu'à parler de « Notre Fédéralisme » <sup>(7)</sup>.

La caractéristique du gouvernement fédéral, tel que les juristes le voient aux États-Unis, est d'être « incomplet » ; il ne possède pas la plénitude des pouvoirs d'un gouvernement ordinaire, c'est-à-dire, la totalité des pouvoirs de légiférer, d'exécuter les lois et d'en faire sanctionner la violation par des juges. Il les détient tous, mais il n'en a que des morceaux, des parties. A l'exception du pouvoir exécutif que le Président a reçu en totalité (Article II, Sec

1), le gouvernement fédéral n'a que des « pouvoirs énumérés » selon l'expression consacrée<sup>(8)</sup> ; en particulier, les pouvoirs de sa législature sont « définis et limités »<sup>(9)</sup> (Article I, Sec. 8 et 9) et il en est de même de ceux attribués au pouvoir judiciaire (Article III, Sec. 2, cl. 1). Au cours de la période qui précéda la ratification du texte par des conventions élues par le peuple dans chaque État, Madison expliqua le partage en ces termes :

« Les pouvoirs que la Constitution (...) délègue au gouvernement fédéral sont en petit nombre et définis. Ceux qui doivent rester aux gouvernements d'États sont nombreux et illimités. Les premiers s'exerceront principalement sur des objets extérieurs, comme la guerre, la paix, les négociations et le commerce étranger auquel se rattachera pour la plus grande partie, le pouvoir de taxation. Les pouvoirs réservés aux États s'étendront à tous les objets qui, dans le cours ordinaire des affaires, intéressent la vie, les libertés, la propriété des citoyens, l'ordre intérieur, les progrès et la prospérité de l'État »<sup>(10)</sup>.

La Constitution a donc réparti des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les États ; elle a donné certains au premier, elle en a interdit d'autres aux seconds ; et, pour éviter que ce sens ne se perde et que la distribution initiale des pouvoirs tourne en « une absurde tentative de la part du peuple de limiter un pouvoir par nature illimité »<sup>(11)</sup>, elle a chargé un organe de veiller à la pérennité du partage. D'un accord quasi unanime, le constituant choisit le pouvoir judiciaire pour des raisons tenant à sa sagesse, son esprit de jugement, son impartialité et son intégrité<sup>(12)</sup>. En posant le principe que la Constitution serait « la loi suprême du pays » (Art. VI, Sec. 2), il lui confia la charge de faire en sorte que l'Union soit « plus parfaite », mais sans l'être au point d'en devenir « consolidée ». Il ne procéda qu'à une « consolidation partielle »<sup>(13)</sup> entre les États. Il créa cet étrange gouvernement fédéral.

Dans la mesure où il soulève d'innombrables difficultés, le fédéralisme « repose, quoi qu'on fasse, sur une théorie compliquée, dont l'application exige, dans les gouvernés, un usage journalier des lumières de leur raison »<sup>(14)</sup> et Tocqueville ajoutait : « On est effrayé de la multitude de connaissances diverses et du discernement que (la Constitution) suppose chez ceux qu'elle doit régir »<sup>(15)</sup>. De fait, jusqu'où vont les compétences de l'Union, jusqu'où s'étendent celles des États ? Où commencent celles de l'Union, où s'arrêtent celles des États ? En 1819, le Président John Marshall reconnaissait que « ces questions se présentent perpétuellement et, probablement, continueront de se présenter aussi longtemps que notre système existera »<sup>(16)</sup>. Aux États-Unis, le fédéralisme est ainsi inséparable du droit constitutionnel. Il n'y a pas de questions de droit constitutionnel de « pur fédéralisme » et d'autres qui ne le seraient pas. Il y a certes des questions qui ne sont pas constitutionnelles – une question législative, par exemple – mais, si elle est constitutionnelle, elle est fédérale. Là gît le sens de la Constitution des États-Unis et il se fonde avec le sens de leur histoire.

Le miracle est que ce sens n'a jamais changé. Le partage tient toujours. Même après l'addition d'un *Bill of Rights* en 1789, même après la guerre de Sécession et la fin de l'esclavage, même après les grandes décisions des années 1950-1970 qui marquèrent la révolution des droits, ce sont toujours les gouvernements des États qui sont chargés de donner à chaque homme les moyens de rechercher le bonheur. La Cour n'en a jamais transféré la responsabilité à l'Union ; elle n'a jamais donné ce sens à la Constitution fédérale ou au *Bill of Rights* qu'elle a toujours conçu comme une charte de libertés négatives qui indique ce que le gouvernement ne peut pas faire à l'individu, mais non ce qu'il peut faire pour lui. Pour améliorer le sort des hommes, la Cour suit la Constitution et elle s'en remet aux « bienfaits de la liberté » dont parle le Préambule, c'est-à-dire, la liberté d'entreprendre, l'initiative individuelle, voire la philanthropie. En ce sens que l'Union n'est pas « un État », au sens européen du terme, et c'est pourquoi, dans l'arrêt sur la loi *Obama care*, la Cour a refusé de reconnaître au gouvernement fédéral compétence pour fournir une assurance santé aux individus, mais elle lui a concédé le pouvoir de les taxer s'ils refusent d'en souscrire une<sup>(17)</sup>.

Libérée des tâches qui incombent à un État moderne, l'Union a des ambitions mesurées : « établir la justice, assurer la tranquillité intérieure, pourvoir à la défense commune, développer le bien-être général » (Préambule). Et la Constitution se borne à donner à son gouvernement les moyens qui sont adaptés aux missions dont elle est chargée. Elle n'est donc « ni une Constitution nationale, ni une Constitution fédérale ; c'est un composé des deux »<sup>(18)</sup>. Tel un Janus bifronts, la Constitution a nécessairement deux sens, un sens national et un sens fédéral, et le rôle de la Cour suprême est de réconcilier les inconciliables en faisant respecter tantôt le sens national d'une Constitution fédérale (I) tantôt le sens fédéral d'une Constitution nationale (II).

## I. Le sens national d'une constitution fédérale

En 1787, la Confédération, qui tenait lieu de gouvernement à l'Union, avait réussi à régler le sort des territoires du Nord-Ouest<sup>(19)</sup>, mais elle butait sur quatre problèmes : l'absence d'unité monétaire, le règlement des dettes de guerre, le refus d'États étrangers de reconnaître ses frontières, y compris, son pavillon en haute mer, l'incapacité du Congrès à réglementer le commerce entre États. L'Union était sur le point de périr et elle se résolut à établir une constitution pour les États-Unis en faisant désigner par les États une assemblée constituante. Le constituant s'attacha à renforcer les pouvoirs de l'Union (A) et à interdire aux États d'exercer ceux de nature à l'affaiblir (B).

### A. Le renforcement des pouvoirs de l'Union

La Constitution a renforcé l'Union en la dotant d'un vrai « gouvernement national », formé de trois pouvoirs, un législatif, un exécutif et un judiciaire, comme le proposait le plan de la Virginie, qui fut adopté dès le début des travaux comme plan de travail de la Constitution par le comité plénier de la

Au nombre des pouvoirs législatifs, la Constitution (Art. I, Sec. 8) a attribué à l'Union deux pouvoirs essentiels, le pouvoir de lever et de collecter l'impôt et celui de pourvoir à la défense commune. S'y ajoute le pouvoir de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les États, et avec les tribus indiennes. Comment devaient être interprétés ces pouvoirs ? Le Dixième amendement donnait un indice en prévoyant que « les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution (...) sont réservés aux États, ou au peuple ». Une interprétation stricte semblait s'imposer. Toutefois, dans l'affaire *McCulloch v. Maryland*, la Cour n'en a pas dit un mot et elle a lu la Constitution dans un sens national en jugeant que l'Article I, Sec. 8 attribuait à l'Union tous les pouvoirs qu'il lui conférait en termes exprès, augmentés de tous les pouvoirs incidents ou nécessairement impliqués par eux au motif qu'il suffisait « que la fin soit légitime, qu'elle se situe dans la portée de la Constitution, et tous les moyens qui sont appropriés, qui sont simplement adaptés à cette fin et qui ne sont pas interdits, mais qui s'accordent avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels » <sup>(21)</sup>. En 1937 et toujours dans le même esprit, elle a estimé qu'en prévoyant que l'Union pouvait lever l'impôt « pour servir au bien-être général des États-Unis », la Constitution ne limitait pas le pouvoir du Congrès d'en utiliser le produit uniquement afin d'exercer les pouvoirs législatifs que lui attribuait la Constitution, mais afin de financer toutes les dépenses qui pourvoient au bien-être général des États-Unis <sup>(22)</sup>, ce qui a donné au gouvernement fédéral les moyens de parfaire et de renforcer l'Union par l'impôt et la dépense publique.

S'agissant du pouvoir exécutif, la Cour a toujours lu la Constitution dans un sens national quand il s'est agi de maintenir l'unité du pays. Dans la montée des périls, elle a rassemblé la nation autour du Président en jugeant : « Dans le domaine des relations extérieures avec ses problèmes importants, compliqués, délicats et multiples, seul le Président a le pouvoir de parler et d'écouter en tant que représentant de la nation » <sup>(23)</sup>. Et, sans qu'il soit besoin de remonter jusqu'à la guerre de Sécession ou à la Seconde guerre mondiale, l'accueil compréhensif et bienveillant que sa jurisprudence récente a réservé aux mesures prises pour renforcer la lutte contre le terrorisme est un nouveau témoignage d'une lecture nationale du texte fondateur qui rassemble les hommes, ici, autour de l'Exécutif <sup>(24)</sup>.

Quant au pouvoir judiciaire, il n'y a peut-être pas d'autre pouvoir qu'elle ait interprété dans un sens plus national. Dans une décision *Cohens v. Virginia*, John Marshall justifia la compétence de la Cour suprême pour revoir en appel les décisions des cours suprêmes d'État en ces termes : « Dans un gouvernement qui est reconnu suprême pour réaliser des objectifs d'intérêt vital pour la nation (...), l'exercice d'une compétence d'appel sur les jugements des cours d'États qui peuvent enfreindre la Constitution ou les lois des États-Unis est (...) essentiel à la réalisation de ses objectifs » <sup>(25)</sup>.

## B. Les pouvoirs interdits aux États

L'Art. I, sec. 10, de la Constitution avait interdit aux États d'exercer des pouvoirs de nature à mettre en péril l'Union comme le pouvoir de mener une politique étrangère autonome, ou une politique commerciale indépendante. A ce titre, sur le fondement de l'Art. I, sec. 8 (3), la Cour a interprété le pouvoir du Congrès de réglementer le commerce entre États comme un pouvoir « qui se suffit à lui-même, qui peut être exercé dans toute son étendue et qui ne connaît pas d'autres limites que celles qui sont prescrites dans la Constitution » <sup>(26)</sup>. Elle a interdit aux États d'exercer le même pouvoir « de manière simultanée avec le Congrès » <sup>(27)</sup>, au motif que ce pouvoir est « plénier » <sup>(28)</sup>. Même lorsque le Congrès ne l'exerce pas, il interdit aux États de prétendre l'exercer à leur avantage pour s'exclure des autres <sup>(29)</sup>. La clause de commerce dormante ne dort jamais, pour ainsi dire, et oblige les États « à nager ou à couler ensemble (parce) qu'à long terme, la prospérité et le salut sont dans l'union, non dans la division » <sup>(30)</sup>.

Après la guerre de Sécession, ce ne sont plus seulement des pouvoirs externes qui furent refusés aux États, mais des pouvoirs intérieurs, notamment, celui qu'ils avaient de réglementer en toute liberté le statut des personnes. Le Quatorzième amendement reconnut aux anciens esclaves le statut de citoyen des États-Unis et de l'État dans lequel ils résident et il interdit aux États de leur refuser « les privilèges et immunités des autres citoyens américains, le droit à ne pas être privé de vie, de liberté ou de propriété sans procédure régulière de droit (*due process of law*) et le droit à l'égalité protection des lois ». La difficulté fut que les États du Sud ne voulaient pas l'égalité des droits et la ségrégation raciale s'installa. Au départ, la Cour en prit acte <sup>(31)</sup>. Mais, rapidement, elle s'avisait qu'elle pouvait utiliser le mot « liberté » contenu dans la section 1 de l'Amendement comme d'un entonnoir pour faire rentrer ou, selon la terminologie officielle, pour « incorporer » dans le droit des États la quasi-totalité des droits reconnus par le *Bill of Rights*. La doctrine jurisprudentielle de l'incorporation vise certainement à protéger les droits de l'homme, mais pas tous. La Cour n'a incorporé que les droits dont la protection est essentielle pour unir les citoyens autour des mêmes valeurs, qui inculquent aux États le même « système de liberté organisée par des lois » <sup>(32)</sup>, qui les éloignent de toutes celles qui stigmatisent comme celles sur la ségrégation scolaire <sup>(33)</sup>, ou qui excluent en privant les couples de même sexe du bénéfice des droits reconnus aux autres couples, ou qui discriminent en interdisant le mariage entre personnes de même sexe et en refusant tout effet juridique aux mariages de ce type conclus dans d'autres États <sup>(34)</sup>.

En matière de discrimination, la Cour a cousu un fil rouge sur sa jurisprudence qui se lit comme suit : il ne faut jamais exclure, mais toujours inclure, qu'il s'agisse d'hommes, d'idées, de comportements, chaque fois qu'il est possible de le faire sans mettre l'Union en danger. Pour que l'Union soit « plus parfaite », les États doivent savoir accepter toutes les expressions, y compris celles qui fâchent, qui dérangent, qu'elles soient politiques <sup>(35)</sup>, ou religieuses <sup>(36)</sup>, comme le dit sa jurisprudence sur le Premier amendement et le discours de haine. Ils doivent tolérer toutes les personnes quels que

soient leur couleur de peau, leur origine ethnique, leur mode de vie ou leur comportement. Le sens national de la Constitution est d'aller vers une Union plus parfaite de sorte que « le simple désir de faire du mal à un groupe politiquement impopulaire ne peut jamais être un intérêt gouvernemental légitime »<sup>(37)</sup>. Parmi ces groupes, ont figuré dans l'histoire de la jurisprudence de la Cour, les Chinois de Californie à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>(38)</sup>, les communautés hippies au début des années 1970<sup>(39)</sup>, les personnes âgées dans les années 1980<sup>(40)</sup>, les communautés homosexuelles riches des années 1990<sup>(41)</sup> et les familles homoparentales dans les années 2000<sup>(42)</sup>. Inlassablement, chaque fois, la Cour les a inclus dans la nation. En matière de discriminations, même si elle ne l'invoque pas -- mais comment le pourrait-elle sans élargir par ricochet les pouvoirs de l'Union ? -- le sens de la Constitution, « la formation d'une union plus parfaite » la guide comme l'étoile polaire. Elle accepte donc toutes les expressions, tous les discours, tous les comportements ; elle oblige les citoyens à se tolérer les uns les autres ; mais elle écarte les actes qui sont accomplis avec l'intention manifeste de diviser et de faire du mal<sup>(43)</sup>.

## II. Le sens fédéral d'une constitution nationale

Au sens national que John Marshall donna à la Constitution au cours de sa présidence (1800-1835), succéda en 1836 le sens fédéral que son successeur Roger B. Taney lui préférerait. Le conflit entre les deux visions déboucha sur la guerre de Sécession et il s'éteignit sur le plan des faits par la reddition du Général Lee aux forces de l'Union, le 9 avril 1865. Mais, sur le plan du droit, l'opposition entre les deux lectures du texte fondateur dure toujours. Certes elle mobilise d'autres théories que celle de la nullification que défendait le sécessionniste John Calhoun. Cependant, la querelle n'est pas éteinte. Les partisans d'une lecture fédérale de la Constitution soutiennent qu'elle parle bien de pouvoirs « réservés » aux États (A), et qu'aux pouvoirs qui leur sont interdits répondent des pouvoirs interdits au Congrès (B).

### A. Les pouvoirs réservés des États

À la différence des Articles de Confédération, la Constitution ne parle pas d'une souveraineté des États. Elle dit seulement dans le Dixième amendement que l'Union n'a pas tous les pouvoirs et que les États ont des pouvoirs réservés. Ce sont tous ceux « qui ne sont pas délégués à l'Union, ou qui ne leur sont pas refusés par la Constitution », formule dont le Président Stone disait en 1944 qu'elle ne faisait « qu'énoncer un truisme »<sup>(44)</sup>. Certes... Mais ces pouvoirs sont l'expression de la souveraineté qui reste aux États de sorte que, comme le disait Madison, « le gouvernement ne peut être appelé *national*, puisque sa juridiction ne s'étend qu'à un certain nombre d'objets déterminés et laisse aux différents États une souveraineté résiduaire et inviolable sur tous autres objets »<sup>(45)</sup>. Concrètement, celle-ci se manifeste par leur pouvoir législatif et l'entière maîtrise qu'ils possèdent sur leur droit privé. Qu'il s'agisse de filiation, de mariage, de contrats, de propriété, de responsabilité, de biens meubles ou immeubles, de successions, de droit pénal, de droit commercial, l'individu est d'abord soumis à un droit d'État aux États-Unis. Mais où est la digue qui arrête le droit de l'Union ? Où est le mur qui protège ce qui est réservé aux États ? La question est toujours brûlante. Dès le départ, la Cour avait dit à propos de la clause de commerce que le droit fédéral pouvait pénétrer dans le droit des États. Mais jusqu'où ? La Constitution ne le dit pas.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, ce silence avait permis au juge Story de faire remonter les eaux fédérales très loin à l'intérieur des États. Pour faciliter les échanges entre les citoyens de différents États à une époque où l'harmonisation du droit commercial n'était pas réalisée, il avait utilisé la notion de *common law* contenue dans l'article 34 de la Loi sur le pouvoir judiciaire fédéral de 1789 pour fabriquer de toutes pièces une *common law* fédérale générale qui tenait lieu de droit commercial national<sup>(46)</sup>. En 1937, prenant acte du fait que cette création s'était avérée source considérable de graves discriminations entre citoyens d'États différents qui rendait impossible l'égalité de protection des lois dans chaque État en permettant à un non-résident de soustraire n'importe quelle affaire à la compétence des cours d'État, la Cour l'abandonna<sup>(47)</sup> et les États sont redevenus maîtres de leur droit privé. Le seul point, aujourd'hui, sur lequel la Cour intervient pour limiter les États est le traitement qu'ils réservent à certaines questions intéressant les droits et libertés, et qui sont définis par les Treizième, et surtout Quatorzième et Quinzième amendements.

Du contrôle que la Cour exerce sur les lois d'États, la doctrine en conclut que la Cour protège les droits et libertés, ce qui n'est pas faux, mais l'affirmation appelle certaines précisions. La Cour ne protège pas les droits et libertés en tant que tels, comme une cour constitutionnelle européenne ; par exemple, elle ne dit pas si le droit à la vie interdit l'interruption volontaire de grossesse, mais qui est compétent pour le dire. Est-ce à elle, c'est-à-dire, à l'Union puisqu'elle en est l'organe judiciaire suprême, ou est-ce aux États ? Là gît la fracture entre juges conservateurs et juges libéraux. Selon les premiers, le sens de la Constitution n'est pas de faire trancher les questions de société par la Cour suprême. Selon les seconds, l'égalité de protection des lois l'exige. Certes, mais pour quelle raison ? En principe, les questions de société relèvent des États. Pourquoi faudrait-il qu'elle relève de l'Union ? Que est le bon critère pour répondre ? Bref, qu'est-ce qui relève des pouvoirs réservés des États ?

La question est ancienne. Elle s'est posée à propos de la clause de commerce au XIX<sup>e</sup> siècle. Dans la décision *Gibbons v. Ogden*, John Marshall avait dit que le droit fédéral pouvait pénétrer dans le droit des États pour « des raisons d'intérêt national »<sup>(48)</sup>. Sous la présidence Taney, une lecture fédérale de la clause s'imposa. La Cour distingua entre ce qui est « national » et ce qui est « local »<sup>(49)</sup>, réservant aux États tout ce qui ressort des affaires locales, y compris le commerce, de manière à borner les pouvoirs du Congrès. La distinction s'effondra sous le New Deal<sup>(50)</sup>. En 1995, la Cour tenta, sous la plume du Président Rehnquist, de la ressusciter dans un arrêt remarqué dans lequel elle signifia au Congrès que ce n'était pas à lui de réglementer le

port des armes de poing dans les écoles et aux alentours au motif qu'il n'avait aucune compétence sur les « affaires purement locales »<sup>(51)</sup>. Mais, en 2005, il lui a fallu reconnaître compétence au Congrès pour réglementer la culture domestique du cannabis, même à titre individuel et à des fins thérapeutiques<sup>(52)</sup>.

Ces dernières années, la Cour a privilégié le sens fédéral de la Constitution en matière de droits et libertés. Elle a limité la doctrine de l'incorporation à laquelle la Cour Warren donna une immense portée s'agissant de liberté d'expression, liberté religieuse ou garanties en matière de procédure pénale. A ce titre, la Cour a quasiment nationalisé la procédure pénale des États. Le mouvement fut poussé si loin qu'il semblait que toute lecture fédérale des droits et libertés avait disparu. La matière était, disait-on, devenue entièrement nationale. Il n'en était rien. En 1977, le juge Brennan se fendit d'un long article dans la *Harvard Law Review* qui recommandait aux avocats d'utiliser les ressources du droit des États, notamment, leurs constitutions pour obtenir en droit d'État les droits et libertés que la Constitution fédérale ne protégeait pas<sup>(53)</sup>. Mais les juges d'États, moins protégés que les juges fédéraux parce qu'ils sont généralement soumis à nouvelle confirmation, plus exposés à la critique de l'opinion publique parce qu'ils sont souvent élus, ont dans l'ensemble appliqué plutôt mollement le nouveau fédéralisme judiciaire que suggérait le grand juge libéral<sup>(54)</sup>. La proposition 17 adoptée en 1972 par référendum en Californie pour renverser la décision par laquelle la Cour suprême de l'État avait déclaré la peine de mort inconstitutionnelle en échauda plus d'un.

## B. Les pouvoirs interdits au Congrès

La Constitution contient bien des interdictions adressées à l'Union, en particulier, au Congrès. Mais les interdits de l'Art. I, sec. 10, protègent surtout l'individu. Les États n'en sont pas les bénéficiaires, sauf s'agissant des clauses 5 et 6 qui interdisent au Congrès de taxer les produits exportés des États et d'accorder des traitements préférentiels différentiels pour accéder à leurs ports. À part ces deux limites, rien dans la Constitution n'arrête le Congrès, si ce n'est le jeu de l'alternance, limite dont le Président Marshall reconnaissait l'importance en ces termes : « Les élections sont les seules limites sur lesquelles les constituants se sont appuyés pour prévenir les abus. Dans tous les gouvernements représentatifs, ces limites sont souvent les seules sur lesquelles le peuple peut compter »<sup>(55)</sup>. L'ennui est que, pressé par des majorités populaires qui attendent toujours plus du gouvernement fédéral, le Congrès ne peut pas cesser de lui-même d'envahir les droits des États. S'agissant du respect dû aux droits des États, il faut qu'on l'y contraigne. Telle est la tâche, pour le moins impopulaire, dont la Cour s'est chargée à partir des années 1990 pour obliger le Congrès à revenir à une lecture fédérale de la Constitution nationale.

L'arrêt le plus emblématique de cette nouvelle politique jurisprudentielle est la décision *New York v. United States* relatif au traitement des déchets radioactifs de basse intensité par les États. Pour les inciter à coopérer pour régler le problème entre eux, le Congrès adopta une loi qui prévoyait qu'en cas d'échec de règlement à l'amiable entre États au moyen d'accord régionaux, dans l'hypothèse où un État se retrouvait avec des déchets non-recyclés il en devenait automatiquement propriétaire et devait en assumer toutes les conséquences, notamment, s'agissant des dommages causés aux tiers. La Cour a jugé que cette manière de commander les États comme on commande les soldats d'une troupe était « incompatible avec la structure fédérale de notre Gouvernement tel qu'il est établi par la Constitution (...) Le Congrès ne peut pas forcer les États à prendre la responsabilité d'une politique publique fédérale »<sup>(56)</sup>.

Dans le même esprit, la Cour a ressuscité le principe de l'immunité souveraine des États et a estimé que le Congrès ne pouvait pas, hormis les cas spécifiques prévus par la Constitution (en particulier, pour l'exécution des Quatorzième et Quinzième amendements), ouvrir aux justiciables des États des voies de recours devant les tribunaux fédéraux pour obliger leurs États à respecter les droits garantis par la Constitution ; ils doivent d'abord se pourvoir devant les tribunaux d'État. Et il faut ajouter que, pour éviter que le Congrès ne contourne sa décision, elle a décidé que le Congrès ne pouvait pas les priver de leur immunité souveraine devant leurs propres juridictions. L'idée sous-jacente à ces arrêts est que ce n'est pas à la Cour, organe fédéral, de priver les États de leur souveraineté lorsque la Constitution ne l'impose pas. C'est aux États eux-mêmes à y renoncer, ce qui revient à dire que c'est aux électeurs de décider<sup>(57)</sup>.

---

Aux États-Unis, le sens, ou plutôt le double sens, de la Constitution est cousu dans la trame de la Constitution. Il a été expressément voulu par le constituant. Or, s'il y a bien une chose que la Cour suprême s'est efforcée de faire depuis l'origine, c'est d'y rester fidèle. En alternance, elle a donné à la Constitution tantôt un sens national, tantôt un sens fédéral. Le balancement de l'un à l'autre, ce va-et-vient régulier marque les grandes périodes de son histoire qui portent le nom de ses grands présidents, la Cour Marshall, la Cour Taney, la Cour Warren, la Cour Rehnquist, et aujourd'hui, la Cour Roberts. La doctrine aime à penser que la Cour aurait le pouvoir de faire dire ce qu'elle veut à la Constitution. Mais est-ce si vrai ? Il est permis d'en douter. Car, comme en témoigne l'histoire de sa jurisprudence, la Cour fait dire à la Constitution soit l'un, soit l'autre des deux sens, mais pas un troisième.

La vraie question est de savoir pourquoi la Cour est tantôt nationaliste, tantôt fédéraliste, pourquoi elle penche tantôt pour l'Union, tantôt pour les États. Les constituants avaient anticipé ces allers-retours réguliers. Madison savait que la Constitution avait été conçue de telle sorte que « le gouvernement fédéral ou les gouvernements d'États l'emporteraient dans les affections et l'appui du peuple » et que ce serait soit l'un, soit l'autre qui

l'importerait. Il ne s'en souciait pas parce que « le gouvernement fédéral et les gouvernements des États ne sont, en fait, que les différents agents ou mandataires du peuple, revêtus de différents pouvoirs, chargé de fonctions diverses », et donc que les deux gouvernements seraient rivaux et ennemis sous « le contrôle d'un *supérieur commun* qui surveillerait leurs efforts pour empiéter sur leur autorité réciproque » <sup>(58)</sup> de sorte qu'en définitive, ce serait le peuple qui déciderait du sens qu'il veut donner à sa Constitution.

(1) Tous les grands auteurs se sont intéressés au sens des gouvernements qu'ils étudiaient parce que c'est le seul moyen de les comprendre. C'est peut-être Montesquieu qui en a livré l'une des analyses les plus approfondies, v. *De l'esprit des Lois*, Livre XI, Chap. 5 (De l'objet des États divers) qui, en gros, explique qu'un gouvernement n'est pas une fin en soi, mais un moyen, et que le moyen doit être adapté à la fin qu'on se propose d'atteindre.

(2) « James Madison : Notes on Letters to Mr. Cabell, 30 October 1828 » *Founders Online*, National Archives, last modified February 1, 2018, <http://founders.archives.gov/documents/Madison/99-02-02-1578>.

(3) Montesquieu, *De l'esprit des Lois*, Livre XI, Chap. 5.

(4) Discours de Michel Debré devant le Conseil d'État, 27 août 1958, disponible en ligne : <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>

(5) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 ; É. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010 (cité ci-après GACSEU p. 10).

(6) Aux États-Unis, le qualificatif de « fédéral » s'est substitué à celui de « national ». Il a même reçu un nouveau contenu dans la mesure où il a créé une forme de gouvernement qu'on n'avait jamais vu jusqu'alors. Tous les efforts de consolidation d'unions d'États avaient jusqu'alors conduit à des empires. Mais, comme le compris si bien Tocqueville, l'Amérique suivit un autre chemin qu'il jugea avec autant de lucidité que de mesure ainsi : « Si jamais l'Amérique sut s'élever pour quelques instants à ce haut degré de gloire où l'imagination orgueilleuse de ses habitants voudrait sans cesse nous la montrer, ce fut dans ce moment suprême, où le *pouvoir national* venait en quelque sorte d' *abdiquer l'empire* » (italiques ajoutées), A. de Tocqueville *De la démocratie en Amérique*, I, I, viii, *Œuvres*, Gallimard, Bibliothèque de la pléiade, tome II, p. 121.

(7) *Younger v. Harris*, 401 U.S. 37, 44 (1971).

(8) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 405 (1819); GACSEU, p. 32.

(9) *Marbury v. Madison*, op. cit., p. 176 ; GACSEU, p. 11.

(10) *Le Fédéraliste*, Lettre n° 45 (Madison), trad. Jèze, LGDJ, 1957, p. 385.

(11) *Marbury*, op. cit., p. 177 ; GACSEU, p. 11.

(12) *Le Fédéraliste*, op. cit., Lettre n° 78 (Hamilton), p. 644-654.

(13) *Le Fédéraliste*, op. cit., Lettre n° 32 (Madison), p. 239.

(14) A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., I, I, viii, p. 185.

(15) *Ibid.*, p. 186.

(16) *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 405 (1819); GACSEU, p. 32.

(17) *National Federation of Independent Business (NFIB) et al. v. Sebelius*, 567 U.S. 519 (2012)

(18) *Le Fédéraliste*, op. cit., Lettre n° 39 (Madison), p. 319.

(19) *The Northwest Ordinance*, adoptée par le Second Congrès Continental (17 Juillet 1787), <https://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=8>

(20) Les historiens s'accordent pour reconnaître que ce choix fut décisif. Selon G. S. Wood, « l'érection d'un gouvernement national représentait une révolution politique aussi importante que la révolution de la décennie précédente », *La création de la République américaine* (Trad. F. Delastre), Belin, 1991, p. 543.

- (21) *McCulloch v. Maryland*, op. cit., p. 421 ; GACSEU, p. 39.
- (22) *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 65 (1936); GACSEU, p. 210.
- (23) *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*, 299 U.S. 304, 319 (1936); GACSEU, p. 222.
- (24) *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1 (2010).
- (25) *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264, 414-415 (1821) ; GACSEU, p. 61.
- (26) *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. (9 Wheat.) 1, 196 (1824); GACSEU, p. 77.
- (27) *Ibid.*, p. 200 ; GACSEU, p. 79.
- (28) *National Labor Relations Board (N.L.R.B.) v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, 301 U.S. 1, 37 (1937); GACSEU, p. 238.
- (29) *City of Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617 (1978).
- (30) *Baldwin v. G.A.F. Selig Inc.*, 294 U.S. 511, 523 (1935).
- (31) *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- (32) *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).
- (33) *Brown v. Board of Education of Topeka*\* (I), 347 U.S. 483 (1954); GACSEU, p. 285.
- (34) *Obergefell et al. v. Hodges et al.*\*, 576 U.S. \_\_ (2015), 135 S.Ct. 2584.
- (35) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919).
- (36) *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).
- (37) *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528, 534 (1973).
- (38) *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 356 (1886).
- (39) *U.S. Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973).
- (40) *Cleburne v. Cleburne Living Center, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985); GACSEU, p. 552.
- (41) *Romerv. Evans*, 517 U.S. 620 (1996); GACSEU, p. 745.
- (42) *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013).
- (43) *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).
- (44) *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 124 (1941).
- (45) *Le Féraliste*, op. cit., Lettre n° 39 (Madison), p. 318 (italiques dans le texte).
- (46) *Swift v. Tyson*, 41 U.S. (16 Pet.) 1, 18 (1842).
- (47) *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 74 (1938); GACSEU, p. 252, 256.
- (48) *Gibbons v. Ogden*, op. cit.; GACSEU, p. 80, § 14.
- (49) *Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia*, 53 U.S. (12 How.) 299 (1851).
- (50) *Wickard v. Filburn*, 317 U.S. 111 (1942).

(51) *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

(52) *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

(53) W. J. Brennan, « State Constitutions and the Protection of Individual Rights », *Harvard Law Review*, vol. 90 (1977), p. 489s.

(54) R. F. Williams, *The Law of American State Constitutions*, Part II, Rights Guarantees under State Constitutions : the New Judicial Federalism, 5 The New Judicial Federalism, Oxford University Press, 2015.

(55) *Gibbons v. Ogden*, op. cit., p. 197 ; GACSEU, p. 77, § 9.

(56) *New York v. United States*, 505 U.S. 144, 177 (1992).

(57) *Alden v. Maine*, 527 U.S. 706 (1999).

(58) *Le Fédéraliste*, op. cit., Lettre n° 46 (Madison), p. 388 (italiques ajoutées).

### Citer cet article

Elisabeth ZOLLER. « Le sens d'une constitution vu par les États-Unis. Le point de vue des juristes », Titre VII [en ligne], n° 1, *Le sens d'une constitution*, septembre 2018. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-par-les-etats-unis-le-point-de-vue-des-juristes>