

la Cour suprême des Etats-Unis

controverses

puissance

nominations

rédaction des opinions

marché unique et libertés

l'affaire du drapeau

Fédération/Etats

avortement et peine de mort

affirmative action

ronald dworkin

marie-france toinet

james ceaser

frederick morton

patrick juillard

jodie et
laurent cohen-tanugi

jean beauté

roger pinto

pierre bouretz

COMITÉ DE RÉDACTION

Philippe Ardant
Pierre Avril
Guy Carcassonne
Olivier Duhamel
Georges Dupuis
Jean Gicquel
Yves Mény
Hugues Portelli
Marc Sadoun

CHRONIQUES

Pierre Astié
Repères étrangers
Pierre Avril
V^e République
Dominique Breillat
Repères étrangers
Jean Gicquel
V^e République
Jérôme Jaffré
Elections en France
G. W. Jones
Royaume-Uni
John Keeler
Etats-Unis
Adolf Kimmel
Allemagne
Andrea Manzella
Italie
Marie Mendras
Union soviétique
Jean-Luc Parodi
Opinion publique
Jacques Rupnik
Pays de l'Est
Pere Vilanova
Espagne

SECRÉTAIRE DE RÉDACTION

Monique Mathieu-Tinet

DIRECTION

Philippe Ardant
Olivier Duhamel

CONSEIL SCIENTIFIQUE

Josette Alia, Robert Badinter,
Michel Bouissou,
Monique Chemillier-Gendreau,
Olivier Chevillon, Michèle Cotta,
Jean-Louis Cremieux-Brilhac,
Pierre Dabezies, Charles Debbasch,
Francine Demichel, Francis Doré,
Michel Durupty, Jacques Georgel,
Stanley Hoffmann, Benoît Jeanneau,
Catherine Lalumière, Alain Lancelot,
Jean Leca, Rémy Leveau,
Jean-Luc Parodi, Jean Raes,
René Rémond, Jacques Rigaud,
Jacques Robert, Jean-L. Samson,
Roger-Gérard Schwartzberg,
Dusan Sidjanski,
Jean-Marie Vincent.

VENTES ET ABONNEMENTS

Presses Universitaires de France
Département des Revues
14, avenue du Bois-de-l'Épine
BP 90, 01003 Evry Cedex

Tél. (1) 60 77 82 05
Télécopie (1) 60 79 20 45
Télex : PUF 600 474 F
CCP 1302 69 C Paris

ABONNEMENTS

(4 numéros de 200 pages)

	<i>France</i>	<i>Etranger</i>
1 an (1992)	310 F	400 F
2 ans (1992-1993)	620 F	800 F

REVUE TRIMESTRIELLE
PUBLIÉE AVEC LE CONCOURS DU CNRS

P O U V O I R S

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

59

La Cour suprême des Etats-Unis

Ronald DWORKIN. — Controverse constitutionnelle	5
Marie-France TOINET. — Puissance et faiblesses de la Cour suprême	17
James CEASER. — Le processus de sélection des juges	31
Frederick L. MORTON. — La rédaction des opinions de la Cour suprême	45
Patrick JUILLARD. — Les orientations de la jurisprudence : éta- blissement du marché unique et renforcement des libertés publiques	59
Jodie et Laurent COHEN-TANUGI. — Etude de cas : l'affaire du drapeau	77
Jean BEAUTÉ. — Le partage des compétences entre les Etats et la Fédération	85
Roger PINTO. — La mort devant la Cour suprême — Peine capi- tale et avortement	101
Pierre BOURETZ. — L'affirmative action ou les infortunes de l'égalité	115

JOURNAL

Bruno GENEVOIS. — La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ?	129
Valérie MAYER. — La Cour suprême du Canada et le processus démocratique : redéfinition et impact politique	143
Pouvoirs-débat :	
Anne-Marie LE BOS-LE POURHIET. — A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate	159
Evelyne PISIER. — Cherchons l'erreur	174
Anne-Marie LE BOS-LE POURHIET : Réponse à Evelyne Pisier	177
Repères étrangers (15 mars - 20 juin 1991), Pierre ASTIÉ et Dominique BREILLAT	179
Chronique constitutionnelle française (20 mars - 20 juin 1991), Pierre AVRIL et Jean GICQUEL	191
Pouvoirs-Biblio	227
Summaries	229

ISBN 2 13 043673 0

ISSN 0152-0768

Dépôt légal — 1^{re} édition : 1991, octobre© Presses Universitaires de France, 1991
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

La Cour suprême

Rares sont les institutions passées dans l'histoire sans référence géographique les identifiant par un sol, une société, une civilisation. La Cour suprême des Etats-Unis figure parmi ces privilégiées. A la différence de ses sœurs aujourd'hui nombreuses à travers le monde, lorsqu'on veut parler d'elle on est dispensé de décliner sa nationalité.

A quoi doit-elle ce traitement d'exception ? Pas seulement à son antériorité, même s'il n'est pas indifférent que, siégeant pour la première fois le 2 février 1790, elle ait devancé de beaucoup sa première émule. Pas non plus à sa fonction de juge unique de dernier ressort des décisions rendues sur le territoire américain par les juridictions fédérale et étatique en toutes matières civile, pénale, commerciale, sociale, ou administrative... qui constitue pourtant le courant de ses activités. Son prestige, en effet, tient avant tout au rôle, qu'elle s'est attribué, de contrôleur de la constitutionnalité des lois. Là elle a montré comment le juge pouvait devenir un troisième pouvoir, imposant aux deux autres le respect de la loi fondamentale, tissant en même temps les liens d'un système juridique rendu particulièrement complexe par son caractère fédéral et assurant fermement sa cohésion.

Si la Cour ne va pas jusqu'à gouverner — d'ailleurs elle ne le pourrait pas — personne ne conteste que son action soit politique. Elle est le constituant permanent qui a su adapter aux bouleversements de la société américaine un texte bicentenaire, reflet des préoccupations de son temps. Comment s'étonner alors que la désignation de ses membres intervienne à l'issue d'un processus minutieux et donne naissance à des controverses passionnées où la qualification juridique des candidats tient une place secondaire. Aussi bien puisqu'elle est appelée à se prononcer sur des lois tracées au cœur des grands débats de société, comme la ségrégation raciale, la peine de mort, l'avortement, le respect dû au drapeau, ses décisions pourraient-elles être accueillies avec indifférence par l'opinion ? Comment parfois ne serait-elle pas amenée à renverser sa jurisprudence au grand dépit de ses admirateurs de la veille ? Comment surtout, en définitive, ne pas s'interroger sur les valeurs où les juges puisent leur conviction et sur leurs méthodes d'interprétation de la charte fondamentale ?

Il reste que derrière une histoire en apparence assez peu linéaire la Cour suprême concilie audace et prudence. Elle choisit ses causes, et s'il en est qu'elle ne peut esquiver, elle évite autant que possible le choc frontal et s'efforce de ménager à la fois le Président, le Congrès et le public. Elle sait en effet que sa légitimité est fragile et tient tout autant à son passé prestigieux et à son image de défenseur du droit qu'à l'harmonie de sa jurisprudence, sur une longue période, avec le sentiment populaire.

LA COUR SUPRÊME EST ÉTUDIÉE PAR

- Jean Beauté, maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), ancien *visiting scholar* à Georgetown University, Washington (DC) ; a publié deux études sur *Les premier et second mandats de Ronald Reagan* à la Documentation française.
- Pierre Bouretz enseigne la philosophie politique à l'Université de Paris I, et à l'IEP ; *Le paradoxe du fonctionnaire* (avec Evelyne Pisier) (Paris), 1986.
- James Ceaser, professeur à l'Université de Virginie ; *Liberal Democracy and political science* (Baltimore, John Hopkins University Press), 1990.
- Jodie et Laurent Cohen-Tanugi sont respectivement membres du Barreau du District of Columbia et de New York. Tous deux exercent à Paris. Laurent Cohen-Tanugi a publié *Le droit sans l'Etat* (Paris, PUF), 1985 et *Métamorphoses de la démocratie* (Paris, Odile Jacob), 1990.
- Ronald Dworkin, professeur à la New York University et à Oxford, auteur notamment de *Law's Empire* dont la traduction française est à paraître (PUF, « Recherches politiques »).
- Patrick Juillard, professeur de droit public, directeur de l'UFR d'Etudes internationales et européennes à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), MCL, Columbia University, 1959.
- F. L. Morton, professeur de science politique à l'University de Calgary (Canada).
- Roger Pinto, professeur émérite à l'Université de Paris I ; *Des juges qui ne gouvernent pas* (Paris, Sirey), 1933.
- Marie-France Toinet, directeur de recherches à la Fondation nationale des Sciences politiques et professeur à l'Institut d'Etudes politiques de Paris.

RONALD DWORKIN

*Controverse constitutionnelle**

I - INTRODUCTION

Je traite ici de l'interprétation de la loi constitutionnelle. Les articles célèbres de la Constitution des États-Unis, comme ceux qui prescrivent que la loi doit accorder à tous la même protection ou qui condamnent toute punition cruelle et contraire à l'usage, sont des dispositions abstraites. Comment doivent-elles être appliquées aux cas particuliers ? A quelles méthodes ou techniques interprétatives est-il souhaitable d'avoir recours ? Dans quelle mesure l'interprétation de la loi constitutionnelle doit-elle être indépendante de la philosophie politique et morale ? Tels sont les grands problèmes qu'on trouve aujourd'hui au cœur du débat sur le droit constitutionnel aux États-Unis (un débat qui ne fait pas seulement rage entre les juges et les facultés de droit, mais aussi dans les colonnes des organes de presse nationaux, sur les plateaux de télévision, dans les réunions politiques et dans les dîners en ville). Les Américains sont en effet très avertis en cette matière : ils savent que c'est une controverse juridique abstraite d'interprétation qui peut décider du droit pour les écoles publiques d'accorder des avantages particuliers aux élèves noirs, ou du droit d'envoyer quelqu'un en prison sur la foi d'aveux extorqués de force, ou encore du droit pour les femmes de choisir librement d'avorter.

Cette étude de l'actuelle controverse en matière constitutionnelle sera divisée en deux parties, mais j'insiste sur l'inter-relation,

* Traduction française de Françoise Baret-Ducrocq.

que je mets en évidence, entre ces deux domaines. Je commence par un bref exposé de ce que j'appelle les principes fondamentaux, c'est-à-dire les questions de morale politique qui ont une influence directe sur la forme que devrait avoir la constitution d'une communauté donnée. A la lumière de cette discussion, j'examine ensuite la question, plus directement liée à l'interprétation de la constitution, de savoir comment la Cour suprême doit évaluer la forme que présente aujourd'hui la Constitution américaine.

II - CONTROVERSE SUR LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Il y a, évidemment, de grandes questions constitutionnelles relevant de la morale politique qui ne figurent dans aucun des débats politiques américains actuels. Une constitution écrite est-elle préférable à une constitution faite de traditions non écrites ? La meilleure solution est-elle de confier le pouvoir exécutif à un président indépendant du Parlement, comme c'est le cas aux États-Unis, ou aurait-il mieux valu adopter l'usage britannique qui consiste à confier le pouvoir exécutif au chef du parti qui a la majorité au Parlement ?

On considère ces problèmes comme réglés aux États-Unis, tout au moins sur le plan pratique. Personne ne songe à faire abroger la Constitution en tant que loi écrite. Mais les juristes et le grand public sont divisés sur des questions fondamentales de morale politique au sujet de ce que doit être une constitution juste, et ces désaccords influent sur le débat des juristes portant sur ce qu'est effectivement la Constitution des États-Unis. Dans une constitution juste, les intérêts individuels des citoyens seraient-ils protégés contre les vœux ou les intérêts de la majorité ? Si oui, quels intérêts seraient protégés ? Les intérêts économiques, par exemple ?

Le gouvernement fédéral, ou de chaque État, se verrait-il interdire de lever des impôts dans l'intention de redistribuer la fortune ? Une constitution juste garantirait-elle la liberté ou l'indépendance morale ? Garantirait-elle aux homosexuels la liberté de suivre leur penchant naturel en matière de sexualité ? Garantirait-elle le droit des femmes à avorter ?

La plupart de ces questions soulèvent des problèmes d'une certaine profondeur philosophique. Comment, par exemple, peut-on justifier le fait de protéger légalement un individu contre une décision souhaitée par la majorité des citoyens ? Les philosophes fournissent en général deux réponses, dont chacune mène à des conclusions

différentes quant à la nature des droits de l'individu qui devraient être protégés par la Constitution. La première réponse met l'accent sur la finalité : elle proclame que les droits constitutionnels sont légitimes si, et seulement si, le fait de reconnaître et de mettre en application un droit donné a pour effet d'engendrer un avantage global pour la communauté prise dans son ensemble. Par exemple, certains auteurs se prononcent en faveur de la protection constitutionnelle du droit à la liberté de parole pour cette raison. Selon leurs arguments, le fait de protéger le droit des individus à la liberté de parole bénéficie à l'ensemble de la communauté grâce à l'apport précieux qu'il représente en termes de renseignements, de contestation et de discussion.

La seconde réponse met l'accent sur le fait que la justification des droits constitutionnels ne réside pas dans les avantages collectifs qu'ils engendrent, mais provient de la garantie qu'ils apportent à des droits que les individus possèdent pour des raisons morales intrinsèques. Pour les tenants de cette opinion, les droits que possèdent les gens sont des sortes d'*atouts* dont la valeur est supérieure aux buts d'intérêt général.

Bien évidemment, ces divergences sur le fondement des droits constitutionnels engendrent des divergences sur leur portée. Par exemple, les partisans de l'avantage collectif de la liberté de parole se montreront hostiles à l'extension de cette liberté à des propos peu ou pas du tout susceptibles d'engendrer un avantage collectif, même indirectement ou à long terme, comme des propos racistes, par exemple, ou obscènes, ou appelant à des changements politiques révolutionnaires ou autoritaires. En revanche, celui qui pense que les gens possèdent de façon inhérente le droit d'exprimer leurs opinions, même dans des circonstances où le fait d'user de ce droit va à l'encontre des intérêts de leur communauté, refusera à ce critère toute validité pour limiter la liberté de parole.

Dans ce débat sur les principes fondamentaux, on fait également une distinction très importante entre les questions d'équité affectant les formes de la procédure, et les questions de justice concernant le fond. Par exemple, la question que j'ai mentionnée plus haut, de savoir si une constitution idéale accorderait à l'individu le droit de suivre son penchant naturel en matière de sexualité, soulève ces deux genres de problèmes. Certains pourraient refuser à l'individu jusqu'au principe même d'un tel droit, ils pourraient penser que chaque société devrait forcer ses membres à suivre le code moral traditionnel avec lequel la plupart des citoyens s'identifient, car c'est la meilleure façon de préserver le sens de l'intégrité et de l'unité de la communauté. Mais, même s'ils n'ont pas cette opinion, même s'ils pensent

qu'une telle société serait profondément injuste, ils peuvent être opposés à la garantie constitutionnelle des droits des homosexuels pour des raisons tenant à l'équité de la procédure. Ils pourraient être tentés de dire que la démocratie est la seule forme acceptable de gouvernement et qu'il est antidémocratique d'utiliser la Constitution pour empêcher la majorité d'obtenir la législation qu'elle trouve la meilleure, même si la majorité a profondément tort. Cette dernière affirmation, selon laquelle les droits constitutionnels des individus sont antidémocratiques, représente l'une des questions les plus débattues en matière de jurisprudence constitutionnelle aux États-Unis, et j'y reviendrai ultérieurement.

III – LES DIFFÉRENTES ÉCOLES D'INTERPRÉTATION

Les articles de la Constitution qui garantissent les droits des individus sont rédigés dans une langue très abstraite. Par exemple, le Quatorzième Amendement dispose qu'aucun Etat ne peut s'opposer à l'application régulière des voies de droit ou à l'égale protection de tous devant la loi. Comment la Cour suprême devrait-elle procéder pour dire ce que ces articles signifient dans le détail ? Comment devrait-elle procéder, par exemple, pour dire que la conséquence juridique de ces expressions est la création du droit constitutionnel pour les Noirs d'envoyer leurs enfants dans des écoles pratiquant l'intégration raciale et non pas la ségrégation, ou pour les Blancs de s'opposer aux programmes favorisant l'intégration des Noirs ou pour les femmes de subir une ivc lorsque leur médecin ou elles-mêmes le jugent nécessaire ou souhaitable ? Cette question concernant en apparence un problème de procédure fait également l'objet d'une forte controverse aux États-Unis actuellement, comme cela a toujours été le cas depuis le début de l'histoire constitutionnelle américaine. Mais cette controverse n'est pas, ainsi que je vais tenter de le montrer, sans rapport avec les controverses sur les principes fondamentaux que je viens de décrire.

L'une des réponses possibles à la question de l'interprétation de la Constitution, une réponse particulièrement populaire auprès des hommes politiques conservateurs, consiste à dire que le travail d'interprétation ne peut consister qu'à découvrir et respecter les intentions de ceux qui ont rédigé la Constitution (et qu'on désigne souvent de façon succincte comme les rédacteurs). Les rédacteurs du Quatorzième Amendement avaient-ils l'intention de conférer aux Noirs (ou aux Blancs ou aux femmes) un tel droit constitutionnel ?

Si c'est le cas, alors la bonne interprétation de la portée légale de cet amendement inclut ce droit ; mais dans le cas contraire, il n'en est rien. Cette façon de voir est souvent surnommée la thèse de *l'intention originelle*¹. Cette thèse ne doit pas être confondue avec une autre, qui comporte également des sous-entendus conservateurs, mais qui reçoit un soutien plus important chez des spécialistes du droit constitutionnel. Je serais tenté de désigner cette thèse sous le nom d'attitude *passive*. Elle soutient que lorsque la Constitution est rédigée en termes abstraits, ou que sa portée juridique est, pour quelque autre raison, floue ou discutable, l'interprétation devrait pencher dans le sens qui gêne le moins les autorités politiques fédérales, ou d'Etat ou autres, pour faire ce qu'elles estiment être dans l'intérêt de la communauté. Cette attitude passive présuppose l'adoption d'une thèse fondamentale que j'ai déjà mentionnée et selon laquelle les droits constitutionnels des individus sont, par principe, antidémocratiques. Les partisans de cette thèse ne laissent donc jamais passer une occasion de restreindre la portée de tels droits.

Il existe une troisième attitude, surnommée méthode de *l'intégrité constitutionnelle*. Cette méthode présuppose une attitude totalement différente à l'égard de la Constitution en ce qu'elle considère que le texte de la Constitution n'est pas une suite discontinue de positions politiques distribuant le pouvoir de diverses manières, mais un système de principe. Cette méthode insiste donc sur le fait que chacun des articles ou principes abstraits doit être interprété et appliqué de façon à former un tout cohérent sur le plan des principes avec les interprétations acceptées pour d'autres parties de la Constitution et avec les principes de morale politique qui apportent la meilleure justification fondamentale possible de l'ensemble de la structure constitutionnelle. (J'ai donné une description détaillée de cette méthode d'interprétation constitutionnelle, ainsi que de la méthode plus générale d'interprétation de la littérature, de l'histoire, et des conversations dont elle a été inspirée, dans mon livre *Law's Empire* qui va être prochainement publié dans sa traduction française.) Sur l'échiquier politique américain actuel, les conclusions auxquelles cette méthode conduit ont plutôt la sympathie des hommes politiques libéraux.

Cette brève et schématique discussion illustre bien l'inter-relation

1. Cf. mon article récent intitulé La jurisprudence de Bork, in *The University of Chicago Law Review*, 1990, pour une étude plus détaillée de la méthode de l'intention originelle.

inévitable entre ce que j'ai appelé les questions fondamentales et les questions d'interprétation. La méthode de la signification originelle a beau refuser tout rôle prééminent à la morale fondamentale dans l'interprétation de la Constitution, elle ne peut s'appliquer, comme nous le verrons, sans s'appuyer sur des positions fondamentales sujettes à controverse. La méthode de l'attitude passive présuppose, comme je l'ai dit, une position fondamentale discutable sur le conflit entre constitutionnalisme et démocratie. Quant à la méthode de l'intégrité constitutionnelle, elle met l'accent sur la nécessité du rôle certes limité, mais explicite, que doit jouer la morale fondamentale dans l'interprétation détaillée de la Constitution.

IV - CONSTITUTION ET DÉMOCRATIE

La Constitution contient à la fois des dispositions structurelles et des dispositions incapacitantes. Les dispositions structurelles décrivent l'organisation des différents pouvoirs politiques dans le cadre de l'État fédéral, déterminent le mode d'élection ou de sélection des hommes qui les assument et définissent les attributions de ces institutions et de ces hommes par rapport aux institutions et aux responsables des différents États. Ces dispositions structurelles constituent la forme américaine de démocratie : elles *créent* le gouvernement par le peuple. Les dispositions incapacitantes contenues dans le *Bill of Rights*¹ et dans les amendements de l'époque de la guerre de Sécession, telles que le Premier Amendement et l'article sur les voies de droit ou celui sur la protection égale de tous les citoyens, définissent, quant à elles, des limites aux pouvoirs généraux des autorités élues. Aux yeux de nombreux juristes et hommes politiques, ces dispositions *entravent* le gouvernement par le peuple, et pour cette raison elles sont antidémocratiques.

Selon certains juristes, hommes politiques ou citoyens, ces dispositions représentent un défaut majeur de notre système constitutionnel. Ils avancent que ces dispositions antidémocratiques devraient faire l'objet d'une interprétation étroite afin de donner à l'individu un nombre d'atouts contre les décisions majoritaires aussi réduit que possible. D'autres juristes ou citoyens, qui partagent l'opinion que ces dispositions incapacitantes sont antidémo-

1. Les dix premiers amendements à la Constitution, proposés en 1789 et ratifiés entre 1789 et 1791, constituent le *Bill of Rights* ou Déclaration des droits des citoyens (*N.d.T.*).

cratiques, n'y voient aucune cause de regret. Ils pensent en effet qu'une forme limitée de démocratie est supérieure à une forme pure parce qu'elle respecte les droits de l'individu. L'opinion commune à ces deux groupes, à savoir que la Constitution contribue à entraver aussi bien qu'à créer la démocratie, est-elle justifiée ? Tout dépend de ce que nous entendons par démocratie.

La démocratie est le gouvernement collectif par le peuple. Mais que veut dire collectif ? Il existe deux sortes d'action collective, l'une est d'ordre numérique l'autre d'ordre communautaire, et notre conception de la démocratie dépend du choix que nous faisons entre ces deux sortes pour satisfaire à la notion de gouvernement démocratique. L'action collective est d'ordre numérique lorsque l'action du groupe est seulement fonction, d'une façon ou d'une autre, de ce que les membres du groupe font individuellement, c'est-à-dire sans avoir le sentiment de faire quelque chose en tant que groupe. D'un autre côté, une action collective est d'ordre communautaire lorsqu'elle ne peut se réduire à l'addition d'actions individuelles parce qu'elle est collective dans un sens plus profond, qui exige des individus la prise en compte de l'existence du groupe en tant qu'entité ou phénomène distinct. Un orchestre peut jouer une symphonie, alors qu'aucun musicien ne peut le faire seul. C'est un exemple d'action collective communautaire et non pas numérique parce qu'il est essentiel pour l'exécution d'un morceau orchestral, non seulement qu'un certain nombre de musiciens jouent chacun la bonne partition, mais encore que les musiciens jouent en tant qu'orchestre, chacun d'entre eux ayant pour intention de contribuer à l'exécution du groupe et non pas de faire un récital individuel.

Si on adopte le sens numérique, la démocratie est le gouvernement conforme aux vœux de la majorité, ou au moins d'une majorité relative, des électeurs qualifiés. Si on adopte le sens communautaire, la démocratie est le gouvernement par une entité distincte, le *peuple* en temps que tel, et non pas par une groupe quelconque d'individus pris un par un. Ces deux conceptions de la démocratie entraînent deux conceptions différentes de la distinction que j'ai faite entre les dispositions structurelles et les dispositions incapacitantes de la Constitution. Pour qui fait une lecture numérique, les dispositions structurelles sont essentiellement d'ordre technique : ce sont les articles qui déterminent les conditions d'élection des membres du Congrès, qui établissent le nombre de votants nécessaire pour faire passer une loi, etc. Pour qui fait une lecture communautaire, les dispositions structurelles compren-

nent non seulement les dispositions techniques du genre que je viens d'évoquer, mais aussi d'autres dispositions nécessaires pour créer une véritable communauté politique qui puisse être perçue comme une unité collective de responsabilité politique. Dans une authentique communauté, le gouvernement n'est pas le fait de la majorité pour la majorité seulement, il est le fait du *peuple* entier pour le peuple entier.

Même si, dans une authentique communauté, la plupart des décisions politiques sont prises par le moyen d'une forme ou une autre de vote majoritaire, il est nécessaire de veiller non seulement à ce que chaque citoyen ait une chance appropriée de participer à ces décisions politiques grâce à un mode de scrutin égalitaire, mais aussi que chaque décision manifeste à tous les citoyens, y compris ceux contre l'opinion desquels elle est prise, une préoccupation égale et un égal respect.

Si nous acceptons cette définition de la démocratie, nous nous apercevons alors que plusieurs des dispositions constitutionnelles en apparence incapacitantes sont en réalité structurelles sur le plan *fonctionnel*. Elles ont pour but de protéger cet égal degré de préoccupation et de respect qui est nécessaire dans une démocratie et qui est, par conséquent, nécessaire pour faire en sorte que des processus majoritaires soient réellement démocratiques. On peut trouver, par exemple, que la garantie de la liberté de parole qu'apporte le Premier Amendement est nécessaire, non seulement pour assurer la pleine et égale participation de tous, mais aussi un égal respect pour tous. De même, on peut interpréter l'article assurant à tous une égale protection devant la loi comme un texte exigeant pour tous les citoyens une égale considération dans les délibérations menant à la prise des décisions politiques. La question fondamentale de jurisprudence constitutionnelle, consistant à s'interroger pour savoir si, et dans quelle mesure, la constitution est antidémocratique, est en réalité une grave question sur la nature de l'action collective et communautaire, une question qui fait appel aux domaines les plus essentiels de la philosophie morale et politique.

V - EN QUOI CONSISTE LA CONSTITUTION ?

Revenons-en maintenant aux grandes controverses d'interprétation que j'ai mentionnées. Par quels moyens juges et juristes doivent-ils décider si une loi ou un Etat sont en contradiction avec l'obligation pour les Etats de respecter les voies de droit ou bien de

garantir à tous une égale protection juridique ou encore de ne pas infliger de sanctions cruelles et contraires à l'usage. Les tenants de la théorie de l'intention originelle déjà mentionnée veulent que les dispositions abstraites de la Constitution ne reçoivent pas d'autre interprétation que celle que ses rédacteurs avaient l'intention de leur donner. Cette théorie n'a pratiquement jamais été retenue par la Cour suprême, mais cela n'empêche pas certains juristes ou certains hommes politiques de chercher des arguments en sa faveur. Selon certains, par exemple, le fait que ce soient les rédacteurs qui aient décidé de faire de la Constitution notre loi fondamentale a pour conséquence la nécessité de respecter leurs convictions au sujet de son application correcte.

Ce type d'argument appelle cependant trois remarques : tout d'abord il s'inspire nécessairement d'hypothèses normatives au sujet de l'équilibre qui existe, dans une démocratie, entre de lointains architectes constitutionnels, les législateurs contemporains et les juges d'hier et d'aujourd'hui. Ensuite ces hypothèses normatives ne peuvent pas être justifiées par la référence aux vœux, aux intentions ou aux décisions de ceux dont elles se proposent de décrire l'autorité sans recourir au plus absurde et évident des cercles vicieux. Ce serait stupide de prétendre que les juges devraient respecter les attentes des rédacteurs parce que ces derniers s'attendaient à ce que ce soit le cas, ou parce qu'ils croyaient, ou ont décidé, que ça devrait être le cas. La troisième remarque est particulièrement importante. Elle consiste à dire que de tels arguments, même s'ils sont étayés par des hypothèses normatives indépendantes, sont tout à fait insuffisants s'ils prétendent fonder uniquement un principe général selon lequel juges et juristes devraient respecter les convictions des rédacteurs. Dans la plupart des cas intéressants, le problème n'est pas de savoir si les juges devraient respecter les convictions des rédacteurs, mais il est de savoir lesquelles, et comment. Supposons que nous découvrions les renseignements historiques suivants : tous les rédacteurs de l'article sur l'égalité de tous devant la loi partageaient la conviction politique que tout le monde devait être considéré comme égal devant la loi et devant l'Etat. Ils étaient convaincus que certaines formes de discrimination officielle à l'encontre des Noirs étaient, pour cette raison, moralement répréhensibles, et ils ont adopté cet amendement essentiellement dans le but d'empêcher les Etats de prendre de telles mesures discriminatoires. Par exemple, ils étaient d'accord qu'il serait moralement répréhensible pour un Etat d'adopter des mesures légales pour prévenir ou punir les ruptures de contrat et de n'accorder le bénéfice de ces mesures qu'aux plaignants de race blanche. Les

rédacteurs ont supposé que l'article qu'ils avaient adopté interdirait ce type de mesure discriminatoire.

Cependant, ils avaient aussi en commun certaines opinions au sujet des mesures de discrimination officielle qui ne seraient pas répréhensibles et qui ne tomberaient donc pas sous le coup de la loi. Par exemple, ils étaient d'avis que la ségrégation scolaire ne violait pas la loi (en fait un grand nombre d'entre eux ont voté en faveur de mesures de ségrégation scolaire). Il ne serait même pas venu à l'esprit d'un seul d'entre eux que les autorités d'un Etat puissent un jour adopter des quotas raciaux destinés à compenser les effets de la ségrégation du passé. Par conséquent, aucun d'entre eux n'avait d'opinion sur le fait de savoir si de tels quotas étaient contraires ou non à cet article.

Certains d'entre eux pensaient que les lois qui organisent une discrimination en faveur des hommes sont injustes à l'égard des femmes. Cependant la plupart des rédacteurs ne partageaient pas cette opinion, et pensaient que l'amendement ne mettait pas hors la loi les discriminations fondées sur le sexe des citoyens, qui étaient alors monnaie courante. La plupart d'entre eux pensaient que les pratiques homosexuelles étaient basement immorales et auraient été fortement étonnés par le simple fait de suggérer que des lois qui interdisent de tels actes constituent une forme injustifiable de discrimination.

La plupart des juges et juristes contemporains pensent que bon nombre de ces convictions *pratiques* sont en contradiction avec l'intention plus théorique des rédacteurs d'établir une société où tous les citoyens seraient égaux. Presque tout le monde pense, par exemple, aujourd'hui, que l'existence d'écoles appliquant la ségrégation raciale est en contradiction avec cet idéal. Pour beaucoup de gens les mesures compensatoires en faveur des Noirs sont également en contradiction avec cet idéal, et beaucoup de personnes, bien qu'il s'agisse rarement des mêmes, pensent que les lois qui désavantagent les femmes ou les homosexuels contredisent aussi cet idéal. Si un juge contemporain pense que les convictions pratiques des rédacteurs sont en contradiction avec leurs convictions théoriques sur plusieurs de ces points parce que les rédacteurs n'étaient pas parvenus à la bonne conclusion quant aux conséquences morales de leurs propres principes, alors ce juge doit faire un choix. Il ne sert à rien de lui dire de respecter l'intention des rédacteurs. S'il accepte la théorie de l'intention originelle, un juge doit savoir de *quelles* intentions il s'agit, à quel niveau général d'abstraction il les situe et pourquoi.

En d'autres termes, un juge peut arriver à proposer des versions

très nettement différentes des intentions originelles qui ont inspiré l'article sur l'égalité de protection de tous devant la loi, en fondant chaque version sur les diverses convictions des rédacteurs que je viens d'énumérer. Il peut adopter une version *réductrice* soulignant les opinions pratiques des rédacteurs et soutenant la thèse selon laquelle cet article ne condamne que les cas de discrimination que les rédacteurs avaient collectivement à l'esprit. Si on interprète ainsi l'amendement, il interdit la discrimination à l'encontre des Noirs en matière de rupture de contrat, mais il n'interdit ni les écoles appliquant la ségrégation raciale, ni les mesures compensatoires en faveur des Noirs qui désavantagent les Blancs, ni la discrimination à l'égard des femmes ou des homosexuels. Ou bien alors le juge adopte une version *théorique* de l'intention originelle soulignant la conviction globale des rédacteurs de garantir l'égalité au sens propre entre tous les citoyens des Etats-Unis. Dans ce cas, si nous acceptons le fait que cette égalité est bafouée par la ségrégation raciale dans les écoles, ou par les quotas compensatoires ou par des lois qui désavantagent des citoyens du fait de leur sexe ou de leurs penchants, l'amendement condamne ces formes de discrimination, quoi que les rédacteurs eux-mêmes aient pu penser.

En adoptant la version théorique de la méthode de l'intention originelle, un juge raisonnerait de la même manière, pour arriver aux mêmes conclusions que s'il avait adopté la méthode que j'ai appelée méthode de l'intégrité constitutionnelle.

Pour les juges et autres interprètes de la Constitution attirés par la doctrine de l'intention originelle le choix entre la version réductrice et la version théorique de cette doctrine est donc crucial. Un grand nombre des conservateurs en matière de politique, qui sont les partisans les plus enthousiastes de la méthode de l'intention originelle, ne font pas un choix cohérent : ils pensent, par exemple, que l'article sur l'égalité de protection de tous devant la loi interdit la ségrégation raciale et les quotas compensatoires en faveur des Noirs, mais qu'il n'interdit pas les mesures discriminatoires à l'encontre des femmes ou des homosexuels. Le choix des juges et juristes entre la version réductrice et la version théorique ne doit pas seulement être cohérent, mais aussi de principe, c'est-à-dire qu'il doit être convenablement justifié par une jurisprudence fondamentale. La méthode d'interprétation que j'ai décrite plus haut comme celle de l'attitude passive, et qui favorise le choix d'une interprétation réductrice de l'intention du rédacteur, se fonde sur une conception numérique de la démocratie. Elle ne présente par conséquent aucun intérêt si cette conception n'est pas retenue. La

méthode de l'intégrité constitutionnelle, qui présuppose une compréhension d'ordre théorique, repose sur la conception communautaire de la démocratie dans laquelle les droits des individus ne sont pas de nature subversive mais représentent un élément constitutif de toute démocratie authentique. On s'aperçoit donc que le droit constitutionnel est profondément imbriqué dans la philosophie politique, même au niveau de cette controverse pratique.

RÉSUMÉ. — *Les juristes sont d'abord divisés sur des questions fondamentales de morale politique, comme la bonne justification des droits individuels. S'affrontent aussi différentes écoles d'interprétation, à savoir la thèse de l'intention originelle, celle de l'interprétation passive et celle de l'intégrité constitutionnelle. Finalement, deux conceptions différentes de la démocratie sont en cause.*

MARIE-FRANCE TOINET

Puissance et faiblesses de la Cour suprême

En 1936, le juge Harlan Stone affirmait sans hésitation : « La seule limite à notre exercice du pouvoir réside dans notre propre modestie (*self-restraint*). »¹ Cet axiome relevait pourtant plus de la vantardise que de la réalité : alors que, depuis plusieurs années, la Cour suprême s'en était donné à cœur joie pour annuler la plupart des grandes lois du New Deal, elle va soudainement et brutalement s'incliner devant l'irrésistible pression d'un Franklin Roosevelt qui n'hésite pas à la menacer d'utiliser tous les moyens, y compris augmenter le nombre des sièges de la Cour, pour la contraindre à consentir au New Deal. Dans *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 US 379 (1937), elle accepte enfin que la puissance publique puisse réglementer les relations sociales : c'est le fameux *switch in time which saved nine* (le revirement à temps qui en sauva neuf).

La Cour suprême, pour être puissante, n'est pas toute-puissante : il n'y a pas, sauf à de rares moments qui ne durent pas, de « gouvernement des juges » aux Etats-Unis. Les juges, en fins politiques qu'ils sont, savent jusqu'où ne pas aller trop loin sous peine de détruire un système politique, de fait assez fragile, dont ils sont parties prenantes et à la survie duquel ils ont l'obligation de veiller.

Contrairement à l'idée trop reçue, la Cour suprême est en effet éminemment politique : elle est dans l'Etat, elle est un des pouvoirs de l'Etat (Tocqueville intitule son chapitre sur la Cour suprême : « Rang élevé qu'occupa la Cour suprême parmi les grands pouvoirs

1. In *United States c. Butler*, 297 US 1 (1936).

de l'Etat »). Même le choix des juges est politique, parce que Président et Sénat veulent des hommes qui partagent leurs idées — le conflit surgissant lorsque celles-ci divergent. Certains présidents ont été plus idéologiques que d'autres¹ mais tous ont veillé à ce que ce soit des juges portant la même étiquette partisane qu'eux-mêmes qui soient choisis, y réussissant à 95 % en moyenne.

Le domaine d'intervention de la Cour est lui-même politique. Comme l'écrivait Tocqueville, c'est à la Cour suprême « qu'on appelle le pouvoir exécutif pour résister aux empiétements du corps législatif ; la législature, pour se défendre des entreprises du pouvoir exécutif ; l'Union, pour se faire obéir des Etats ; les Etats, pour repousser les prétentions exagérées de l'Union ; l'intérêt public contre l'intérêt privé ; l'esprit de conservation contre l'instabilité démocratique »². On remarquera que Tocqueville ne cite nulle part l'intérêt privé contre l'intérêt public, ou le citoyen que le judiciaire devrait défendre contre l'immixtion de l'Etat : la Cour suprême ne saurait être l'arbitre *entre* le citoyen et l'Etat puisqu'elle est *dans* l'Etat. Elle est l'arbitre entre le texte de la loi et la signification de la loi ; elle est l'« arbitre de litiges intrinsèquement politiques »³, selon l'expression de Felix Frankfurter, parce que les juges interprètent la loi, voire l'annulent ; le juge « est revêtu d'un immense pouvoir politique », parce qu'il ne cesse de « s'introduire dans les affaires publiques »⁴.

Enfin, les procédures mêmes de la Cour sont plus politiques qu'une analyse superficielle ne le laisserait croire. En apparence elles sont neutres parce que proprement juridiques : « Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a point occasion de s'en occuper [... Il] se prononce sur des cas particuliers et non sur des principes généraux [... Il ne peut] agir que quand on l'appelle ou, suivant l'expression légale, quand [il] est saisi. »⁵ La Cour suprême respecte ces principes et procède de façon judiciaire, établissant cependant elle-même les limites de son domaine d'action.

1. Selon Stephen Wermiel (The New Judiciary, *Wall Street Journal*, 24 déc. 1984), « le gouvernement Reagan, depuis [Franklin] Roosevelt, a été le plus systématique dans la sélection idéologique à laquelle il a procédé ».

2. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, éd. de 1961, t. 1, p. 153.

3. Felix Frankfurter, The us Supreme Court Moulding the Constitution, *Current History*, mai 1930, p. 236. Frankfurter, seul juge (sur 105) à n'avoir pas d'étiquette partisane, fut nommé en 1939 par F. D. Roosevelt.

4. Tocqueville, *op. cit.*, t. 1, p. 101 et 99.

5. *Ibid.*, p. 100.

La Cour suprême refuse par conséquent, et en principe, de se prononcer sur des problèmes abstraits ou hypothétiques, ou de donner son sentiment sur un point de droit (*advisory opinion*), même à la demande du Président : dès 1793, elle décline l'invitation de Washington de donner son sentiment sur les problèmes juridiques posés par le traité avec la France. Elle refuse aussi, à plusieurs reprises, de se prononcer sur la constitutionnalité de la guerre du Vietnam au prétexte que les « questions politiques » ne sont pas du ressort des tribunaux : il n'y a pas *justiciability*¹.

« La fonction de la Cour suprême est d'interpréter et de stabiliser les principes de la loi dans l'intérêt de la nation, en se prononçant sur des questions constitutionnelles et sur d'autres problèmes de droit importants, pour le bien public. »² Pour faire preuve de retenue, la Cour doit donc n'aborder, selon la doctrine des « cas et controverses », que les affaires qui ne sont pas *politiques*, « présentées dans un contexte contradictoire et sous une forme considérée de tout temps comme pouvant être résolues par la procédure judiciaire. [... Ces cas et controverses] définissent le rôle assigné au judiciaire dans une répartition tripartite des pouvoirs garantissant que les tribunaux fédéraux n'empiéteront pas sur les domaines réservés aux autres institutions »³.

Cette définition même de ce qui est ou non question *politique* montre l'ampleur des manipulations de sens auxquelles la Cour peut procéder. Par exemple, l'abstention que préconise Earl Warren ne concerne que la répartition des pouvoirs au niveau fédéral et aucunement celle au sein de la pyramide fédérale, sur laquelle la Cour suprême n'a jamais lésiné à se prononcer, généralement au profit du niveau fédéral. On remarquera ensuite que le refus de la Cour de se prononcer équivaut, qu'elle le veuille ou non, à une prise de position, comme le note fort justement Louis Henkin : La cour « ne refuse pas de se prononcer sur les pouvoirs des institutions politiques : elle se prononce en fait sur le point litigieux, affirmant clairement que telle institution détient bien le pouvoir qui lui était contesté et que rien dans la Constitution n'en interdisait l'exercice particulier »⁴. On

1. Ce concept remonte à *Marbury c. Madison*, 1 Cranch 137 (1803) : « La compétence de la Cour consiste uniquement à se prononcer sur les droits des individus [...] Les questions de nature politique [...] ne relèvent en aucun cas de cette Cour. »

2. *Chief Justice Taft* in David O'Brien, *Storm Center*, New York, W. W. Norton, 1986, p. 193.

3. *Chief Justice Warren* in *Flast c. Cohen*, 392 US 83 (1968).

4. Louis Henkin, *Is there a « Political Question » Doctrine*, *Yale Law Review*, vol. 85 (1976), p. 768.

remarquera en outre qu'elle n'a pas manqué, même si ce fut assez rarement, de se prononcer sur la répartition des pouvoirs fédéraux, par exemple dans *Curtiss Wright*, 299 US 304 (1936), sur les pouvoirs de politique étrangère ; *Baker c. Carr*, 369 US 186 (1962), sur le redécoupage des circonscriptions électorales ; *United States c. Nixon*, 418 US 683 (1974), sur le privilège de l'exécutif ou *Immigration and Naturalization Service c. Chadha*, 462 US 919 (1983), sur le veto législatif. En dernière analyse, la Cour ne peut intervenir de sa propre initiative — mais elle est dorénavant totalement libre (lois de 1925 et de 1988), en appel (qui constitue 99 % des affaires dont elle est saisie), d'accepter ou de refuser de se prononcer sur les affaires dont elle est saisie, sans avoir à justifier son choix¹. Enfin, les choix de la Cour ne sont évidemment pas dénués de toute considération politique. Ainsi, les demandes présentées au nom de l'Etat fédéral par l'avocat général (*Solicitor general*)² bénéficient d'un préjugé éminemment favorable tout au long du processus.

L'IMPUISSANCE À CONTRAINDRE

La faiblesse intrinsèque de la Cour ne provient donc qu'accessoirement de sa « modestie ». Ce dont la Cour, en revanche, est totalement consciente, c'est qu'elle est impuissante à faire exécuter ses décisions. Comme le soulignait Alexander Hamilton : « La bourse et l'épée sont dans d'autres mains »³ et les armes dont elle dispose — l'injonction (*writ of injunction*), la lettre d'ordre (*writ of mandamus*) et la condamnation pour mépris de la Cour (*contempt of court*) — sont d'autant plus dérisoires qu'elles dépendent, pour être efficaces, d'exécutants qu'elle ne contrôle pas. Le plus important d'entre eux, le Président des Etats-Unis, n'est même pas tenu de s'y conformer, au nom de la séparation des pouvoirs » : « Le

1. La Cour se prononce sur environ 150 affaires parmi les quelque 5 000 dont elle est saisie chaque année.

2. Le *Solicitor general* est un personnage clé, quoique mal connu, du système judiciaire fédéral. Surnommé le « dixième juge », nommé par le Président après « l'avis et le consentement » du Sénat, il doit « connaître le droit » (*to be learned in the law*). Il représente l'exécutif mais doit savoir dépasser l'intérêt immédiat du gouvernement et aider les juges de la Cour suprême à mesurer le poids de leurs décisions sur l'évolution de l'Etat de droit. Sa responsabilité, bien que son sort repose entre les mains du Président, est double : son allégeance à l'exécutif doit être contrebalancée par son respect du judiciaire. Au total, il doit représenter l'intérêt général (*the public interest*). Pour une superbe analyse de son rôle, lire Lincoln Caplan, *The Tenth Justice*, New York, Vintage Books, 1988.

3. Alexander Hamilton, *Federalist* 78.

Président ne peut être empêché par injonction (*writ of injunction*) d'entreprendre une action illégale ; il ne peut non plus être contraint par lettre d'ordre (*writ of mandamus*) d'exécuter une action catégoriquement requise par le tribunal. »¹

Les présidents ne se priveront pas d'ignorer les décisions de la Cour. Le Président Jackson, furieux d'une décision favorable aux Indiens (*Worcester c. Georgia*, 6 Peters 515, 1832) qui ne lui convenait pas, aurait sarcastiquement déclaré : « Marshall a pris sa décision ; eh bien maintenant, qu'il l'applique ! »² En 1954, le Président Eisenhower désapprouve la décision *Brown c. Board of education of Topeka* (347 us 483). Pendant trois ans, alors que la déségrégation se poursuit à un rythme excessivement lent, Dwight Eisenhower reste au-dessus de la bataille. Ce n'est que contraint et forcé par la rébellion ouverte du gouverneur Faubus de l'Arkansas qu'il fédéralise la garde de l'Etat (*national guard*) et lui ordonne de rétablir l'ordre à Little Rock, à l'automne 1957, pour que neuf enfants noirs puissent aller à l'école. C'est la seule fois où le Président Eisenhower soutiendra fermement et ouvertement la décision *Brown* de la Cour suprême. Il faudra en fait l'arrivée au pouvoir du Président Kennedy pour que la déségrégation soit continûment soutenue par le gouvernement fédéral, y compris par son engagement résolu dans la bataille législative, qu'avait largement négligée le Président Eisenhower, pour obtenir les crédits nécessaires.

Pourtant, la confrontation directe entre le Président et la Cour suprême a généralement tourné à la confusion du premier. Thomas Jefferson, en arrivant au pouvoir, a parfaitement compris que les fédéralistes, en quittant la présidence, ont décidé de poursuivre la centralisation du système fédéral au bénéfice de l'Etat central et de se « retrancher », suivant sa description, dans l'institution judiciaire. Il faut donc les en déloger. Les républicains jeffersoniens imagineront d'utiliser l'arme de l'*impeachment*. En 1804, après *Marbury c. Madison* 1 Cranch 137 (1803), qui n'a guère plu au Président, et à son initiative, la Chambre des représentants inculpe Samuel Chase, juge à la Cour suprême. L'homme semble vulnérable : connu pour ses intempérances de langage même s'il est un esprit brillant, il est impopulaire et passe pour favoriser systématiquement les fédéralistes contre les républicains. Si on réussit à le

1. Edward Corwin, *The Constitution and What It Means Today*, Princeton, Princeton University Press, 1978 (14^e éd.), p. 202.

2. Cité in Gerald Gunther, *Constitutional Law*, Mineola (NY), The Foundation Press, 10^e éd., 1980, p. 30.

condamner, un juge fédéraliste aura été éliminé et l'on aura instillé quelque frayeur propre à la retenue chez les autres juges fédéralistes. Mais le Sénat, en 1805, acquitte Chase.

La confrontation directe a échoué — sauf que la Cour suprême soudain prise de modestie et de retenue, n'ose affirmer sa suprématie sur les juges des Etats que treize ans après, dans *Martin c. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816) et ne frappe à nouveau une loi fédérale d'inconstitutionnalité que cinquante-quatre ans après, dans *Dred Scott c. Sandford*, 19 Howard 393 (1857).

La même confrontation se reproduit sous Franklin Roosevelt. Celui-ci, furieux de voir les lois les plus importantes du New Deal annulées les unes après les autres, décide en janvier 1937 de porter à 15 le nombre de juges pour se fabriquer une majorité. L'idée est impopulaire dans l'opinion qui, favorable à Roosevelt, ne veut pourtant pas qu'il soit touché à la Cour suprême. La proposition est dénoncée comme une tentative, ce qu'elle est, pour « bourrer » la Cour (*Court-packing plan*) et le Congrès (où il dispose pourtant de la majorité) se refuse à l'adopter. Pourtant, une fois encore, la Cour a senti le vent du boulet et devient plus « raisonnable » : elle adore ce qu'elle brûlait et accepte dorénavant l'intervention publique en matière économique et sociale.

La présidence peut aussi s'engager nettement devant la Cour suprême pour obtenir que celle-ci suive les directives de l'exécutif et revienne sur ses propres décisions. C'est ce qu'a tenté le garde des Sceaux, Edwin Meese, entre 1985 et 1988, avec le soutien sans faille du Président Reagan. M. Meese a rouvert le débat sur des questions qui semblaient largement réglées : les femmes ont-elles constitutionnellement le droit d'avorter ? Les suspects doivent-ils, d'après la Constitution, être informés de leurs droits avant d'être interrogés par la police ? La Cour suprême a-t-elle eu constitutionnellement raison d'appliquer la Déclaration des droits aux Etats ? Est-il constitutionnel de ne pas imposer la prière dans les écoles ? Sur tous ces points, la Cour suprême a répondu affirmativement mais le garde des Sceaux critique publiquement ses arrêts, estimant qu'ils reposent « sur des fondations intellectuellement branlantes »¹.

M. Meese eût totalement échoué si la majorité de la Cour n'avait

1. Cf. Mary Thornton, Meese Attacks *Miranda* decision, *Washington Post*, 26 août 1985 ; Stuart Taylor Jr., Meese Says Court Doesn't Make Law, *New York Times*, 23 oct. 1986 ; Edwin Meese III, The Tulane Speech : What I Meant, *Washington Post*, 13 nov. 1986 ; Edwin Meese III, The Jurisprudence of Original Intention, in Roger H. Davidson et Walter Oleszek, eds *Governing*, CQ Press, 1987.

lentement basculé vers le conservatisme. Depuis déjà un quart de siècle et jusqu'à 1988-1989, les conservateurs s'indignaient du « laxisme » constitutionnel de la Cour suprême et tentaient de redresser la barre vers une interprétation selon eux plus rigoureuse du texte fondateur, par leurs nominations. Ils y échouaient parce que certains juges nommés par MM. Nixon et Ford évoluaient vers un progressisme plus ou moins marqué (les juges Blackmun, Stevens, voire Powell).

LE CONTRÔLE IDÉOLOGIQUE

La nomination des juges fédéraux est en effet un moyen de contrôle hors pair de la Cour suprême, le moyen essentiel d'orientation idéologique de l'ensemble des décisions politiques américaines. En nommant John Marshall comme président de la Cour suprême en janvier 1801 (deux mois avant que son successeur, Thomas Jefferson, n'entre en fonction), le Président Adams choisit un homme dont il sait qu'il amplifiera les pouvoirs du gouvernement fédéral. Il ignorait que ce serait... pour trente-cinq ans, à un moment crucial pour l'évolution institutionnelle. Lorsque, de 1937 à 1940, Franklin Roosevelt réussit à faire accepter par le Congrès les nominations de MM. Black, Reed, Frankfurter, Douglas et Murphy, il exerce une influence décisive sur l'avenir du New Deal et des Etats-Unis.

Pour autant, surtout à la Cour suprême, les antécédents politiques ne sont pas une garantie des prises de position ultérieures. M. Eisenhower en fit l'amère expérience avec le *Chief Justice* Earl Warren et avec le juge William Brennan qui donnèrent, et pour longtemps, une orientation progressiste aux décisions de la Cour et firent en sorte que tous les Américains jouissent enfin des droits que leur garantit la Déclaration des droits fédérale. Aussi, lorsque l'on demandait à Eisenhower quelle avait été sa plus grosse erreur présidentielle, la légende veut qu'il répondît « Warren ». Et la deuxième ? « Brennan ». En effet, un juge à la Cour suprême est imprévisible, parce qu'il est inamovible et parce qu'il a souvent une conscience aiguë de sa place dans l'histoire.

Ronald Reagan, avec l'aide de George Bush, semble pourtant avoir enfin réussi à faire basculer la majorité politique de la Cour suprême. C'est là sans doute la plus grande victoire du reaganisme, qui pourrait survivre de longues années à la retraite de son portedrapeau. La portée en est claire, et à l'inverse de l'idée reçue.

M. Reagan n'a jamais été totalement contre l'Etat : il est éminemment favorable à l'intervention accrue de l'Etat, pour autant que ce soit aux dépens des droits individuels. L'orientation actuelle de la Cour Reagan est, contrairement aux apparences, parfaitement logique : elle revient en arrière, mais de quarante ans seulement. Autrement dit, elle continue à protéger les libertés « politiques » lentement gagnées depuis 1925. Mais elle effrite peu à peu les conquêtes (droits du justiciable, droits sociaux et droit à l'intimité) de l'après-guerre : sans aller jusqu'à déclarer (encore) ces droits anticonstitutionnels, elle permet aux Etats de les limiter jusqu'à les vider de toute réalité : dans *Edwin Meese c. Cour suprême*, l'exécutif conservateur a fini par gagner contre la Cour progressiste héritière d'Earl Warren, mais par le contrôle des nominations.

Le législatif dispose de moyens potentiellement plus efficaces que l'exécutif pour tenter d'imposer sa volonté à la Cour suprême. Il y a pourtant moins bien réussi (car il faut construire des majorités législatives) sauf à l'intimider, ce qui fut le cas à la fin des années cinquante. Mais il a néanmoins su empêcher l'exécutif de contrôler totalement l'orientation idéologique de la Cour. En effet, le Président ne peut procéder à la nomination des juges qu'avec « l'avis et le consentement du Sénat ». C'est en ce domaine que le Sénat a fait le plus preuve d'indépendance, repoussant assez fréquemment les propositions présidentielles : dans plus d'un cas sur cinq depuis les origines, et cinq fois (dont deux retraits de candidature) pour 13 propositions depuis 1969.

Le Congrès peut aussi utiliser contre la Cour des mesures de rétorsion. Ainsi, la Constitution n'ayant pas précisé le nombre des juges à la Cour suprême, c'est au Congrès qu'il revient de le fixer. Les juges étant inamovibles, le Congrès peut tourner cette garantie en supprimant un poste, lors d'une vacance, ou changer l'orientation de la Cour en ajoutant un ou plusieurs sièges de juges. Le Congrès fédéraliste de 1801 prépara l'arrivée de Jefferson au pouvoir en supprimant un poste de juge à la Cour suprême¹. Il y a neuf juges depuis 1869.

D'après la Constitution (art. 3, sect. 1), les juges fédéraux « perçoivent une indemnité qui ne sera pas diminuée tant qu'ils sont en fonction ». Mais si le Congrès ne peut réduire les émoluments des

1. Il y avait 5 juges en 1789, 6 en 1790, 7 en 1807, 9 en 1837, 10 en 1863, 8 en 1866 (pour empêcher, avec succès, Andrew Johnson de procéder à des nominations) et 9 en 1869. En 1801, le *judiciary act* prévoit la suppression d'un siège à la prochaine vacance — mais la loi de 1802 annule celle de 1801 avant qu'une vacance ne se soit produite.

juges... il peut ne pas les augmenter. Mécontent des décisions de la Cour suprême en matière de redécoupage des circonscriptions électorales (*Baker c. Carr*, 369 us 186 (1962) et *Wesberry c. Saners*, 376 us 1 (1964)), le Congrès décida de ne plus se préoccuper du traitement des juges de la Cour suprême. Durant cinq ans, ceux-ci n'eurent droit à aucune augmentation.

Le Congrès a rarement employé la procédure de l'*impeachment* contre un juge à la Cour suprême : si la Chambre vota l'inculpation de Samuel Chase, il fut acquitté par le Sénat ; à deux reprises, en 1953 (pour avoir permis de surseoir à l'exécution des Rosenberg) et en 1970 (pour se venger de l'échec des nominations par le Président Nixon de Clement Haynsworth et de G. Harold Carswell), le juge William Douglas fit l'objet de tentatives d'*impeachment* qui échouèrent dès le vote à la Chambre. Les menaces furent fréquentes contre Earl Warren ou Abe Fortas dans les années cinquante et soixante, sans succès car l'*impeachment* est une arme trop lourde.

D'après l'article 3, section 2, le législatif peut en principe limiter la juridiction d'appel de la Cour, par « telles exceptions et tels règlements qu'il plaira au Congrès d'établir ». Le Congrès n'a utilisé qu'une fois cette prérogative — en interdisant en 1869 à la Cour d'entendre des affaires d'*habeas corpus* (pas de détention sans inculpation) par crainte de voir remise en cause la législation de Reconstruction après la guerre de Sécession. La Cour s'inclina dans *Ex parte McCordle*, 7 Wall. 506 (1869).

En 1954, la Cour suprême attaque frontalement et pour la première fois la ségrégation raciale dans *Brown c. Board of education of Topeka*, 347 us 483 (1954). Cette prise de position en faveur des libertés (raciales et individuelles) est d'autant plus inacceptable pour les milieux les plus conservateurs que la Cour s'attaque aussi aux monopoles industriels (*United States c. El Du Pont*, 353 us 586 (1957)) et mine l'ensemble des lois de répression contre la subversion communiste en 1957. La Cour suprême est très vite en butte à des attaques qui visent à la fois son rôle constitutionnel et son loyalisme. Le mécontentement parlementaire aboutit à l'adoption par la Chambre des représentants de plusieurs propositions limitant les pouvoirs de la Cour, mais l'aile progressiste du Sénat, avec l'aide du parfait stratège qu'est le leader de la majorité, Lyndon Johnson, réussit à contenir le flot des attaques — et des propositions de loi qui veulent brider le pouvoir des juges. D'extrême justesse, il est vrai, puisque le vote le plus crucial est acquis en août 1958 par 41 voix contre 40, en faveur de la Cour suprême.

Là encore, la Cour a senti passer le vent du boulet et bat quelque

peu en retraite : dans *Barenblatt c. United States*, 360 us 109 (1959), la Cour impose des limites procédurales moins strictes aux commissions parlementaires en matière d'interrogatoire des témoins.

SAVOIR S'INCLINER

La réticence à s'engager, la prudence des décisions, le fait de ne juger que sur la procédure et très rarement sur le fond, la conscience aiguë du moment où il faut savoir progresser... et de celui où il est prudent de reculer sont symptomatiques des contraintes réelles devant lesquelles les juges doivent savoir s'incliner sous peine de casser un système politique intrinsèquement fragile. Le judiciaire, le législatif et l'exécutif sont en apparence en perpétuelle concurrence. Dans la réalité, ils sont contraints à la solidarité car chacun sait qu'il est impossible à quiconque de trop s'écartier de l'idéologie dominante et du rôle constitutionnellement imparti sans encourir les représailles des deux autres pouvoirs.

Lors du maccarthysme, les deux problèmes fondamentaux auxquels elle se trouve alors confrontée sont celui des limites de la liberté d'expression face à une menace, vécue comme réelle, contre l'intégrité nationale et celui de l'ampleur du contrôle qu'elle est en droit d'exercer sur l'exécutif et le législatif. La Cour, sur les deux points, se refusera toujours à se prononcer *au fond*. Sur la liberté d'expression parce qu'elle est profondément divisée. Sur le contrôle du législatif et de l'exécutif, parce qu'elle se refuse à empiéter sur les prérogatives des autres branches, prenant le plus grand soin de n'en même pas donner l'apparence : équilibre des pouvoirs oblige.

Ainsi, la Cour « n'interdit pas l'utilisation du pouvoir politique pour faire face aux problèmes de subversion interne »¹ : elle ne se prononce pas sur la constitutionnalité de lois comme le *Smith Act* ou l'*Internal Security Act* ; elle se garde de mettre en cause le pouvoir d'investigation du Congrès ou la légalité des décrets présidentiels. Ceci est vrai tant pour la Cour Vinson que pour la Cour Warren. La Cour, à partir du moment où elle se décide à mettre en cause la Chasse aux sorcières, le fait sur le seul terrain de la procédure : les autorités ne peuvent s'attaquer à la subversion sans respecter les règles légales ; même en matière de subversion, *due process of law* doit rester le principe fondamental.

1. Walter F. Murphy, *Congress and the Court*, Chicago, Chicago University Press, 1962, p. 111.

Dans le dernier quart de siècle, les multiples tentatives législatives pour limiter la juridiction de la Cour, dans tous les domaines (redécoupage des circonscriptions, prière dans les écoles, avortement, transports scolaires), ont toujours échoué : en 1985, le Sénat à majorité républicaine a même repoussé par 62 contre 36 voix une proposition de loi visant à ôter leur juridiction aux tribunaux fédéraux en matière de prière à l'école.

Le Congrès peut aussi tenter de renverser les décisions de la Cour en modifiant la Constitution par la procédure de l'amendement constitutionnel. Sur des questions aussi brûlantes que la souveraineté des Etats (11^e amendement), la citoyenneté (14^e amendement) et l'impôt (16^e amendement), le Congrès a pu, avec l'aide des législatures d'Etat, imposer sa volonté contre la Cour. La procédure est cependant lourde et aléatoire : plus de 10 000 propositions ont été introduites au Congrès depuis 1789 ; 33 seulement ont obtenu l'aval des deux Chambres ; 26 seulement (dont 10 en bloc, dès 1791, qui constituent la Déclaration des droits) ont recueilli le nécessaire assentiment des législatures des trois quarts des Etats. On notera que, suivant le 5^e article de la Constitution, « le peuple » n'est aucunement appelé à soumettre ou ratifier une proposition d'amendement.

La décision *Baker c. Carr*, 369 US 186 (1962) sur le redécoupage électoral porte à son paroxysme l'opposition d'un Congrès déjà fort irrité, qui tente d'utiliser l'autre procédure prévue à l'article 5 de la Constitution : la convocation d'une convention constitutionnelle, jamais réunie depuis 1787 et que Madison avait tant redoutée qu'il acceptera de rédiger ce qu'il appelle lui-même cette « proposition nauséabonde »¹ de Déclaration des droits. Sous la direction du sénateur Dirksen, une assemblée générale des Etats se réunissait à Chicago à la fin de 1962. Elle demandait la convocation d'une convention constituante, qui réviserait la Constitution en particulier sur les points suivants : interdire aux cours fédérales de porter un jugement sur les problèmes de découpage de circonscriptions électorales et créer une « Cour de l'Union », composée des *Chief Justices* des 50 Etats, qui pourrait annuler les décisions de la Cour suprême. En 1967, on apprenait avec surprise que 32 législatures d'Etat avaient approuvé la proposition de l'assemblée générale des Etats. Il ne manquait plus que l'approbation de deux législatures

1. Lettre de Madison à Richard Peters, 10 août 1789, citée in Leonard W. Levy, *Original Intent and the Framers' Constitution*, New York, Macmillan, 1988, p. 168-169.

pour que la pétition devînt exécutoire. A la suite de diverses pressions et après la constatation que 26 législatures étaient précisément mal élues, la pétition n'aboutit pas.

A dire vrai, le plus simple pour le Congrès est d'ignorer purement et simplement la Cour. En 1983, celle-ci interdit le veto législatif (*INS c. Chadha*, 462 US 919). « La décision était l'une des plus importantes de tous les temps sur la séparation des pouvoirs. »¹ Sou impact fut nul : dans les cinq années qui suivent, le Congrès adopte à 140 reprises un veto législatif, avec l'accord explicite du Président puisque celui-ci signe les lois concernées².

IGNORER LES DÉCISIONS DE LA COUR

L'ignorance, réelle ou feinte, des arrêts de la Cour, est l'une des méthodes fort efficaces qu'emploient aussi les autres juges (fédéraux et dans les États). Pour trôner au sommet d'une double hiérarchie judiciaire (fédérale et étatique), la Cour suprême ne se prononce pourtant que sur un nombre infinitésimal d'affaires (environ 150 par an contre 37 524 en 1988 pour les cours d'appel fédérales, 284 219 en 1988 pour les tribunaux fédéraux de district³ et des dizaines de millions pour les tribunaux d'Etat), se contentant généralement de fixer les orientations générales, à charge pour les tribunaux inférieurs d'appliquer les règles ainsi émises — l'une des difficultés étant que les décisions de la Cour suprême ne sont pas toujours d'une parfaite clarté et d'une totale précision, notamment parce que la Cour, lorsqu'elle est sur un terrain impopulaire (désagrégation, prière) et/ou lorsqu'elle a du mal à définir le concept (liberté d'expression — pornographie, personne — avortement, peine de mort — « châtiment cruel et inhabituel ») affirme avec une prudence⁴ qui frise l'appel au refus.

Ainsi, conscient de l'ampleur du racisme auquel elle s'attaque en exigeant l'intégration scolaire, Earl Warren veut l'unanimité de la Cour. La contrepartie en est l'ambiguïté. Dans la deuxième décision *Brown* (349 US 294 (1955)), la Cour parle de *deliberate speed*

1. Louis Fischer, *Constitutional Structures : Separated Powers and Federalism*, New York, McGraw-Hill, 1990, vol. 1, p. 546.

2. *Ibid.*

3. In Robert A. Karp et Robert Stidham, *The Federal Courts*, Washington, DC, CQ Press, 1991, p. 42 et 39.

4. Quiconque a lu les décisions de la Cour a été frappé par la beauté de la langue ; quiconque a tenté de les traduire s'est arraché les cheveux en raison de leur imprécision.

(promptitude circonspecte). Pis, elle laisse des juges fédéraux locaux, soumis à toutes les pressions possibles, appliquer la décision. La plupart feront preuve d'une sage lenteur : en 1965, il n'y a encore que 2,25 % des enfants noirs qui vont à l'école primaire et secondaire avec des enfants blancs dans les onze Etats du Sud. En 1972, le pourcentage est passé à 91,3 %¹. Entre-temps, le ministère de la justice a commencé à appliquer *the law of the land* avec tous les moyens dont il dispose... La circonspection est devenue *hic et nunc* — mais il y a fallu le poids de l'exécutif.

Les juges des tribunaux inférieurs et notamment les juges d'Etat, demeurent en effet jaloux d'une Cour suprême dont ils n'ont pas oublié qu'elle a construit son pré carré à leurs dépens. Ainsi, dès 1816, dans *Martin c. Hunter's Lessee* (1 Wheat. 304) la Cour suprême affirme-t-elle la nécessité de sa suprématie pour qu'il y ait « uniformité des décisions à travers les Etats-Unis ». Autrement, ajoute-t-elle, « des juges tous aussi savants et intègres dans différents Etats pourraient interpréter de façon différente une loi ou un traité des Etats-Unis, ou même la Constitution elle-même [... qui] pourraient n'avoir jamais précisément les mêmes significations, obligation et efficacité ». Les autres magistrats n'en sont pas toujours parfaitement convaincus. Ainsi le juge fédéral Poole, de la Cour d'appel de Californie (9^e circuit) dont beaucoup de décisions ont été annulées par la Cour suprême, déclarait en 1984 : « La Cour suprême est suprême, mais elle n'est pas Dieu. »² Moins respectueux encore, le Chief Justice de la Cour suprême de l'Utah qualifiait les juges de la Cour suprême fédérale (à propos d'un arrêt sur l'obscénité) « de pédés dépravés, mentalement déficients et à l'esprit tordu »³.

A dire vrai, le plus étonnant est que la Cour suprême soit si fréquemment entendue par les divers pouvoirs dans les Etats — et ce d'autant plus qu'elle ne cesse de défendre (sauf pour les questions morales comme l'avortement, la peine de mort ou les mœurs) une centralisation sans cesse accrue du système.

C'est qu'en effet, si la seule volonté des juges ne suffit pas à changer le cours des choses, il est presque impossible d'aller contre elle. Même un amendement n'y suffit pas toujours : le 11^e amendement (1798) n'empêchera pas que la souveraineté des Etats ne soit

1. Pourcentages tirés de Lawrence Baum, *The Supreme Court*, Washington DC, CQ Press, 3^e éd., 1989, p. 207.

2. Cité in James B. Stewart, *The New Judiciary : Ninth Circuit's Judges Frequently Run Afoul of the Supreme Court*, *Wall Street Journal*, 28 déc. 1984.

3. In *Salt Lake City c. Piepenburg* (1977), cité in Lawrence Baum, *The Supreme Court*, op. cit., p. 216.

rognée comme peau de chagrin au point de n'être plus aujourd'hui que nostalgie ; même le 14^e amendement (1868) ne pourra imposer aux Etats de respecter le *Bill of Rights* fédéral : il y faudra le tardif (plus d'un demi-siècle après...) *nihil obstat* de la Cour dans *Gitlow c. New York*, 286 US 652 (1925).

La Cour n'a que « le pouvoir de persuader »¹. Mais sans son approbation, implicite ou explicite, il n'est pas de légitimation, il n'est pas de légitimité. Son influence réside dans son aptitude à résoudre les conflits entre les différents pouvoirs, dans sa capacité à répondre aux attentes, plus ou moins clairement formulées, de la société civile. Elle incarne à la fois la tradition et le changement, le progrès et la conservation, l'audace et la sagesse. C'est un pouvoir immense. C'est une tâche redoutable. En dernière analyse, le résultat est souvent admirable, même s'il n'a pas toujours convaincu.

Malgré des contraintes multiples, malgré la faiblesse de ses armes, la Cour suprême est puissante : le poids qu'ont eu les juges dans l'évolution constitutionnelle, institutionnelle, politique et démocratique des Etats-Unis est immense. Tocqueville l'avait bien vu qui affirmait qu'entre leurs mains « reposent incessamment la paix, la prospérité, l'existence même de l'Union. Sans eux, la Constitution est une œuvre morte »². Stanley Hoffmann ne voit pas autrement, qui affirme : « Non seulement les arrêts de la Cour ont profondément affecté l'équilibre entre les institutions, mais ils ont donné un sens et un contenu (variables selon les périodes) aux droits que le *Bill of Rights* a conférés en termes à la fois grandioses et vagues aux citoyens américains, et ils ont de la sorte puissamment contribué à modeler le système économique et social ainsi que les moeurs. »³

1. Alexander Hamilton, in *Federalist* 78.

2. Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, p. 153

3. Stanley Hoffmann, préface de M.-F. Toinet, *Le système politique des Etats-Unis*, Paris, PUF (« Thémis »), 2^e éd., 1990, p. 30.

RÉSUMÉ. — *Les armes dont dispose la Cour suprême pour imposer l'exécution de ses arrêts sont moins que rien. C'est pourquoi il n'y a pas de « gouvernement des juges » aux Etats-Unis. Pour être suivie, il lui faut convaincre. Sa puissance est morale : il n'y a pas de légitimité politique sans légitimation par la Cour suprême.*

JAMES CEASER

Le processus de sélection des juges

Les Etats-Unis ont légué deux principes constitutionnels majeurs au monde démocratique : le gouvernement par la soumission du pouvoir à la Constitution écrite et la supervision de celle-ci par les juges, ou contrôle juridictionnel. A l'exception de taille de la Grande-Bretagne, la première est à présent quasi universellement reconnue ; ainsi, même des régimes dont les pratiques ne sont guère constitutionnelles procèdent souvent à l'adoption rituelle de constitutions écrites dans l'intention d'asseoir leur légitimité. La seconde reste plus controversée ; selon la formule de Thomas Jefferson, elle risquerait de faire du judiciaire « un bras despotique » qui place les juges au-dessus des Parlements et de la volonté majoritaire. Certains pays comme la Suisse ou la Grande-Bretagne rejettent le contrôle juridictionnel au nom de la démocratie parlementaire ; mais de plus en plus nombreux sont ceux qui, à l'instar de l'Allemagne fédérale, de la France ou du Canada, l'ont adopté sous une forme ou sous une autre.

C'est parce que le contrôle par le juge remonte à longtemps que l'autorité de la Cour suprême aux Etats-Unis est plus grande que celle de toute autre au monde. Il en résulte que le processus de désignation de ses juges a toujours revêtu une grande importance. Selon l'ancien juge Félix Frankfurter : « En vérité, la Cour suprême *est* la Constitution ; c'est à cause du pouvoir qu'elle exerce que les nominations à la Cour sont une affaire d'intérêt public et non seulement une question professionnelle. »¹

1. Cité dans Paul Freund, *Appointment of Justices, Some Historical Perspectives*, *Harvard Law Review*, n° 101 (1988), p. 1153.

Eu égard au pouvoir considérable de la Cour au sein du système politique américain, la seule « compétence juridique et technique » des candidats n'a jamais suffi à être le seul ou même le principal critère de sélection des juges, comme c'est le cas dans d'autres pays. Le processus de nomination tient toujours compte des opinions « politiques » des juges, sinon au sens étroit de leurs positions idéologiques, du moins au sens plus large des retombées politiques possibles de leur interprétation de la Constitution. En sorte que la jurisprudence devient une affaire de politique intérieure. C'est ainsi que dès 1811 Thomas Jefferson mettait en garde le Président Madison — à juste titre — contre la nomination du très érudit Joseph Story, « pseudo-républicain » aux tendances fédéralistes dans son interprétation de la Constitution. (Les Républicains jeffersoniens donnaient de la Constitution une interprétation limitative — la doctrine des « Strict Constructionists » — alors que les Fédéralistes l'interprétaient dans une optique qui attribuait des pouvoirs étendus au gouvernement central.)

Alexis de Tocqueville observait déjà il y a cent cinquante ans « qu'il n'est pas de question politique aux Etats-Unis qui ne devienne tôt ou tard une question judiciaire ». Mais Tocqueville lui-même n'eût selon toute probabilité pu prévoir à quel point son exagération délibérée coïnciderait avec la réalité des années 1960 et 1970. Des problèmes qui dans presque tous les autres pays ressortissaient au pouvoir exécutif ou législatif se trouvaient aux Etats-Unis soustraits, en totalité ou en partie, à la politique et traités par la Cour suprême en problèmes constitutionnels. Il n'est donc pas surprenant que lorsque le juge William Brennan partit à la retraite en 1990, il passait pour avoir été « la personne la plus puissante à Washington depuis Franklin Roosevelt ».

L'immense pouvoir de la Cour suprême au cours des années 1960 et 1970 découlait de plusieurs facteurs. Tout d'abord elle acquit une indiscutable autorité morale pour avoir pris l'initiative au cours des années 1950 de s'attaquer au problème politique américain numéro un : les droits des Noirs. En second lieu, elle élargit l'accès du judiciaire à ceux qui voulaient augmenter les libertés individuelles ainsi que la protection des groupes dits minoritaires ou défavorisés. Ceux-ci, qui comportaient entre autres les groupes des droits civiques, ainsi que les groupes féministes et écologiques, s'accoutumèrent à avoir recours aux cours fédérales pour réaliser leurs objectifs, devenant ainsi les farouches défenseurs de prérogatives judiciaires élargies. En troisième lieu, ce rôle accru s'acquit l'aval de l'un des piliers de l'*establishment* américain : le consensus des professeurs des plus presti-

gieuses écoles de droit. Ces derniers contribuèrent à l'élaboration d'une jurisprudence qui légitima ce rôle accru de la Cour, grâce à une conception selon laquelle les juges devraient interpréter la Constitution en accord avec « l'évolution des temps », cette dernière étant elle-même définie par les principaux représentants de la communauté juridique. Selon cette éthique, la seule véritable protection des droits vient de leur interprétation dans la Constitution par la Cour. Elle tient également que la codification des droits par la simple législation — comme par exemple dans le cas des lois de libertés publiques solennellement votées par le Congrès — est une garantie insuffisante. Selon le professeur de droit de l'Université de Harvard Laurence Tribe, « de tels droits sont à la merci d'une majorité qui peut les faire ou les défaire selon sa volonté »¹.

L'influence croissante de la Cour fut accompagnée d'un affaiblissement progressif des mécanismes traditionnels destinés à freiner le judiciaire au point que certains ont tout simplement cessé de fonctionner. Le premier frein, désigné par la formule de la « doctrine de la responsabilité concurrente », tient à ce que chaque branche du judiciaire est responsable de la définition de la constitutionnalité des questions qui lui reviennent. On laisse alors les conflits entre différentes branches évoluer d'eux-mêmes. Cette doctrine, qui fut conçue par Jefferson, avait déjà perdu une bonne partie de sa crédibilité au début du siècle, et ce qu'il en restait fut ébranlé après que les Présidents Truman et Nixon se fussent rendus aux décisions de la Cour dans les affaires de la saisie des aciéries² en 1952 et du Watergate en 1974. La Cour est à présent largement reconnue comme autorité suprême et définitive en matière d'interprétation constitutionnelle — autorité qu'elle ne se prive du reste pas de revendiquer.

Le second frein était la menace que le Congrès comme le Président pouvaient utiliser de modifier le nombre des juges à la Cour afin d'en changer l'orientation. Le nombre de juges n'est pas déterminé par la Constitution mais fixé par des lois ordinaires. De fait le Congrès le modifia par trois fois au cours des années 1860 pour pouvoir influencer sa ligne politique. Cette possibilité demeura réelle jusqu'au plan radical de remodelage de la Cour par le Président Roosevelt en 1937. A la suite du rejet de ce plan par le Congrès, le

1. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2^e éd., Mineola New York, The Foundation Press, 1988, p. 1311.

2. « La saisie des aciéries » : allusion à l'ordre donné par la présidence de saisir des aciéries en grève pendant la guerre de Corée afin de continuer à maintenir l'approvisionnement.

nombre actuel des juges de la Cour suprême (neuf) fait partie de ce qu'on peut appeler la « constitution non écrite » des États-Unis.

Le dernier frein était constitué par la menace de réduction par le Congrès de l'étendue des pouvoirs de juridiction de la Cour dans certaines catégories de cas. Les domaines les plus importants de l'autorité de la Cour ressortissent à la juridiction d'appel, qui est définie par la loi. Le Congrès est en mesure de soustraire certaines sphères de la politique à la compétence de la Cour, comme par exemple l'avortement ou le ramassage scolaire. L'idée fut largement préconisée par les opposants au système judiciaire fédéral pendant les années 1970 et au début des années 1980, mais elle demeura sans suite législative. La communauté juridique établie tenait des mesures telles que le changement du nombre des juges pour une atteinte illégitime à l'indépendance de la justice. Ce frein est à présent tenu pour nul et n'a plus d'effet dissuasif sur la Cour.

Il ne reste donc aujourd'hui plus d'autre moyen de modifier l'orientation de la Cour que le pouvoir de nomination, qui a donc proportionnellement augmenté d'importance. De plus, grâce aux progrès de la médecine, la longévité des juges s'est accrue, et par suite leur période d'exercice de fonctions, ce qui revient à dire que chaque nomination « compte » plus. Tout ceci aurait sans doute suffi à faire de la nomination à la Cour suprême l'objet d'une attention renouvelée. Mais pour comprendre comment cette question en est venue à devenir le centre d'une polémique majeure durant les années 1980 — plus peut-être qu'à n'importe quelle autre époque de l'histoire du pays — il convient d'examiner certains facteurs politiques supplémentaires.

Dans sa phase « activiste » des années 1960 et 1970, la Cour suprême était devenue le bastion de la gauche américaine, avec l'appui de toutes les parties de l'*establishment* « libéral ». Par ironie, cette orientation coïncida avec une période durant laquelle la majorité des juges furent désignés par des présidents républicains. Les conservateurs devinrent des adversaires déclarés de cette Cour « activiste ». Lors de sa campagne électorale, Ronald Reagan fit de la nomination de juges qui s'éloigneraient de la philosophie libérale d'interprétation de la Constitution alors en vogue un des objectifs principaux de sa présidence. Les batailles successives qui marquèrent les nominations judiciaires pendant les années 1980 furent le reflet fidèle de ces conflits qui culminèrent dans l'affrontement au sujet de la nomination de Robert Bork en 1987. Les libéraux se battirent pour conserver le contrôle de l'institution qu'ils avaient réussi à dominer depuis les années 1950, et les conservateurs pour le leur arracher.

Quoique le Président Reagan perdit la bataille pour faire nommer le juge Bork, il réussit néanmoins à mettre fin à la vieille majorité libérale.

La Constitution établit les grandes lignes de la durée d'exercice des fonctions des juges à la Cour suprême, ainsi que les modalités de leur désignation. Selon l'article III, les juges « exercent leurs fonctions tant que leur conduite sera exemplaire » et reçoivent un salaire « qui ne pourra être diminué ». Ces dispositions ont pour but de protéger le judiciaire en garantissant aux juges une forte indépendance face aux diverses pressions politiques.

Comme d'autres fonctionnaires, les juges à la Cour suprême peuvent être démis par une mise en accusation par la simple majorité des membres de la Chambre et reconnus coupables par la majorité des deux tiers au Sénat. Mais il est entendu que l'« *impeachment* » n'a pas été conçu comme instrument de contrôle des opinions des fonctionnaires. Quoique Jefferson eût naguère suggéré cette technique comme moyen d'arracher le contrôle du judiciaire aux fédéralistes, l'acquittement du juge Samuel Chase par le Sénat en 1805 lors d'un *impeachment*, établit un précédent durable pour l'empêcher de servir à la mise au pas des juges à cause de leurs opinions, et le réserver aux cas de corruption ou de comportement éthique douteux.

Il n'y a que quelques juges fédéraux, et aucun juge à la Cour suprême, qui aient été démis de cette manière. Le cas le plus proche dans l'histoire récente est celui du juge Abe Fortas, qui démissionna en 1969, en partie par crainte de voir les allégations sur sa conduite financière se poursuivre par une mise en accusation.

Le mode de désignation des juges à la Cour suprême, précisé dans l'article II, dispose que le Président « désignera et, sur et tenant compte de l'avis et du consentement du Sénat, nommera... les juges à la Cour suprême ». Il est entendu que cette procédure comprend deux types de nomination : celle d'un nouveau membre à la Cour, que ce soit un juge ou un président de la Cour, et celle d'un juge en fonctions au poste de président, comme par exemple lors de la nomination du juge Rehnquist à la présidence de la Cour par le Président Reagan. Au total 112 juges ont vu leur affectation à la Cour confirmée.

En pratique, l'« avis et le consentement » du Sénat se traduit par une procédure où le Président nomme des candidats dont la confirmation revient au Sénat. Le Président peut demander l'avis de membres du Sénat avant une nomination, mais il n'est pas

tenu de le faire. Enfin, malgré les efforts de nombre de commentateurs visant à établir des critères pour guider l'action de chaque institution, la Constitution elle-même reste silencieuse sur ce point. Elle n'exige pas de qualifications précises et s'en remet au processus de sélection lui-même pour en déterminer les critères. La remise du choix au Président et au Sénat est évidemment conçue pour rendre le processus aussi sélectif que possible tout en limitant toute velléité de favoritisme présidentiel.

La nomination de juges pour un mandat de durée indéterminée est l'exception plus que la règle. En plus du gouvernement fédéral, on compte plus de 50 systèmes juridiques aux Etats-Unis, et il revient à chaque Etat de choisir son propre mode de désignation des juges. Il existe un large éventail de procédures, que ce soit la sélection au suffrage populaire, par la législature ou par le gouverneur. Plusieurs Etats utilisent un système qui associe des éléments du suffrage populaire à ce qu'on appelle la sélection par le mérite. En Californie, la désignation revient au gouverneur qui doit ensuite la soumettre à une commission non partisane. Les candidats agréés doivent ensuite s'en remettre au choix des électeurs aux prochaines élections générales pour être élus pour un mandat entier. Les électeurs rejettent rarement des juges qui cherchent à rester en fonctions, mais en 1986 les électeurs californiens firent échouer trois juges de la Cour suprême de l'Etat qui avaient refusé de demander la peine de mort. Au total près de la moitié de tous les juges d'Etat sont élus par les citoyens.

Etant donné l'étendue du pouvoir de la Cour suprême, se développe de temps à autre une tendance favorable à la modification du processus de nomination, dans le sens de la procédure suivie pour la nomination des juges dans les Etats et à leur affectation pour une période de fonctions déterminée. De tels changements demanderaient un amendement à la Constitution, qui n'est guère envisagé. De toute manière de telles idées n'ont jamais bénéficié d'un large soutien. Les Américains demeurent souvent insatisfaits des décisions de la Cour suprême, mais ils sont généralement satisfaits des mécanismes fondamentaux du système de nomination judiciaire.

La procédure de nomination des juges à la Cour comporte deux ou (en certains cas) trois parties. La première est facultative. Elle a lieu lorsque l'orientation de la Cour devient un thème important de la campagne de l'élection présidentielle, comme en 1860, en 1936, et, plus récemment, en 1968 et 1980. Les candidats Nixon et Reagan affichèrent alors clairement leur intention de désigner des juges

qui eussent une philosophie juridique opposée à celle de la majorité à la Cour. Dans ces cas on peut dire que les partis et les électeurs prennent part au processus de sélection. Le candidat victorieux à la Maison-Blanche peut aller jusqu'à revendiquer une sorte de mandat populaire pour telle ou telle désignation. Il demeure bien entendu impossible de déterminer sur quoi se joue une élection, et en tout état de cause il appartient au Sénat d'exercer ses attributions constitutionnelles ensuite.

Le stade suivant, qui le plus souvent est en fait le premier, est celui de la désignation par le Président. A l'époque où les Présidents ne s'entouraient que d'une équipe restreinte, ils prenaient le plus souvent cette décision seuls. Aujourd'hui, ils comptent pour dresser leurs listes sur l'aide de conseillers parmi lesquels se trouve le plus souvent le Procureur général. On demande aussi au Bureau fédéral d'Investigation (FBI) de mener des enquêtes approfondies sur les antécédents des candidats, non seulement par véritable désir de s'assurer de leur honorabilité personnelle, mais aussi parce qu'au Sénat les adversaires de la désignation se serviraient de n'importe quel défaut pour tenter de bloquer la candidature. La réputation est le seul critère avouable d'opposition à une nomination — le vrai motif étant politique. L'avantage, c'est qu'une faille dans le dossier a le statut d'un fait « objectif » qui ne peut être contesté.

Historiquement, les Présidents ont tenu compte de plusieurs facteurs dans leurs décisions. Jusqu'ici ils ont tous respecté une même condition : le candidat doit être homme de loi. Puisque la Cour doit traiter de problèmes qui revêtent un important aspect technique, ce critère peut *a priori* paraître de pur et simple bon sens. Mais en fait les questions les plus importantes sur lesquelles elle est appelée à se prononcer sont constitutionnelles, et la plupart des écoles de droit n'accordent qu'une attention tout au plus passagère à la Constitution proprement dite et aux pères fondateurs (par opposition à des cas juridiques portant sur la Constitution). Des personnalités d'une grande expérience en matière d'histoire et de philosophie américaine seraient bien mieux placées que nombre de juristes pour servir à la Cour. Reste à savoir si un Président prendra un jour sur lui de braver cette limitation et de risquer de déclencher des protestations au sein de l'*establishment* juridique de la nation.

Trois autres considérations préliminaires ont marqué les décisions présidentielles : tout d'abord, il y a la stature des candidats, qui sont généralement de haute qualité et dont certains ont compté parmi les plus grands esprits juridiques du siècle ; ensuite vient leur affiliation partisane : 85 % semblent avoir partagé celle du Prési-

dent, encore que tous ne furent pas activement partisans ; enfin et dernièrement, il faut tenir compte de la représentation de certains groupes à la Cour — à ce titre, divers facteurs ont joué à différents stades de l'histoire ; l'ethnicité et la religion ont succédé aux considérations géographiques d'autrefois avant que de nos jours il ne soit devenu habituel d'inclure au moins un Noir et une femme.

Mais la considération qui sous-tend les trois premières demeure l'« acceptabilité » du candidat désigné aux yeux du Sénat. Ce principe renforce les autres, qui sont parfois aussi importants aux yeux du Sénat que de la présidence. Ces dernières années, avec le Sénat aux mains d'un parti différent de celui du Président, le besoin de convenir à la majorité du Sénat explique la recherche de candidats au profil discret, tels que les juges Kennedy et Souter.

Ces principes constituent un préalable à l'objectif que nombre de Présidents considèrent comme le plus important : une véritable harmonie de vues quant à une certaine conception de la Constitution et du rôle de la Cour, harmonie de vues qui ne saurait être ramenée au simple accord sur des sujets précis. Il va de soi que tous les Présidents ne sont pas également attentifs à cette dimension, et que pour certains d'entre eux les questions ressortissant à la jurisprudence du juge ou à la théorie de l'interprétation de la Constitution sont trop générales, ou au contraire trop spécialisées. Il n'en demeure pas moins que cette considération est probablement celle qui a le plus de poids.

Contrairement à certains avis sur la question, il n'y a rien à redire au désir des Présidents de s'assurer d'une réelle identité de vues. C'est précisément un des moyens de garantir un minimum de contrôle populaire sur le judiciaire. De plus il y a des limites qu'aucun Président n'est en mesure de franchir pour réaliser ses objectifs. L'une tient au nombre total de nominations que n'importe quel Président est en situation de faire. Il n'advient en moyenne qu'une vacance tous les deux ans ; l'influence que le Président est en mesure d'exercer sur l'orientation de la Cour en un seul mandat est donc limitée, lorsqu'il n'est pas carrément contre par le destin, comme ce fut le cas du Président Carter qui ne fit aucune nomination.

D'autre part, toute volonté de s'assurer d'une harmonie de vues dépendra avant tout du sérieux avec lequel le Président envisage les conséquences de l'interprétation de la Constitution. Ainsi, lorsqu'il se fit demander s'il avait commis des erreurs sérieuses durant son administration, le Président Eisenhower répondit : « Oui, elles siègent toutes les deux à la Cour suprême » (allusion au président

de la Cour Earl Warren et au juge William Brennan). Dans les deux cas Eisenhower aurait pu — et dû — entrevoir l'avenir.

Enfin, il existe, à juste titre du reste, des limites pour ainsi dire inévitables au contrôle de la présidence. Le fait même de désigner un candidat de grande envergure et d'indépendance d'esprit empêche le Président de prévoir ses prises de positions en une conjoncture précise, tout comme son évolution après sa nomination. Toute l'idée de l'affectation à vie revient précisément à encourager et à protéger l'indépendance du juge. Le juge futur dépend entièrement du Président jusqu'à ce que sa nomination soit confirmée, mais il est ensuite libéré de toute pression présidentielle. Le Président ne peut pas non plus déterminer quels seront les grands problèmes constitutionnels et juridiques de l'époque à venir. Comme le dit le Président Truman avec son franc-parler habituel : « Le noyautage de la Cour suprême est tout simplement impossible... J'ai essayé et ça ne marche pas. »

La troisième étape de ce processus, c'est la confirmation par le Sénat, qui ne se prive pas de rejeter des candidats proposés. Jusqu'en 1991, il refusa de confirmer la nomination de 28 des 143 candidats désignés qui lui furent présentés, encore qu'il n'y en ait eu que 5 au *xx^e* siècle. Sa phase « active » remonte au *xix^e* siècle, en partie parce que les juges à la Cour suprême étaient aussi juges dans les cours d'appel, de sorte que les sénateurs avaient plus de motif de s'intéresser au juge qui siégerait dans leur Etat ou leur région.

La caractéristique récente des décisions de confirmation par le Sénat — qui ont vu de nombreux désaccords entre différents groupes de pression quant à la pratique et la philosophie judiciaires — s'est manifestée à l'avance lors de la désignation de Louis Brandeis par le Président Wilson en 1916. Brandeis fut confirmé par une faible majorité après de fortes polémiques au cours desquelles les sénateurs s'en prirent à ce qu'ils tenaient pour ses prises de positions politiques radicales-progressistes. Quatorze ans plus tard, la désignation de John Parker par le Président Hoover fut refusée après une campagne menée par des syndicats et plusieurs groupes noirs.

A cette démarche plus ou moins ouvertement « politique » du début du siècle succéda cependant une longue période durant laquelle le Sénat s'abstint de se prononcer ouvertement sur des questions de philosophie juridique pour s'attacher à des critères dits « objectifs » et non partisans : la personnalité et les qualifications du candidat désigné. Les considérations politiques, qu'elles tinssent à la théorie juridique ou à l'actualité immédiate, étaient à

coup sûr toujours présentes, mais reléguées à l'arrière-plan sous couvert d'une procédure qui se fixait à présent sur les qualifications du candidat. Ainsi des violations alléguées de l'éthique judiciaire condamnèrent les efforts du Président Johnson en vue de faire accéder le juge Abe Fortas à la présidence de la Cour ; mais il apparut tout aussi clairement que nombre de sénateurs commençaient à s'alarmer de l'orientation libérale de la Cour. Le rejet du candidat désigné par le Président Nixon, Clément Haynesworth, en 1969, fut un autre cas de considérations politiques qui se couvraient de considérations éthiques. Cette appréciation des facteurs à prendre en considération dans le processus de confirmation par le Sénat contribua à coup sûr à en limiter la politisation à outrance ; mais elle déboucha également sur un moralisme particulièrement odieux, lorsque les opposants à un candidat désigné, procédant souvent par des fuites vers les médias, se mirent à la chasse aux problèmes « éthiques » dans ses antécédents. Cette stratégie d'attaques personnelles atteignit un niveau sans précédent dans les processus de confirmation des juges Rehnquist en 1986 et Bork en 1987.

Une autre tendance se manifesta aussi au sujet de la nomination de Bork. Les différences philosophiques qui opposaient les candidats désignés par le Président Reagan et les libéraux du Sénat ainsi que leurs alliés étaient telles qu'il devenait difficile de masquer les véritables arguments sous couvert de critères de conduite personnelle. L'abcès creva finalement lors de la nomination de Bork, qui eut lieu dans l'année qui suivit la perte de la majorité au Sénat par les Républicains.

Cette nomination était d'une importance critique, à cause de divisions profondes qui sévissaient au sein de la Cour sur nombre de questions. Selon des critères objectifs, Bork était un des candidats désignés les mieux qualifiés depuis longtemps. Les tentatives pour le salir personnellement ayant échoué, ses ennemis furent obligés de changer de stratégie. Ils proclamèrent ouvertement qu'ils étaient à présent disposés à fonder leur vote sur des critères de « philosophie juridique », cette dernière se trouvant à présent réhabilitée comme critère légitime de confirmation sénatoriale. Par ailleurs, une énorme campagne populaire fut lancée par des groupes de pression libéraux qui s'opposaient à la désignation de Bork. Ces nouvelles tactiques prirent au dépourvu une administration qui ne riposta que de façon incertaine. La campagne des groupes de pression adressa ouvertement des avertissements politiques aux sénateurs ; ainsi on fit savoir à ses partisans qu'ils feraient face à l'opposition

de l'électorat lors des prochaines élections. Ainsi les prises de position officielles des sénateurs en matière de philosophie juridique étaient sous-tendues par des inquiétudes d'ordre politique beaucoup plus concrètes.

La nomination de Bork se prêtait particulièrement à un débat de philosophie juridique. Professeur de droit, profondément érudit, il n'avait pas craint au fil des années d'exprimer ses opinions et se trouvait en première ligne dans la formulation des idées qui sous-tendaient l'attaque du Président Reagan contre la Cour. En somme, Bork avait derrière lui une « traînée d'articles ». De plus ses joutes incessantes avec les professeurs de droit de l'« *establishment* » libéral prêtaient le flanc au genre d'attaques qui sont précisément la spécialité des universitaires. Un à un, les professeurs de droit du pays tout entier comparurent devant le Comité judiciaire du Sénat (à la télévision) pour s'opposer à sa désignation, que le Sénat finit par rejeter par un vote largement politique de 58 voix contre 42.

La défaite de Bork priva la Cour des services de l'un des meilleurs esprits juridiques des Etats-Unis. A quoi les sénateurs démocrates répondirent qu'ils n'avaient fait qu'exercer leur prérogative constitutionnelle contre la volonté ouvertement affichée d'un Président désireux de modifier l'orientation de la Cour contre le gré du Sénat et du pays tout entier. Cette défaite permit aux Libéraux de marquer un point en obligeant à l'avenir les candidats désignés de prétendre au moins être favorables au droit constitutionnel et au respect de la vie privée. Mais le Sénat n'était pas disposé à continuer de rejeter des candidats qualifiés au profil plus discret. En fin de compte, il confirma la nomination de Anthony M. Kennedy, juge aux options nettement conservatrices, mais qui avait consacré le meilleur de sa carrière au parquet à des questions techniques et ne s'était guère engagé dans des débats ouvertement théoriques à la Robert Bork.

Nombreux sont ceux qui craignent que le prolongement politique de l'échec de la nomination de Bork ne soit la mise à l'écart de candidats de grande qualité qui se sont ouvertement engagés dans les grandes questions de l'heure. Bork lui-même écrivit que « le choix de candidats à la désignation risque de rétrécir et de changer de composition... La tendance sera alors à la désignation et la confirmation d'individus dont le comportement juridique, une fois en fonction, ne saurait être prévue, ne fût-ce qu'approximativement, soit par le Président soit par le Sénat »¹. Le Président

1. Robert Bork, *The Tempting of America*, New York, Basic Books, 1990, p. 347.

Bush semble avoir tenu compte du précédent de l'affaire Bork lors de sa première désignation à la Cour suprême. Il nomma le juge David Souter, juriste de peu de renom qui avait réussi de manière tout à fait remarquable à éviter de se prononcer sur tout sujet controversé.

Quelles conclusions tirer de l'état actuel de la procédure de nomination à la Cour suprême ? Tout d'abord, le processus s'est plus ouvertement « politisé » dans sa phase de confirmation par le Sénat. En un sens, ce changement marque un retour à la question de la philosophie juridique du candidat désigné après une longue période de discussions peu sincères portant sur sa personnalité (qui continuent du reste de plus belle). Mais la mise au grand jour de la question de fond a aussi donné le coup d'envoi à l'entrée dans le débat de considérations politiques très étriquées. Il se peut que l'hypocrisie d'antan fût à sa manière préférable à l'hypocrisie actuellement en vigueur.

La procédure ouverte, les candidats désignés comparaisant devant le Comité judiciaire du Sénat, comporte des avantages certains en matière d'éducation du public. Mais elle a aussi contribué à donner à la procédure un côté « relations publiques » que d'aucuns, soucieux de la dignité de la procédure, trouveront dérangeant. Les séances officielles ne sont pas toujours édifiantes. Les sénateurs tentent par mille moyens d'acculer les candidats à se prononcer sur des cas particuliers éventuels auxquels il n'est pas toujours aisé de répondre. Comme le disait le Président Lincoln il y a plus d'un siècle : « Nous ne pouvons demander à un homme ce qu'il fera, et si nous le faisons et qu'il nous répondait, nous devrions le mépriser en conséquence. »¹

En second lieu, il se peut que certaines des conditions qui ont provoqué cette plus grande politisation, du moins dans ses modalités extrêmes, ne soient que passagères. Elles survinrent à la faveur d'une conjoncture qui vit la remise en question de l'orientation fondamentale de la Cour, tandis que la Présidence et le Sénat se retrouvaient entre les mains de partis politiques opposés. Cette situation, qui a donné des candidats « prudents » (mais non pour autant médiocres) pourrait n'être que temporaire. Les changements durables pourraient être moins nombreux que ne laissent entendre les prédictions de ceux qui se sont trouvés au cœur de la mêlée lors des batailles récentes.

1. Freund, *op. cit.*, p. 1162.

Enfin, malgré le rejet de Robert Bork, l'orientation de la Cour a subi de nettes modifications. A coup sûr, le Sénat peut réussir à bloquer certaines désignations comme à remettre une décision au-delà des élections, mais il n'a pas poussé cette attitude jusqu'à l'adoption d'une position d'opposition systématique — position que le pays ne tolérerait du reste pas. Le Président garde l'initiative, et la patience et le bon sens aidant, il l'emportera invariablement.

RÉSUMÉ. — *Cet article analyse le processus de sélection des juges à la Cour suprême aux Etats-Unis ; processus qui a toujours comporté des considérations politiques au sens large du terme, mais qui s'est nettement politisé au cours des dix dernières années et surtout lors des âpres luttes au sujet de l'élection du juge Robert Bork en 1987. Le Président Reagan et le Président Bush réussirent néanmoins à modifier l'orientation fondamentale de la Cour, et il est possible que certaines caractéristiques récentes du processus deviennent caduques.*

FREDERICK L. MORTON

*La rédaction des opinions de la Cour suprême**

LA CONFÉRENCE : LE VOTE PRÉLIMINAIRE
ET LA DÉSIGNATION DU RÉDACTEUR¹

La Cour suprême traite et tranche des affaires d'octobre à juin chaque année². Normalement, les neuf juges siègent pour chaque affaire³. Au cours de la période durant laquelle les juges traitent des affaires⁴, les juges se rencontrent une ou deux fois par semaine en conférence privée afin de discuter l'affaire à propos de laquelle

* Traduction Isabelle Richet.

1. J'ai réduit au minimum le nombre de notes, dans la mesure où les informations que je mentionne ici sont en général connues et disponibles de façon plus détaillée dans les chapitres appropriés des principaux manuels consacrés à la Cour suprême américaine. Je me suis largement inspiré des ouvrages mentionnés ci-dessous et je les recommande pour un approfondissement de la question ; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 5^e éd., New York, Oxford University Press, 1986, chap. 5 ; Louis Fischer, *Constitutional Dialogues : Interpretation as a Political Process*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1988 ; Walter F. Murphy et C. Herman Pritchett, *Court, Judges and Politics : An Introduction to the Judicial Process*, 4^e éd., New York, Random House, 1986, chap. 13 ; David O'Brien, *Storm Center : The Supreme Court in American Politics*, 2^e éd., New York, Norton & Co., 1990, chap. 3 et 5. La meilleure étude spécialisée du processus de rédaction des jugements est celle de Walter Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago, University Press of Chicago, 1964, en particulier les chap. 3 et 7.

2. En de très rares occasions la Cour peut se réunir à nouveau pour traiter une affaire durant l'été.

3. Un juge peut être empêché de siéger par une maladie, un conflit d'intérêt ou une nomination trop récente. Si un juge ne participe pas à la discussion orale, il est extrêmement rare qu'il participe à la conférence ou au vote. Le quorum minimum requis pour traiter une affaire est de six.

4. Normalement, le travail de la Cour alterne entre plusieurs semaines de discussion orale, puis plusieurs semaines consacrées à la rédaction et à la circulation des projets de jugement.

ils ont entendu les différents arguments cette même semaine. Après la discussion, ils émettent un vote préliminaire et chargent l'un d'entre eux de rédiger l'opinion. Afin de préserver le caractère confidentiel des débats et d'assurer un maximum d'objectivité, la conférence se déroule à huis clos et les débats en sont secrets. Seuls les neuf juges sont présents. Au cours de ses cent premières années d'existence, la conférence a joué un rôle important dans la recherche d'un consensus entre les juges afin d'arriver à présenter un jugement unique. Au cours des décennies plus récentes, l'accroissement de la charge de travail¹ et la modification des normes ont affaibli le caractère collégial et délibératif de la conférence. Actuellement, sa fonction est de déterminer si une majorité des neuf juges arrive à la même conclusion et de décider lequel d'entre eux rédigera le jugement. Le consensus, s'il est jamais atteint, se formera au cours de la négociation qui accompagne la discussion, des projets de jugements écrits.

La discussion de chaque affaire est initiée par le président de la Cour suivi par les huit autres juges par ordre d'ancienneté. Pour la Cour actuelle le temps est une ressource rare et on attend des juges qui décident d'intervenir dans le débat qu'ils limitent leurs remarques à quelques minutes. Bien sûr certaines affaires nécessitent beaucoup plus de temps, et certaines autres beaucoup moins. Après que chaque juge a pris la parole, un vote préliminaire a lieu. Traditionnellement, les juges votaient par ordre inverse d'ancienneté, de telle sorte que les juges élus plus récemment ne soient pas trop influencés par le vote des juges plus expérimentés. Dans les affaires où la Cour était divisée de façon égale, cette procédure offrait également au président le choix tactique d'émettre un vote décisif et de permettre ainsi la formation d'une majorité. Cette tradition fut abandonnée peu à peu durant la présidence d'Earl Warren (1953-1969) et, aujourd'hui, les juges votent dans l'ordre où ils prennent la parole. A la conférence, les juges peuvent toujours choisir de voter de façon tactique. C'est-à-dire qu'un juge peut voter pour une décision qu'il ne partage pas vraiment, afin de s'intégrer à une majorité et, de la sorte, influencer de l'intérieur la rédaction de la position majoritaire. Dans la mesure où le vote émis à la confé-

1. La Cour reçoit environ 5 000 requêtes par an (à une date pas plus éloignée que 1935, ce chiffre était de 1 000). Elle en accepte environ 275, dont environ une centaine seront tranchées de façon sommaire, sans discussion orale ni jugement écrit. Environ 180 donneront lieu à une discussion (en cas normal d'une heure) et environ 160 de celles-ci seront tranchées par un jugement écrit en bonne et due forme.

rence est provisoire, les juges ont la liberté de le modifier par la suite.

La fonction première du vote est de déterminer une majorité. Si le président fait partie de la majorité, il peut décider de rédiger l'opinion lui-même ou de confier cette tâche à un autre membre de la majorité. Si le président ne fait pas partie de la majorité, le juge le plus ancien de la majorité est chargé de rédiger l'opinion ou de confier cette tâche à un autre membre de la majorité. Les présidents se réservent en général les décisions les plus importantes. Par exemple, le juge Hughes (1930-1941) rédigea l'opinion majoritaire dans l'affaire historique *West Coast Hotel v. Parrish* (1937)¹, l'arrêt qui mit fin à un demi-siècle d'annulation judiciaire de la législation du travail des Etats. Le président Warren rédigea l'opinion de la Cour dans l'affaire capitale de la déségrégation scolaire en 1954. Le Président Warren Burger (1969-1986) rédigea l'arrêt de la Cour dans l'affaire des enregistrements du Watergate en 1974², qui ordonna au Président Nixon de remettre les enregistrements de ses conversations téléphoniques. Ces enregistrements étaient si nuisibles que deux semaines après cette décision, le Président, qui avait nommé Warren Burger à la tête de la Cour suprême, fut contraint de démissionner. Si certains présidents ont tendance à rédiger plus d'arrêts que d'autres, la différence est minime. Tous les présidents de la période récente ont cherché à confier un nombre plus ou moins égal d'arrêts à chaque juge, la moyenne annuelle étant d'environ 14 arrêts par juge.

La désignation du rédacteur est fondée sur un certain nombre de facteurs. Tout comme le vote émis en conférence, elle a une dimension tactique. Le président peut limiter les risques de trop grande division de la Cour en chargeant un de ses collègues connu pour sa modération et sa « diplomatie » de rédiger le jugement. En effet, un tel juge sera plus enclin à rédiger un jugement qui tiennent compte de la diversité des opinions et unisse la Cour. La spécialisation peut également jouer un rôle. Des juges ayant des connaissances particulières en matière de loi pénale, de legs, de lois administrative ou fiscale se verront plus probablement chargés de rédiger les arrêts dans le cas d'affaires concernant leur domaine de spécialisation. L'anticipation de la réaction du public et les problèmes d'application d'un arrêt peuvent également jouer un rôle dans la désignation du rédacteur. Un président demanda à un juge

1. 300 us 379, 1937.

2. *US v. Nixon*, 418 us 603 (1974).

du Sud de rédiger un arrêt qui allait de toute évidence être impopulaire dans sa région. De la même façon, des « arrêts conservateurs » ont été confiés à des « juges progressistes » et *vice versa*. Dans chaque cas, le président espère que l'arrêt sera plus facilement accepté par les groupes qui y sont opposés du fait du respect qu'ils ont pour son auteur.

LA RÉDACTION ET LA CIRCULATION DES PROJETS DE JUGEMENT :
LA RECHERCHE DU CONSENSUS

Une fois la rédaction d'un jugement confiée à un juge, celui-ci est chargé de rédiger un projet présentant l'opinion majoritaire puis de le soumettre à tous les autres juges afin d'entendre leurs commentaires. L'étape de rédaction du projet dure environ sept semaines et met en lumière un des changements institutionnels importants survenus dans la Cour contemporaine : l'accroissement rapide du nombre et de l'influence des clercs. Si le premier clerc fut embauché en 1882, jusqu'aux années cinquante aucun juge n'avait plus d'un clerc à son service. Sous le président Warren (1953-1969) la moyenne est passée à deux par juge puis à trois et quatre au cours des années soixante-dix. Durant la session 1988-1989, on comptait 36 clercs.

S'ils accomplissent tout un ensemble de tâches — sélection des affaires, recherche, commentaire —, leur rôle le plus important est d'aider leurs juges respectifs à rédiger les arrêts. Même les juges admettent aujourd'hui que la plupart des premiers projets sont rédigés par les clercs. Il est moins facile de déterminer dans quelle mesure les juges acceptent ces projets. Cela dépend du juge et aussi de l'affaire. Certains juges se contenteront d'apporter des corrections mineures au projet d'un clerc avant de le faire circuler parmi ses collègues. D'autres le réécriront substantiellement. Dans tous les cas, il ne fait aucun doute que l'on a assisté à un accroissement cumulatif de l'influence des clercs sur les décisions finales de la Cour.

La croissance du nombre et de l'influence des clercs a une double conséquence. Au sein de la Cour, elle a contribué à sa bureaucratisation, à l'isolement des juges les uns par rapport aux autres et, donc, à un déclin de la dimension collégiale de la Cour. De nombreux commentateurs présentent aujourd'hui la Cour comme « neuf petits cabinets d'avocats indépendants »¹ ayant cha-

1. Cf. David O'Brien, *op. cit.*, p. 157.

cun à sa tête un juge suivi de sa meute de clercs, de secrétaires et de messagers. Comme la charge de travail augmente et que les juges s'appuient de plus en plus sur leurs clercs, il y a moins d'interaction entre eux. Vus de l'extérieur, les clercs sont un symptôme du rôle et de l'influence politiques croissants de la Cour. Les analystes sont d'accord pour dire que la croissance rapide de l'Executive Office et du personnel de la Maison-Blanche après la guerre témoignent du pouvoir accru de la présidence, sinon du Président¹. De la même façon, la croissance bureaucratique de la « jurocratie » témoigne de l'influence accrue de la Cour suprême.

Une fois un juge satisfait de son projet d'arrêt, il le fait circuler parmi ses huit collègues. Chacun d'entre eux a alors la possibilité de faire ses commentaires et de proposer des changements. Cette étape du processus est apparue au xx^e siècle et remplit partiellement la fonction assurée autrefois par les conférences judiciaires, à savoir la recherche du consensus. Elle est marquée par des négociations, la recherche du compromis et la formation de coalitions. Un juge peut faire dépendre son soutien au jugement de l'acceptation par l'auteur de ses propositions de changement. Afin de soutenir sa position, un juge peut rédiger et faire circuler une opinion dissidente ou concourante. Menacer de prendre une position dissidente ou de présenter une argumentation différente est plus efficace quand la Cour est divisée en deux. L'auteur est, évidemment, libre d'accepter ou de rejeter certaines ou toutes les suggestions de changement. L'auteur doit décider si obtenir le soutien d'un autre juge est une raison suffisante pour modifier ou affaiblir son raisonnement. L'unanimité — ou au moins une forte majorité — est très appréciée, mais la clarté et la précision du raisonnement le sont tout autant. L'auteur doit choisir². Ce processus de négociation est souvent long, et on a vu des juges faire circuler jusqu'à dix projets révisés avant d'obtenir le soutien de leurs collègues. S'il existe de nombreuses anecdotes pittoresques montrant comment des juges ont réussi à persuader leurs collègues de rallier une position et à obtenir ainsi un jugement unanime de la Cour³, la réalité statistique est que l'unité fondée sur un compromis a fortement décliné au cours des dernières décennies.

1. Voir Thomas E. Cronin, *The State of the Presidency*, Boston, Little, Brown & Co., 1975, p. 25-49.

2. *US v. Nixon*, 418 DS 683 (1974) est souvent cité comme un exemple d'une affaire où l'unité fut réalisée au prix de la clarté et de la cohérence de l'argumentation.

3. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 222-225.

LES OPTIONS ET LES TACTIQUES POSSIBLES
DANS LA RÉDACTION DES ARRÊTS

Vers la fin de l'étape de circulation du projet, chaque juge doit prendre une décision. Ils ont fondamentalement trois options possibles : accepter l'opinion majoritaire parmi leurs collègues ; écrire (ou soutenir) une opinion concourante ; ou en écrire (ou en soutenir), une dissidente¹. A ce point du processus, les opinions majoritaire et concourante (ou dissidente) ont déjà été présentées, discutées et amendées. Le président consulte alors ses collègues et après s'être assuré qu'aucun ne désire une extension du temps de débat, il ordonne que l'affaire soit classée comme une des décisions qui sera annoncée par la Cour la semaine suivante. On préfère bien sûr une décision unanime de la Cour. Elle illustre en effet les valeurs symboliques associées à « l'autorité de la loi » : la certitude, la stabilité et l'impartialité. En parlant d'une seule voix, la Cour renforce également la clarté et l'autorité de sa décision. Une telle clarté et une telle autorité sont particulièrement appréciées dans les décisions dont les juges savent à l'avance qu'elles seront contestées. Le président Earl Warren œuvra très longtemps pour arriver à une position unanime lors de l'affaire de la déségrégation scolaire en 1954. Conscient que l'ordre de déségrégation des écoles provoquerait hostilité et résistance dans le Sud, Warren estima qu'il était impératif d'arriver à un jugement unanime pour démontrer que toute la Cour était derrière cette décision. De même, le président Burger mena des négociations très poussées avec ses huit collègues pour arriver à une décision unanime dans le cas des enregistrements du Watergate qui entraîna la démission du Président Nixon².

L'utilité politique d'une décision unanime s'est de toute évidence imposée à d'autres cours constitutionnelles. En cachant au public les divisions qui existent au sein d'une Cour, le recours à un jugement unique et anonyme dissimule le caractère politique des décisions judiciaires prises par les cours constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel en France, la Cour suprême en Italie, la

1. Une quatrième possibilité apparaît lorsque la Cour est divisée par moitié (4/4 ou 3/3). Dans ce cas, aucun jugement n'est écrit, et on ne rend pas non plus publique la façon dont chaque juge a voté. Cela est très peu fréquent car, en règle générale, les neuf juges participent aux débats. Mais lorsque cela se produit, la décision de la Cour inférieure est confirmée sans commentaire.

2. *US v. Nixon*, 418 us 683 (1974). Voir O'Brien, *op. cit.*, p. 259-266.

nouvelle Cour d'arbitrage en Belgique, la Cour européenne de Justice ont toutes adopté la pratique du jugement institutionnel unique. La Cour constitutionnelle allemande permet les désaccords depuis 1971, mais ils restent très rares¹. Au Canada, la Cour suprême a présenté un seul jugement (parfois anonyme) dans plusieurs affaires très contestées concernant le fédéralisme et des questions de langues². De façon assez ironique, alors que la Cour suprême américaine a fourni le modèle original de l'opinion institutionnelle fondée sur la négociation, au cours des récentes décennies, elle a été de plus en plus incapable d'atteindre un tel consensus. C'est précisément parce que les affaires les plus importantes sont souvent les plus contestées que l'unanimité est difficile à réaliser. Etant donné la tendance croissante à présenter des opinions concourantes ou dissidentes, les juges sont en général satisfaits s'ils peuvent rassembler une majorité suffisamment solide (par exemple 7/2 ou 6/3) autour de l'opinion de la Cour.

Une opinion concourante arrive aux mêmes conclusions que la position majoritaire, mais en se fondant sur un raisonnement différent. Lorsqu'un juge estime que la majorité est arrivée au bon résultat mais pour de mauvaises raisons, il peut rédiger un arrêt différent qui présente l'argumentation légale qui, selon lui, étaye le mieux la conclusion de la majorité. Si les opinions concourantes sont présentées comme un aspect de l'indépendance judiciaire et comme un moyen de mettre en lumière des questions légales ignorées par la majorité, elles ont la conséquence malheureuse d'affaiblir la clarté et donc l'autorité d'une décision. Cela est particulièrement vrai lorsque le nombre de juges rédigeant (ou soutenant) des opinions concourantes empêche la Cour d'arriver à un accord majoritaire à propos du raisonnement légal étayant sa décision. Dans ce cas, l'opinion soutenue par le plus grand nombre de juges (sans atteindre une majorité) devient « l'opinion majoritaire ». Une opinion majoritaire explique la conclusion de l'affaire discutée, mais n'a pas l'autorité suffisante pour établir un précédent pour des affaires futures. Inutile de dire que cela complique la

1. Plus de 90 % des décisions de la Cour constitutionnelle allemande sont encore unanimes. Tout comme c'était le cas pour la Cour américaine au XIX^e siècle, de très fortes pressions institutionnelles s'exercent sur les juges allemands pour les empêcher de publier leurs jugements dissidents. Voir Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham et Londres, Duke University Press, 1989, p. 31.

2. Voir Peter Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987, p. 351.

tâche des juges des cours inférieures qui se tournent vers la Cour suprême pour y trouver conseil, ainsi que celle des responsables politiques qui doivent appliquer la décision de la Cour.

La troisième option est de rédiger (ou de soutenir) une opinion dissidente. Une telle opinion est en désaccord avec l'argumentation et avec la conclusion de la majorité. Un juge présente une opinion dissidente pour déclarer qu'il aurait tranché l'affaire différemment et pour expliquer pourquoi. Selon la pratique du droit coutumier hérité de Grande-Bretagne, la Cour suprême américaine a toujours vu dans le droit de rédiger une opinion dissidente un élément essentiel de l'indépendance judiciaire, c'est-à-dire de l'indépendance d'un juge par rapport aux autres. Cependant, au cours de ses toutes premières années d'existence la Cour a développé une norme institutionnelle qui favorisait fortement les opinions unanimes. Les opinions dissidentes étaient vues comme une forme de « désobéissance institutionnelle » et étaient déconseillées.

Cela ne revient pas à dire qu'elles n'ont pas existé ou à nier leur influence. En effet, certains des juges les plus célèbres de la Cour suprême doivent en partie leur réputation à des jugements dissidents très influents. Par exemple, le désaccord d'Olivier Wendell Holmes dans l'affaire *Lochner v. New York* en 1905¹, devint le guide de la critique émise par la génération suivante à l'égard de la doctrine du *substantive due process* et de la liberté de contrat. En 1937, l'argumentation différente de Holmes devint celle de la majorité quand la Cour suprême renversa le précédent *Lochner* et renonça à toute interférence judiciaire dans la législation industrielle et du travail des États². De même, l'opinion dissidente du juge Harlan dans *Plessy v. Ferguson* (1896)³ — qui expliquait : « Notre constitution ne fait pas de distinction de couleur et ne reconnaît ni ne tolère non plus de classes parmi nos citoyens » — fut adoptée par la Cour unanime dans l'affaire *Brown v. Board of Education* (1954).

La décision de rédiger une opinion dissidente (ou concourante) est différente de la décision de la publier. La première est depuis longtemps une caractéristique de l'étape de discussion des pro-

1. *Lochner v. New York*, 198 US 379 (1937).

2. *West Coast Hotel v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

3. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) est la décision infamante de la Cour suprême qui soutenait la ségrégation des races imposée par les États à partir de l'argument selon lequel un traitement « séparé mais égal » ne violait pas le droit des citoyens à une protection égale de la loi.

jets. Au départ, il s'agit d'une prise de position, d'une position de négociation, visant à amener d'autres juges à changer leur position ou au moins à accepter certains arguments du dissident potentiel. La décision de publier effectivement l'opinion dissidente part d'un calcul tout à fait différent. Elle n'a guère de chance d'influencer les membres de la majorité, au moins à court terme. En effet, un juge qui est souvent en désaccord risque de s'aliéner les autres membres de la Cour qui peuvent en venir à considérer un dissident chronique comme un collègue sur lequel on ne peut pas compter. Cela est d'autant plus vrai si un dissident s'en prend à l'intelligence ou à l'intégrité des membres de la majorité. La décision de publier une opinion dissidente repose en général sur l'espoir que de futurs juges ou de futures cours seront convaincus par la position du dissident. Les exemples des « grands dissidents » — Harlan, Holmes, Brandeis et d'autres — ont donné non seulement une légitimité mais aussi un certain caractère romantique aux opinions dissidentes. Dans ce sens, un désaccord peut être compris comme un appel aux générations futures.

LES TENDANCES HISTORIQUES

La pratique consistant à rédiger un seul jugement de la Cour fut initiée par le très célèbre président John Marshall (1803-1836). Jusqu'à la nomination de Marshall, la nouvelle Cour suprême appliquait la pratique britannique (*seriatim*) selon laquelle chaque juge rédige normalement une argumentation séparée. Marshall fut le premier à comprendre que le prestige et l'autorité de la Cour seraient renforcés si elle parlait d'une seule voix. Malgré les fortes protestations du président Thomas Jefferson, qui était un critique virulent à la fois de Marshall et de la nouvelle doctrine de contrôle juridictionnel, Marshall persuada ses collègues d'adopter, quand cela était possible, une seule opinion. Sous la direction de Marshall¹, elle devint la norme et le resta durant les cent trente années suivantes.

1. Au cours de ses quatre premières années à la tête de la Cour suprême, Marshall rédigea toutes les argumentations à l'exception de deux. Durant ses trente-quatre ans de présidence, Marshall rédigea 36 des 62 argumentations traitant de questions constitutionnelles.

Avant les années trente, 80 à 85 % des décisions de la Cour suprême furent unanimes. Depuis cette période, le taux d'unanimité est tombé à 25 ou 30 %¹. Au cours des dernières années de la présidence du juge Hughes (1937-1940), la Cour présenta 179 opinions par an : 144 opinions institutionnelles et 35 opinions séparées, concourantes ou dissidentes. Entre 1968 et 1980, la Cour publia une moyenne de 331 arrêts par an : 138 institutionnels, 43 séparés, 45 concourants et 105 dissidents. Ainsi, après quarante ans, on avait sept fois plus d'opinions séparées, quatre fois plus d'opinions dissidentes et dix fois plus d'opinions concourantes². La gravité des dissensions au sein de la Cour contemporaine est également reflétée dans la croissance rapide des opinions ne recueillant qu'une majorité relative, c'est-à-dire des affaires dans lesquelles la Cour n'arrive pas à faire apparaître une majorité pour une position. Il y eut plus de décisions à majorité relative (116) sous la présidence du juge Burger (1969-1986) que durant toute l'histoire précédente de la Cour (61)³.

Différentes causes expliquent cette tendance. L'une est institutionnelle. L'accroissement de la charge de travail et le recours à l'aide des clercs ont contribué à isoler de plus en plus les juges. Ceci a, à son tour, affaibli le caractère collégial, délibératif de la Cour qui, dans le passé, permettait de faire disparaître les désaccords afin d'arriver à une opinion institutionnelle unanime. Une seconde cause est liée à la procédure. Depuis 1925, la Cour a été presque totalement libre de choisir les affaires à traiter⁴. Avant 1925, 80 % des cas examinés par la Cour consistaient en affaires qu'elle était légalement obligée de traiter et qui avaient peu de signification hormis pour les parties concernées⁵. Aujourd'hui le pourcentage est inférieur à 5 %. Les juges utilisent en général leur liberté de choix pour traiter des affaires qui concernent des questions légales ayant une importance politique. Dans la mesure où ces affaires sont politiques, il est plus probable qu'elles suscitent des désaccords et moins probable qu'elles permettent d'arriver à un compromis.

1. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 211.

2. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 309-312.

3. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 313.

4. The Judiciary Act of 1925, 43 US Statutes 936 mit fin à la pratique des saisines de droit pour la plupart des affaires, sauf celles qui concernent une « question fédérale importante » qui est « présentée correctement ». Voir Abrahams, *op. cit.*, p. 181.

5. Cf. Abrahams, *op. cit.*, p. 185.

Moins tangible, mais non moins important, est le triomphe de l'école constitutionnelle « non interprétative », ou ce que Wolfe décrit comme le « processus moderne de révision judiciaire », le passage de « l'interprétation de la Constitution à une législation faite par les juges »¹. L'influence du réalisme légal a affaibli l'ancien modèle de contrôle juridictionnel qui était en fait une recherche du « sens véritable de la Constitution » et l'a remplacé par une adaptation par les juges des « principes constitutionnels » aux besoins sociaux et aux valeurs changeantes de l'époque contemporaine. Alors que l'ancien modèle ne permettait qu'un seul « sens véritable » le modèle actuel permet autant de sens qu'il y a de juges².

Ces changements ont sapé les anciennes normes qui facilitaient la production d'un seul jugement de la Cour. Le taux plus faible de désaccord au XIX^e siècle ne reflète pas un plus grand consensus, mais des normes institutionnelles différentes. Les juges du siècle passé estimaient que leur devoir premier était de produire autant que possible une opinion unanime de la Cour et ils étaient donc prêts à transiger sur leurs propres opinions et à accepter celles de leurs collègues.

Le recours extensif aux opinions dissidentes ou concourantes est une des caractéristiques qui distingue la Cour suprême américaine. Il la distingue des cours constitutionnelles similaires qui existent dans les États européens appliquant le droit pour lesquelles un seul jugement institutionnel est la norme *de jure* ou *de facto*. Si l'on trouve également cette pratique dans les cours des pays qui appliquent le droit coutumier, elle est en général justifiée au nom de l'indépendance judiciaire. A l'opposé, le recours aux jugements concourants ou dissidents par la Cour suprême américaine a un caractère nettement politique. Comme les tendances statistiques le montrent, les normes de la Cour moderne, de la période suivant le New Deal, favorisent clairement les opinions individuelles par rapport aux opinions institutionnelles. La liberté et la volonté des juges d'écrire des opinions concourantes ou dissidentes ont un sens politique. Comme O'Brien l'a noté, « la Cour fonctionne plus désormais comme un organe législatif qui se base

1. Ce concept est très bien exposé par Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review : From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, New York, Basic Books, 1986.

2. L'influence du « contrôle juridictionnel moderne » sur le constitutionnalisme et le contrôle juridictionnel canadiens est discutée dans Rainer Knopff et F. L. Morton, *Charter Politics*, à paraître, Toronto, Nelson Canada, 1991.

simplement sur un décompte des votes pour prendre une décision que comme un organe collégial cherchant à produire des décisions et des argumentations collectives »¹.

LE CONTENU DES JUGEMENTS :

« *RATIO DECIDENDI* » ET « *OBITER DICTA* »

Un dernier trait distinctif des opinions de la Cour suprême est leur longueur et leur contenu. La longueur moyenne des opinions a augmenté régulièrement de 8 pages dans les années trente, à 11 durant les années quatre-vingt². Dans la mesure où chaque affaire donne lieu à la rédaction de plusieurs opinions (l'opinion de la Cour et peut-être une opinion concourante et une opinion dissidente), une seule affaire peut facilement occuper 20 ou 30 pages dans les registres légaux.

La longueur des opinions de la Cour s'explique facilement par la pratique très ancienne qui veut qu'elles ne soient pas limitées à l'exposition des faits et du *ratio decidendi* (la décision légale stricte) mais présentent de grandes envolées d'*obiter dicta* (des déclarations exprimant les opinions des juges à propos de questions annexes), souvent politiques, qui « étoffent » la décision légale plus étroite. Parce que les *obiter dicta* sont différents du *ratio*, techniquement ils ne constituent pas un précédent qui engage la Cour. Toutefois, il est souvent difficile de déterminer où le *ratio* s'arrête et où l'*obiter* commence.

Les digressions lucides et impressionnantes du président Marshall à propos de la nature du fédéralisme et de la séparation des pouvoirs ont permis d'établir la pratique qui donne une grande latitude aux juges dans l'utilisation d'analyses politiques annexes dans leurs jugements. La portée très large des arrêts de la Cour leur donne souvent le caractère d'essais ou de traités. Comparés aux décisions beaucoup plus courtes, formelles et parfois laconiques du Conseil constitutionnel, les jugements de la Cour américaine sont beaucoup plus intéressants à lire. En fait, les meilleurs arrêts constituent une sous-catégorie de la littérature politique américaine. Ils sont lus par les étudiants, discutés dans les journaux et cités par les politiciens. Cette célébrité a son prix. Le caractère politique des opinions de la Cour tend à dissoudre le

1. Cf. O'Brien, *op. cit.*, p. 323.

2. Id., p. 323.

vernis protecteur du légalisme et les soumet à un examen permanent et à des critiques fréquentes. Tout comme les politiciens américains utilisent leurs discours publics, les juges de la Cour suprême utilisent leurs jugements pour essayer de façonner l'opinion publique à propos des questions critiques du moment. Tout comme leurs homologues politiques, parfois ils réussissent¹, et parfois ils échouent².

1. Le plus grand succès contemporain de la Cour est sa décision de déségréguer les écoles, *Brown v. Board of Education*. Un autre succès est aussi la décision concernant les enregistrements du Watergate en 1974.

2. L'échec le plus célèbre est la décision concernant l'affaire *Dredd Scott*, en 1856, qui déclara que les Noirs n'étaient pas et ne pouvaient pas devenir citoyens des Etats-Unis. Cette décision accéléra la formation du Parti républicain, l'élection d'Abraham Lincoln, qui fut le premier Président républicain en 1860, et l'explosion de la guerre civile en 1861. La série des affaires du « New Deal » entre 1935 et 1937 furent également renversées par des événements ultérieurs. Pour une discussion de ces affaires, voir John Keeler, Confrontation juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au gouvernement socialiste comparé à la Cour suprême face au New Deal, *Pouvoirs*, 35, 1985, p. 133-148. Pour une réponse à Keeler, voir Frédéric Morton, Point de vue d'outre-Atlantique sur le Conseil constitutionnel, *Pouvoirs*, 46, 1988, p. 127-145 et Keeler, En réponse aux analyses de F. L. Morton, *Pouvoirs*, 47, 1988, p. 145-149.

RÉSUMÉ. — *L'analyse du processus de rédaction des opinions de la Cour suprême met en lumière des évolutions contradictoires. Le choix par la Cour de traiter des affaires politiques très contestées permet plus difficilement d'arriver à une décision unanime. Mais la publication de jugements concourants ou dissidents à côté du jugement majoritaire tend à affaiblir le poids de ses décisions. Cette prédilection pour les affaires politiques a également modifié la fonction de juges qui ne cherchent plus tant à établir le « sens véritable » de la Constitution qu'à adapter une série de « principes constitutionnels » aux valeurs et aux besoins de la société actuelle.*

PATRICK JUILLARD

*Les orientations
de la jurisprudence constitutionnelle
de la Cour suprême :
établissement du marché unique
et renforcement des libertés publiques*

1 / La Cour suprême ne fait pas de politique : elle l'a toujours affirmé et réaffirmé. « Court's ought not to enter this political thicket », disait Justice Frankfurter, dans l'affaire *Coleman v. Miller*¹, à propos de la procédure de révision constitutionnelle.

2 / La sagesse populaire, il est vrai, ne l'entend pas ainsi. « The Supreme Court follows th' ilictions returns », proclame M. Dolittle. Et pourquoi ne pas l'avouer ? Il y a des coïncidences qui ne peuvent manquer de troubler. Le revirement jurisprudentiel de 1937 suit de fort près, dans le temps, l'élection présidentielle, qui donne

1. 1939, 303 US 433. En 1937, soit douze ans après que l'Etat du Kansas eut voté contre la ratification de la proposition d'amendement sur le « Child Labor », cet Etat se ravisa et, par une voix de majorité, l'Assemblée locale se prononça en faveur de la ratification. Les membres de la minorité de cette Assemblée locale demandèrent alors aux tribunaux de l'Etat du Kansas, puis à la Cour suprême, par la voie du *mandamus*, d'ordonner au gouverneur du Kansas de faire mention, sur le texte original de la proposition, de ce que celle-ci n'était pas susceptible de réexamen, compte tenu des douze années qui s'étaient écoulées depuis le premier vote. La Cour suprême se déclara compétente — ce qui montre bien, par parenthèse, que le contrôle de la constitutionnalité ne s'exerce pas seulement par voie d'exception.

à Franklin Roosevelt une victoire éclatante¹. Alors ? Qui faut-il croire, du juge ou de l'électeur ?

3 / On serait tenté de répondre : les deux. Car, d'un côté, on ne saurait nier la réserve dont fait preuve la Cour suprême vis-à-vis des pouvoirs « politiques » du Gouvernement fédéral : le *judicial restraint* est, indiscutablement, au cœur de la pratique constitutionnelle de la haute juridiction. Mais, de l'autre côté, on ne saurait pas davantage nier que, si la Cour suprême a pour mission de trancher des différends juridiques et non des différends politiques, une décision juridique peut n'en avoir pas moins des implications politiques — surtout lorsque le contrôle juridictionnel de constitutionnalité se charge, comme à plaisir, de brouiller les frontières entre ce qui est juridique et ce qui est politique.

4 / Certes, le contrôle juridictionnel n'est que ce qu'il est : le juge fédéral n'a pas pour fonction de s'ériger en censeur de la législation congressionnelle ou de la réglementation présidentielle. Mais il ne lui est pas interdit, dans le cadre de l'examen de tel ou tel différend, de décider que cette législation congressionnelle ou cette réglementation présidentielle ne peut servir de *ratio decidendi*, parce qu'elle est contraire à la Constitution. Une telle décision fait-elle de la Cour suprême l'arbitre des institutions fédérales ? Le juriste français ne peut que se référer aux articles 5 et 1351² du Code civil, et se demander comment une décision de justice peut se trouver investie d'un tel effet. C'est que, précisément, le juge américain ignore les contraintes que la loi française impose à son homologue continental. L'autorité du précédent s'affirme dans l'adage fameux : *stare decisis et quieta non movere*. C'est parce que les décisions de la Cour suprême, en matière constitutionnelle, sont investies de l'autorité du précédent, que son pouvoir se trouve haussé en dehors et au-dessus de lui-même : lorsque telle ou telle disposition a été écartée comme principe de solution d'un litige, cette disposition ne pourra plus être utilisée

1. En 1936, Franklin Roosevelt est réélu par 60,83 % des suffrages exprimés, contre 36,56 à Alfred Landon : ce qui donnera, au sein du Collège électoral, une majorité de 523 suffrages contre 8. Alfred Landon ne l'emportait sur Franklin Roosevelt que dans 2 des 48 Etats : le Maine et le Vermont.

2. Art. 5. — « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les clauses qui leur sont soumises ». Art. 1351. — « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

comme principe de solution d'aucun autre litige. Elle perd, dès lors, toute effectivité, et c'est parce qu'elle se trouve ainsi privée de son effectivité que tout se passe comme si la Cour suprême l'avait déclarée inconstitutionnelle *erga omnes* — et non pas seulement *inter partes*.

5 / La combinaison de ces deux éléments — faculté de ne pas faire application du texte inconstitutionnel, et capacité de prononcer des décisions dont l'effet, au-delà des parties, affecte l'ensemble de l'ordre juridique — projette la Cour suprême dans l'arène politique. Faut-il en déduire qu'il y a eu et qu'il y a une politique de la Cour suprême ? Pour pouvoir l'affirmer, il faut démontrer qu'au-delà des variations dans la composition de l'institution, au-delà, aussi, des hésitations dans l'élaboration et la formulation des solutions jurisprudentielles, se dégagent des orientations qui caractérisent une action à long terme. Or il y a, dans l'action de la Cour suprême, malgré tous les virements et revirements, deux constantes préoccupations : l'établissement du marché unique, le renforcement des libertés publiques. Sans cette action de la Cour suprême, la physionomie économique et politique des Etats-Unis ne serait certainement pas ce qu'elle est.

I - LE MARCHÉ UNIQUE

6 / Le fédéralisme est une construction d'ordre économique autant que politique. Pas d'intégration politique sans union économique. L'achèvement de la construction fédérale suppose donc, à tout le moins, l'élimination des restrictions à la libre circulation des facteurs de production : seule cette élimination permet, en effet, la création du marché unique, sans laquelle il n'est pas d'union économique.

7 / Et pourtant, la Constitution des Etats-Unis ne semblait guère apte à fournir les moyens de cette union économique. Quelques mots, perdus entre les tribus indiennes et les nations étrangères : « Le Congrès aura compétence à l'effet de réguler le commerce entre l'ensemble des Etats membres. » Une rédaction lapidaire en vérité ; qui ne voit que cette rédaction lapidaire est de celles qui invitent à l'intervention judiciaire ?

8 / C'est, en effet, sur ces quelques mots, insérés dans le paragraphe 3 de la section 8 de l'article premier de la Constitution des

Etats-Unis, que se fonde, pour l'essentiel, l'œuvre jurisprudentielle d'union économique. Cette œuvre ne s'est pas faite en un jour, et d'un seul jet : près de deux siècles auront été nécessaires ; et, pendant cette période, les tâtonnements de la Cour suprême auront été nombreux — et leurs effets, parfois comiques, parfois tragiques. Mais enfin, elle s'est faite, et il faut se demander comment.

9 / A la vérité, la Cour suprême eut à trancher deux problèmes différents, l'un et l'autre soulevés par la clause de commerce, et, comme il se doit, étroitement imbriqués l'un dans l'autre. D'une part, il lui fallait fixer les critères de répartition des compétences, en matière économique, entre Gouvernement fédéral et gouvernements des Etats membres. D'autre part, il lui fallait, une fois fixés ces critères, déterminer ce que la Constitution permettait et ne permettait pas au Gouvernement fédéral d'entreprendre en matière économique. En bref, il lui fallait donc dire, d'un côté, ce que pouvaient faire, respectivement, Gouvernement fédéral et gouvernements des Etats membres ; et, de l'autre côté, quel pouvait être le contenu de l'intervention du Gouvernement fédéral.

10 / C'est, bien évidemment, le problème de la répartition des compétences entre Gouvernement fédéral et gouvernements des Etats membres qui souleva les plus grandes difficultés, pendant tout le cours du XIX^e siècle. Car le problème, en effet, n'était pas, à l'époque, celui du contenu de l'intervention du Gouvernement fédéral en matière économique — pour la bonne raison que cette intervention n'était pas de saison — ; le problème était de savoir qui, du Gouvernement fédéral ou des gouvernements des Etats membres, était le mieux placé pour assurer la libre circulation des facteurs de production, c'est-à-dire, en définitive, pour réaliser le marché unique. Après bien des hésitations, la Cour suprême en vint à la conclusion que, si libre circulation il devait y avoir, seul le Gouvernement fédéral était en mesure de l'assurer. Les solutions sont donc désormais fixées : mais les cheminements qu'a empruntés la Cour suprême pour y parvenir n'en demeurent pas moins intéressants pour l'observateur européen, qui ne manquera pas d'y trouver comme la préfiguration des difficultés que rencontre la Communauté européenne.

11 / Comme toujours, ce sont les opinions de John Marshall qui ont fixé les orientations fondamentales. Pour Marshall, fédéraliste parmi les fédéralistes, ces orientations ne souffraient aucune discussion : il fallait donner à la clause de commerce toute son extension,

et par là même, affirmer la primauté de la compétence congressionnelle. La jurisprudence de la Cour suprême, à l'époque, dégage progressivement trois propositions : en premier lieu, la clause de commerce confère au Congrès l'exclusivité des compétences en matière de commerce interétatique — *Gibbons v. Ogden*¹ ; en deuxième lieu, le Congrès fédéral, sur la base de la clause de commerce, peut réguler le commerce interétatique, mais aussi le commerce intraétatique, dès lors que celui-ci a un effet direct sur celui-là — *Brown c. Maryland*² ; et, en troisième lieu, la clause de commerce, par elle-même, prive de toute force les législations et réglementations des Etats membres qui lui sont contraires — *Brown c. Maryland*, précité.

12 / Toutefois, la Cour suprême avait, durant l'ère Marshall, laissé de côté une question qui devait prendre toute son importance sous la présidence de Roger Taney. Cette question était la suivante : les Etats membres ont-ils compétence à l'effet de réguler le commerce, en l'absence de toute intervention congressionnelle ? La Cour suprême, après de multiples hésitations, devait se rallier, dans l'affaire *Cooley v. Board of Port Wardens*³, à la formule dite de Curtis, du nom du magistrat qui en fut l'auteur. Cette formule tient également en trois propositions. Premièrement, les activités commerciales qui sont de portée nationale exigent assujettissement à des règles uniformes ; ces règles uniformes relèvent de la seule compétence fédérale ; les Etats membres ne peuvent donc pas intervenir, même en l'absence de toute législation ou de toute réglementation fédérale. Deuxièmement, les activités commerciales qui sont de portée locale n'exigent pas assujettissement à des règles uniformes ; les Etats membres peuvent donc intervenir, jusqu'à ce que le Congrès fédéral, par sa propre action, les élimine du domaine considéré. Troisièmement, en cas de conflit entre loi fédérale et loi locale, celle-là l'emporte nécessairement sur celle-ci, par application du principe de primauté du droit fédéral sur le droit local.

13 / La formule de Curtis revenait donc sur les acquis fédéraux de l'ère Marshall. En effet, elle ne considérait nullement que l'attribution de compétence résultant de la clause de commerce eût un caractère d'exclusivité. En établissant la distinction entre activités commerciales selon qu'elles exigeaient ou n'exigeaient pas assujet-

1. 1824, 9 Wheaton 1.

2. 1827, 12 Wheaton 419.

3. 1851, 12 Howard 299.

tissement à des règles uniformes, elle partageait la régulation du commerce interétatique entre Congrès et États membres. Et, dès lors que les activités commerciales n'exigeaient pas assujettissement à des règles uniformes, Congrès et États membres pouvaient intervenir concurremment. Mais l'intervention des États membres devait obéir à certaines prescriptions : elle ne pouvait se produire que si le Congrès n'avait pas exercé une préemption sur le domaine considéré — *doctrine of preemption of the field* ; elle ne pouvait discriminer au préjudice du commerce interétatique et au bénéfice du commerce intraétatique ; et, enfin, elle ne pouvait imposer aucune entrave déraisonnable ou injustifiable au commerce interétatique.

14 / De toute évidence, la distinction entre activités commerciales, selon qu'elles exigent ou n'exigent pas assujettissement à des règles uniformes, n'est pas de celles qui brillent par leur clarté. Les incertitudes qu'elle laisse subsister ne peuvent guère favoriser l'instauration d'un marché unique sur lequel circuleraient librement les facteurs de production. L'arrêt de la Cour suprême dans la célèbre affaire de la tarification des expéditions de marchandises par voie ferrée¹ en constitue une bonne illustration. En cette affaire, se trouvait attaquée une loi de l'État d'Illinois, en vertu de laquelle les différences de tarification que pratiquaient les compagnies ferroviaires en raison de la longueur du trajet parcouru devaient faire l'objet de corrections destinées à garantir un égal traitement en matière de tarification. La Cour suprême déclara la loi inconstitutionnelle, au motif que, si plusieurs États adoptaient des mesures analogues, on aboutirait alors à une véritable anarchie en cette matière : ce faisant, elle impliquait la nécessité de règles uniformes. L'affaire est révélatrice des méthodes de la Cour suprême : la haute juridiction, au moyen d'une sorte de démonstration par l'absurde, souligne l'urgence d'une intervention du Congrès fédéral. Cette intervention, ainsi suggérée, discrètement, mais efficacement, ne tardera pas à se réaliser : dès 1887 était votée l'Interstate Commerce Act.

15 / Est-ce à dire que la Cour suprême ait donné à la formule de Curtis une valeur absolue, en éliminant les États membres, dès lors que le domaine de législation ou de réglementation considéré, à raison de sa portée, exigeait assujettissement à des règles uniformes ? L'examen de la jurisprudence de la Cour suprême ne révèle pas une position aussi tranchée. Ce que l'on appelle le « pou-

1. 1886, *Wabash, Saint Louis and Peoria Railway Company c. Illinois*, 118 US 557.

voir de police » des Etats membres¹ leur permet de légiférer ou de réglementer en des domaines qui ont une incidence sur des activités commerciales de portée nationale, dès lors que leur intervention ne se heurterait pas aux prescriptions de la loi nationale. Faut-il, à cet égard, rappeler qu'en 1943, c'est-à-dire en un temps où la « révolution constitutionnelle » du New Deal étant achevée et parachevée, la Cour suprême, dans l'affaire *Parker v. Brown*², n'hésitait pas à donner à ces « pouvoirs de police » une extension dont le moins que l'on puisse dire est qu'elle faisait la part belle aux intérêts locaux ? En cette affaire, l'Etat de Californie avait créé un Comité d'organisation interprofessionnelle en vue de la commercialisation des produits viticoles — Comité qui, naturellement, avait été doté de pouvoirs de contrainte vis-à-vis de l'ensemble des professionnels. Cette législation encourait la censure judiciaire à deux griefs : d'une part, elle imposait une restriction anticonstitutionnelle au commerce interétatique ; d'autre part, elle violait le droit fédéral en matière de pratiques anticoncurrentielles. Or, la Cour suprême, dans une décision rendue à l'unanimité de ses membres, rejettera ces griefs, affirmant, notamment, que la clause de commerce ne conférait pas au Congrès fédéral le pouvoir d'intervenir sur des matières d'« intérêt local » ; et qu'en l'espèce, les mesures prises par l'Etat de Californie en vue d'aider à la commercialisation de ses produits viticoles se rattachaient à l'exercice de ses pouvoirs de police.

16 / Certes, on ne saurait prétendre qu'une telle conception des « pouvoirs de police » prévale encore à l'heure actuelle dans les rapports entre Gouvernement fédéral et gouvernements des Etats membres. Il n'empêche que la Cour suprême s'est toujours efforcée, et s'efforce encore, de conserver un contenu minimal à la souveraineté des Etats membres. On cite fréquemment, à l'appui de cette « lecture » de la jurisprudence constitutionnelle, l'arrêt *National League of Cities c. Usery*³, dans lequel s'est trouvée mise en cause la conformité au X^e Amendement d'une révision du Fair Labor

1. Dans l'affaire *Gibbons c. Ogden*, précitée, la Cour suprême a souligné l'existence d'une « masse énorme » de compétences permettant aux Etats membres de protéger les intérêts locaux. L'expression de *police power* date de l'arrêt *Brown c. Maryland*, précité. Ce pouvoir de police permet, sans nul doute, de veiller à la santé et à la sécurité publiques. Mais il a été aussi utilisé pour des fins d'ordre public et de moralité publique : cette utilisation devient beaucoup plus aléatoire, dans la mesure où elle peut empiéter sur des libertés constitutionnelles, telles que la liberté d'expression, qui font l'objet d'une protection sourcilieuse de la Cour suprême.

2. 1943, 317 us 341.

3. 1976, 426 us 833.

Standards Act, votée par le Congrès fédéral en 1974. Dans cet arrêt, en effet, la Cour a retrouvé des accents presque véhéments pour défendre le pré carré de cette souveraineté des Etats membres. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si le Fair Labor Standards Act, tel que révisé, pouvait s'appliquer aux agents publics que rémunéraient les Etats membres. Le Juge Rehnquist a considéré qu'il existait « des limites au pouvoir qu'a le Congrès de passer outre la souveraineté des Etats membres »¹. Certes, la solution d'espèce que la Cour suprême a adoptée dans l'affaire *Usery* a été largement vidée de son contenu par la solution d'espèce qu'elle adoptera dans l'affaire *Garcia*². Mais le fait que les solutions d'espèce puissent évoluer ne signifie pas nécessairement que les principes qui les fondent tombent, par là même, dans une sorte de désuétude constitutionnelle. La philosophie de la Cour suprême se trouve vraisemblablement dans le dictum du juge Harry Blackmun : il convient d'équilibrer les exigences du Gouvernement fédéral et la permanence de la souveraineté des Etats membres, et, notamment, de ne pas proscrire (*outlaw*) la compétence fédérale lorsqu'il apparaît que l'intérêt national l'emporte sur les intérêts locaux, et lorsque, par suite, le respect par les Etats membres de la législation ou de la réglementation fédérale devient « essentiel ».

17 / Le problème, posé dans ces termes, ne peut pas ne pas évoquer, pour les Européens, l'alternative priorité-subsidarité devant laquelle se trouvent actuellement placés la Communauté et ses Etats membres. On sait ce que signifie cette alternative : dans les domaines où la compétence appartient concurremment à l'une et aux autres, à qui revient la précellence ? A la Communauté, dont le pouvoir d'intervention prioritaire relèguerait les Etats membres à un rôle subsidiaire ? Ou bien aux Etats membres qui, jouissant de la priorité, ne laisseraient la Communauté intervenir qu'en respectant une subsidiarité qui ne lui permettrait d'agir que lorsque l'efficacité l'exigerait ? On sait que, dans l'esprit de la Commission, le principe de subsidiarité signifie également que, lorsque la Communauté a décidé d'exercer son pouvoir d'intervention à titre prioritaire, les Etats membres ne se trouvent pas pour autant éliminés du domaine considéré, puisqu'il leur appartient, à titre subsidiaire, de prendre les mesures d'exécution de la loi communautaire. C'est avec intérêt que l'on constatera que les Etats-Unis ont,

1. Cité in Marie-France Toinet, La Cour suprême, les grands arrêts, Presses Universitaires de Nancy, 1989, p. 180.

2. *Garcia c. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 1985, 469 US 528.

pour ce qui les concerne, résolu ces problèmes. Dans les domaines où la compétence appartient concurremment au Congrès fédéral et aux Etats membres, la précellence revient au Congrès, et non aux Etats membres — celui-là se trouvant donc investi de la priorité, et ceux-ci étant cantonnés en position de subsidiarité. Et, lorsque le Congrès est intervenu, de deux choses l'une. Ou bien il a marqué, de façon explicite ou de façon implicite, mais, en toute hypothèse, en toute clarté et netteté, qu'il entendait annexer totalement le champ d'intervention considéré : et alors, du fait de cette préemption, les Etats membres s'en trouvent purement et simplement éliminés. Ou bien les modalités de son intervention ne traduisent pas cette volonté d'annexion : et alors les Etats membres retrouvent une certaine liberté d'action, dans les limites de leur pouvoir de police, et à condition que leur législation ou leur réglementation ne soit ni frustratoire — en ce qu'elle frustrerait de ses buts l'intervention du Congrès fédéral —, ni discriminatoire — en ce qu'elle favoriserait les intérêts locaux et défavoriserait l'intérêt national.

18 / La comparaison entre les évolutions institutionnelles — achevée aux Etats-Unis, à peine esquissée en Europe — est donc éclairante à plusieurs égards. Mais les voies de l'unification ne sont pas les mêmes. Aux Etats-Unis, priorité est assurée au Gouvernement fédéral ; en Europe, les institutions communautaires oscillent entre priorité et subsidiarité. La divergence s'explique aisément. Certes, aux origines, la Constitution de 1787 se proposait d'unir un nombre d'Etats membres qui ne diffère guère du nombre des Etats membres que comprend l'actuelle Communauté. Mais les treize Etats membres des Etats-Unis, en 1787, ne sont pas les douze Etats membres de la Communauté, en 1991. D'un côté, des constructions étatiques qui sont moins d'ordre historique que d'ordre géographique¹, et paraissent relever parfois de l'arbitraire plus que du nécessaire : les problèmes d'unification² ne se poseront guère, dans ces Etats membres où la tradition juridique procède d'une unique source d'inspiration. De l'autre côté, des divisions historiques qui reflètent autant de traditions juridiques, diversifiées autant que

1. La manière dont les ordonnances du Nord-Ouest, et particulièrement les deux ordonnances de 1784 — jamais entrée en vigueur —, et de 1787 — entrée en vigueur — prévoyaient l'institution d'Etats membres sur les territoires fédéraux illustre bien cette constatation.

2. Les problèmes des Etats-Unis seront beaucoup ceux du « sectionnalisme », région par région, du séparatisme, Etat par Etat. Le sectionnalisme Nord-Sud, par exemple, prolongera ses manifestations bien après la victoire du Nord sur le Sud, à l'issue de la guerre de Sécession.

consolidées, et qui font que toute entreprise d'unification ne peut être menée que dans le respect des souverainetés, parce que ces souverainetés ne relèvent nullement de l'abstraction politique. A cet égard, on peut soutenir que, sur le terrain de l'unification économique et juridique, les difficultés, aux Etats-Unis, sont nées moins des problèmes de répartition des compétences entre Etats membres et instances nationales, d'une part, que des problèmes de constitutionnalité de l'intervention congressionnelle dans le domaine économique, et, donc juridique, d'autre part ; alors que les difficultés, en Europe, naissent à la fois des complexités de la répartition des compétences entre Etats membres et Communauté, d'un côté, et de la diversité des interventions de la Communauté, de l'autre côté. La Communauté, il faut le reconnaître, se trouve devant une véritable contradiction : réaliser une intégration économique, mais limiter les interventions économiques qu'exige cette réalisation, voilà, en effet, des exigences qui ne se concilient pas aisément.

19 / Les systèmes de compétences qu'ébauchent les textes de 1787 et de 1957 ont un point commun : ils s'exercent, l'un et l'autre, concurremment, en ce sens que l'attribution de compétences à des institutions extérieures et supérieures aux Etats membres n'entraîne pas automatiquement élimination de ces Etats membres hors du domaine de compétences qui a fait l'objet de cette attribution. En d'autres termes, l'attribution dont s'agit ne présente pas nécessairement un caractère d'exclusivité. Par suite, les Etats membres — et c'est le cas dans la Communauté — ont vocation à légiférer ou à réglementer en ces domaines, que ce soit à titre prioritaire ou à titre subsidiaire, tant que l'institution qui leur est extérieure et supérieure ne le leur interdit pas, par sa propre intervention. On retrouve ici l'idée de préemption : mais la préemption ne joue pas de la même manière dans le système américain et dans le système européen. Aux Etats-Unis, la préemption fédérale n'écarte l'action des Etats membres que si l'intervention congressionnelle traduit cette volonté. Aux Etats-Unis comme en Europe, la préemption écarte l'action des Etats membres. Dans les deux systèmes, toutefois, les Etats membres pourront continuer de légiférer et de réglementer, dès lors que les organes de superposition se seront abstenus de faire exercice de leurs compétences qu'ils détiennent concurremment avec les Etats membres — étant entendu que les Etats membres devront alors ne pas frustrer les buts communs par leur propre action. La Cour de Luxembourg a fortement insisté, à cet

égard, sur l'idée que les Etats membres doivent exercer leurs compétences en sorte de contribuer à la réalisation des buts qui sont assignés à la Communauté. Lorsque est exercée la préemption, les Etats membres, aux Etats-Unis comme dans les Communautés européennes, conservent la possibilité de déterminer, à titre subsidiaire, les modalités d'exécution de la loi fédérale ou communautaire.

20 / L'intervention du Gouvernement fédéral est prioritaire, alors que celle des institutions communautaires pourrait n'être que subsidiaire : une telle différence marque l'écart entre deux systèmes, et la mesure de l'efficacité du Gouvernement fédéral par rapport aux institutions communautaires. Certes, l'existence du pouvoir de police que reconnaît le droit constitutionnel des Etats-Unis aux Etats membres introduit un élément de compensation : quelle qu'en soit l'importance, il est clair que cet élément de compensation ne saurait aucunement amoindrir la force de pénétration du droit fédéral sur le plan local. Cette force de pénétration, le droit fédéral la doit essentiellement à la jurisprudence de la Cour suprême. A ce titre, la Cour suprême a bien été le grand artisan du marché unique aux Etats-Unis.

II - LES LIBERTÉS PUBLIQUES

21 / Pour les citoyens américains, le droit constitutionnel, c'est avant tout ce que les citoyens français connaissent sous l'appellation de libertés publiques. On ne saurait s'en étonner : aux Etats-Unis, les libertés publiques sont définies par voie constitutionnelle¹ ; et, parce qu'elles sont définies par voie constitutionnelle, leur interprétation et leur application entrent dans le champ des compétences juridictionnelles².

1. Le « Bill of Rights », c'est-à-dire la Déclaration des droits, est constitué par les Amendements I à X, adoptés le 25 septembre 1789, ratifiés le 15 décembre 1791. Ces dix amendements sont partie intégrante du « Grand Compromis » : alors que le texte constitutionnel, œuvre des Fédéralistes, affirme la prééminence de l'Etat central, la Déclaration des droits, œuvre des Républicains, réaffirme la permanence des Etats membres et du peuple, et entend les protéger contre les empiétements du Gouvernement national.

2. L'article III, § 2, de la Constitution prévoit que le pouvoir judiciaire fédéral s'étend sur tous litiges et différends nés de l'interprétation ou de l'application de la Constitution, des lois fédérales, et des traités conclus sous l'autorité des Etats-Unis.

22 / La Cour suprême se trouve, par là même, placée en situation d'opiner sur ce que le jargon actuel désigne comme « problèmes de société ». Un problème de société, pour autant que l'expression revête quelque signification, naît d'un dysfonctionnement du corps social. Ce dysfonctionnement appelle une thérapeutique : cette thérapeutique résulte de la loi, fédérale ou locale. L'intervention du législateur peut avoir des incidences sur les libertés individuelles : elle appelle donc l'intervention des instances juridictionnelles.

23 / La poussée qu'exercent les comportements individuels, la contre-poussée qu'exercent les textes préventifs et répressifs ouvrent donc un champ d'action privilégié aux tribunaux fédéraux, et, plus particulièrement, à la Cour suprême. Le contrôle de constitutionnalité trouve ici toute sa justification : sa mission fondamentale n'est pas d'empêcher les empiétements des autorités nationales sur les autorités locales, ou des autorités locales sur les autorités nationales ; elle est d'empêcher les empiétements de toute autorité, nationale comme locale, sur les libertés individuelles.

24 / On le sait : le contrôle de constitutionnalité, aux Etats-Unis, souffre des aléas auxquels se trouve soumis le déclenchement de toute procédure juridictionnelle. Quels que soient ces aléas, ils n'ont cependant pas empêché que se dessinent les grandes orientations d'une évolution jurisprudentielle qui s'est progressivement consolidée. Développement du domaine des libertés protégées, établissement d'une hiérarchie des libertés protégées, affermissement du contrôle juridictionnel sur les mesures nationales ou locales qui porteraient atteinte à ces libertés protégées : telles sont ces grandes orientations.

25 / La Déclaration des droits se veut énonciative et non limitative. Le neuvième Amendement le rappelle clairement¹. La protection des juridictions américaines s'étend donc tant aux droits mentionnés qu'à certains droits non mentionnés. Or la Déclaration des droits, à l'heure actuelle, souffre de ses imperfections tout comme de l'évolution. De ses imperfections : certains droits fondamentaux de la personne humaine, tel le droit de libre circulation, sont purement et simplement omis de son énumération. Mais aussi de l'évolution : le Constituant de 1789 ne pouvait guère régler l'usage

1. « The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people. »

des écoutes électroniques. Le patrimoine juridique des individus ne se renferme donc pas sur les seules énonciations de la Déclaration de 1789.

26 / La sécurité juridique exige que la consistance de ce patrimoine juridique soit définie avec une suffisante précision. C'est à la Cour suprême qu'il appartient de procéder à cette définition, lorsque les circonstances l'imposeront. Force est de reconnaître qu'elle le fait avec une certaine prudence, qui n'exclut pas, toutefois, les nécessaires adaptations. Cette prudence se marque en ce que la Cour suprême hésite à proclamer, en tant que telles, des libertés nouvelles que n'énoncerait pas le texte constitutionnel. Elle préfère, à la proclamation de ces libertés nouvelles, l'invocation des libertés traditionnelles, dont elle élargit progressivement le champ d'opération, afin de faire face aux ajustements ou aux bouleversements qu'imposent les circonstances.

27 / Cette démarche trouve son illustration dans l'affaire *Griswold c. Connecticut*¹, en laquelle se trouvait mise en cause la constitutionnalité de la loi d'un Etat membre, assujettissant à des sanctions pénales les pratiques de contraception. Plus précisément, le médecin directeur du Centre de planning familial de New Haven se trouvait poursuivi, en vertu de cette loi, pour avoir donné conseil en matière de contraception, à des couples légitimes — et seulement légitimes. Le juge Douglas, parlant au nom de la Cour déclara inconstitutionnelle la loi attaquée, et affirma que « les libertés protégées par la Déclaration projettent autour d'elles une zone d'ombre », qui en constitue comme une émanation, et qui permet de « donner vie et corps » à ces libertés protégées. Ainsi, la Déclaration des droits ne reconnaît pas le « droit à l'intimité » (*right to privacy*). Mais certaines libertés protégées comme des « zones d'intimité » : ainsi des libertés du premier Amendement, du troisième Amendement, du quatrième Amendement, ou encore du cinquième Amendement. La disposition du neuvième Amendement, dès lors, permet de donner vie et corps à ces émanations, en les combinant entre elles pour garantir, de façon générale, le droit à l'intimité. Or, le respect du droit à l'intimité interdit toute réglementation des pratiques de conception — en particulier lorsque ces pratiques sont le fait de couples légitimes. Ainsi, le droit à l'intimité, que ne mentionne pas, en tant que tel, la Déclaration des droits, pourra-t-il bénéficier de la garantie constitutionnelle.

1. 1965, 381 us 479.

28 / Les droits protégés sont, en principe, d'égale valeur, puisque tous font l'objet d'une garantie constitutionnelle. Par suite, toute personne physique ou morale, titulaire d'un droit protégé, et qui s'en verrait privée par une mesure nationale ou locale, peut demander aux tribunaux fédéraux de la rétablir dans ce droit. Mais il ne faut pas se leurrer : pour accéder à la Cour suprême, la victime de la violation alléguée devra, préalablement, parcourir une véritable course d'obstacles.

29 / Cette course d'obstacles peut sembler dirimante à l'observateur européen. On ne doit pas oublier, toutefois, que c'est parce que la possibilité de se pourvoir devant la Cour suprême est offerte à tous les citoyens, et à chacun d'entre les citoyens, qu'en définitive la Cour suprême a dû, de manière prétorienne, définir des conditions de recevabilité qui l'ont empêchée de périr noyée sous le flot des pourvois. On ne doit pas oublier, non plus, que c'est parce que la responsabilité de la Cour suprême est immense dans le maintien du complexe équilibre entre Gouvernement fédéral et Etats membres, de première part, entre Pouvoir législatif fédéral et Pouvoir exécutif fédéral, de deuxième part, entre autorités publiques, tant nationales que locales, et personnes privées, de troisième part, que la haute juridiction n'a parfois d'autre solution que de se retirer de tel ou tel domaine contentieux, dont l'échauffement montre qu'il relève plus du politique que du juridique, en attendant qu'un refroidissement des pouvoirs lui permette d'assurer, dans la sérénité, le rôle constitutionnel qui est le sien, sans s'exposer aux menaces des uns et des autres.

30 / Il est donc inévitable que la Cour suprême fasse preuve d'une grande prudence en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, car l'affrontement entre le législateur et le juge ne peut tourner qu'à l'avantage du législateur, et au désavantage du juge. Mais la Cour suprême sait établir les distinctions et graduations nécessaires : et sa prudence est plus ou moins grande selon que la mesure à elle soumise vient du Congrès fédéral ou de la législature d'un Etat membre¹. Et, lorsque la mesure à elle soumise porte

1. La remarquable disproportion entre le nombre des lois fédérales et le nombre des lois des Etats membres frappées d'inconstitutionnalité le prouve amplement. A cet égard, on se souviendra du mot célèbre de Justice Oliver Holmes selon lequel l'Union ne serait pas en danger si la Cour suprême ne disposait pas du pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi fédérale, mais serait en péril mortel si elle ne possédait pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois des Etats membres.

atteinte à une liberté protégée par la Déclaration des droits, elle n'exerce pas le même contrôle dans tous les cas : la nature de la liberté protégée entraîne des modalités d'intervention qui sont susceptibles de varier, quelle que soit, du reste, l'origine de la mesure attaquée. Cette adaptation du contrôle se manifeste à deux égards. D'une part, la Cour a établi des présomptions de constitutionnalité en faveur de la loi nationale comme de la loi locale : mais ces présomptions ne sont pas de valeur égale selon le domaine considéré d'intervention. Elles sont quasiment irréfragables, à une extrémité du spectre, en matière de législation économique ; elles sont aisément réfragables, à l'autre extrémité du spectre, en matière de libre communication des opinions, au point que l'on a pu se demander si les mesures nationales ou locales prises en ce domaine n'étaient pas plutôt frappées d'une présomption d'inconstitutionnalité. D'autre part, la force de la présomption retentit sur les modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité. Une présomption plus forte exige que le requérant apporte une double preuve : il doit démontrer que la mesure en cause est, à la fois, inconstitutionnelle *in abstracto* — *on its face* —, et que l'application qui lui en est faite, *in concreto* — *as applied* — est également inconstitutionnelle. Une présomption moins forte n'exige qu'une seule preuve : il faut et il suffit que le requérant démontre que la mesure en cause est inconstitutionnelle en elle-même. Au fond, tout se passe comme si l'exigence constitutionnelle d'un « litige » ou d'un « différend » s'affaïssait lorsque l'autorité publique met en danger une liberté fondamentale parmi les libertés constitutionnelles : car le requérant, alors, ne défend plus un intérêt qui lui est propre ; il se porte devant les tribunaux fédéraux comme une sorte de mandataire d'intérêts communs. Tout doit alors être fait pour faciliter sa démarche, et le jeu des présomptions y contribue.

31 / Mais les libertés protégées sont énumérées par un instrument, la Déclaration des droits, qui est un instrument de droit fédéral. Plus précisément, il faut avoir garde d'oublier que les amendements que constituent cette Déclaration sont l'un des éléments de ce que les constitutionnalistes américains appellent le *Grand Compromis*. La Déclaration des droits, en effet, se propose de limiter les empiétements de ce Léviathan que les Pères fondateurs venaient de créer : et l'on voit bien qu'elle est avant tout dirigée contre l'Etat fédéral. Empêcher les pouvoirs législatif et exécutif nationaux de porter atteinte aux droits des individus : voilà le but qu'expriment les amendements numérotés de I à IX ; empêcher

également les pouvoirs législatif et exécutif nationaux de porter atteinte aux droits des Etats membres : voilà le but qu'exprime le X^e Amendement. On perçoit la géométrie originaire de ce grand compromis : d'un côté, les Etats-Unis ; de l'autre côté, les Etats membres et le peuple. Et l'on comprend la raison profonde de cette géométrie : l'action des Etats-Unis, par essence destructrice des libertés, doit être équilibrée par la réaction conjuguée des Etats membres et du peuple, par essence protectrice des libertés. Or, l'histoire devait infliger un cruel démenti à cette vision simplificatrice.

32 / L'action des Etats membres devait progressivement se révéler plus dangereuse pour les libertés individuelles que ne le fut jamais l'action des pouvoirs fédéraux. Subversion de l'ordre politique par des pratiques de découpage ou de dépeçage des circonscriptions électorales, et de répartition des sièges entre les circonscriptions ainsi découpées ou dépecées ; subversion de l'ordre social par des pratiques de ségrégation entre races qui se sont exercées dans tous les domaines, et, en particulier, dans le domaine de l'éducation ; subversion de l'ordre moral par l'affirmation de dogmes officiels en toutes matières : il n'y a guère de droits fondamentaux que les législations ou réglementations des Etats membres n'aient mis à mal, au cours des XIX^e et XX^e siècles. Il est à l'honneur de la Cour suprême de l'avoir compris, et d'avoir entrepris de défendre ces droits individuels contre l'action des Etats membres. Ce faisant, elle modifiait l'équilibre qu'avait réalisé le grand compromis : ce n'était plus les Etats-Unis, d'un côté, les Etats membres et le peuple, de l'autre côté ; ce fut, dorénavant, les Etats membres, d'un côté, les Etats-Unis et le peuple, de l'autre côté — tout au moins pendant toute la fin du XIX^e siècle, et tout le début du XX^e siècle.

33 / Pour contrecarrer l'action des Etats membres, la Cour suprême dut faire œuvre prétorienne. Cette œuvre prétorienne s'appuiera presque exclusivement sur le XIV^e Amendement, et ira dans deux directions. D'une part, la Cour suprême va s'efforcer de donner à la notion d' « action des Etats membres » la plus grande extension, en sorte d'ouvrir le plus large domaine d'application à la protection constitutionnelle : la notion d' « action des Etats membres » va se diluer progressivement, dans la jurisprudence de la Cour suprême, pour englober toute action commise en vertu de l'autorité d'un Etat membre. D'autre part, la Cour suprême, par la méthode de l' « incorporation », s'efforcera de faire coïncider le champ des garanties fédérales — Amendement I à IX — et le champ des garanties locales — X^e Amendement — : point n'est

besoin de détailler, sur ce point, le rôle que jouera l'interprétation jurisprudentielle des clauses de *due process* et d'*equal protection*.

34 / Mais, en définitive, le déni des libertés vient, aujourd'hui, tant de l'action des individus que de l'action des Etats-Unis ou de l'action des Etats membres. Les pratiques de ségrégation entre races illustrent bien ce triste phénomène : ce sont les Blancs qui discriminent contre les Noirs, dans les relations interindividuelles, et non plus les Etats-Unis ou les Etats membres qui favorisent les uns et défavorisent les autres. Le XIV^e Amendement ne permet pas à la Cour suprême de réprimer ces comportements. Seule l'intervention du Congrès fédéral peut le faire : encore faut-il, toutefois, que cette intervention s'effectue sur des fondements constitutionnels qui soient indiscutables et incontestables. Le XIV^e Amendement ne fournit pas au Congrès ces fondements. Les pratiques de ségrégation dans le domaine de l'habitation — pour s'en tenir à un seul exemple — bénéficieraient-elles d'une immunité, dès lors qu'elles seraient le fait des personnes, et non plus de l'Union ou des Etats membres ? Le Civil Rights Act de 1966 montre qu'il n'en est rien, et que la clause de commerce peut être mise au service de la déségrégation. L'aurait-elle pu, si la Cour suprême n'en avait pas fait un puissant instrument d'unification économique ? Et ressurgit, dès lors, cette vérité d'évidence qui se trouve au cœur de l'œuvre jurisprudentielle : pas d'unification économique sans unification politique. L'instauration du marché unique entraîne l'harmonisation des libertés publiques : peut-être est-ce la version moderne du Grand Compromis. Plus que toute autre institution, la Cour suprême aura contribué à son élaboration. Ce n'est pas là un mince mérite.

RÉSUMÉ. — *Y a-t-il une « politique jurisprudentielle » de la Cour suprême des Etats-Unis ? En principe les tribunaux ne font pas de politique et les juges ne font pas de politique. Mais, sur le long terme il est vrai que la Cour suprême a manifesté un intérêt particulier pour certains problèmes, tout simplement parce que leur solution par la voie judiciaire — et, donc de façon ordonnée — s'est avérée essentielle à la survie du système social, et, du même coup, au système politique. L'auteur s'attache plus précisément à deux de ces problèmes, parce qu'il les considère comme revêtant un intérêt aigu dans le contexte actuel de développement des Communautés européennes : il s'agit d'une part, de l'établissement d'un marché unique et, d'autre part, du renforcement des libertés publiques.*

Etude de cas :
l'affaire du drapeau
« Quand la bannière brûle... »

L'« affaire du drapeau » est l'un de ces événements qui, de temps à autre, semblent témoigner du fossé culturel séparant les démocraties française et américaine. Pour des Français, faire de la protection de l'emblème national un enjeu électoral et l'objet de grandes batailles judiciaires est caractéristique de la bizarrerie de nos amis américains. Pour ces derniers, cette affaire présentait, au-delà de son exploitation politicienne, un conflit douloureux entre deux valeurs fondatrices de la nation américaine : le patriotisme et la liberté d'expression. Relativement simple au plan juridique, l'affaire du drapeau n'en est pas moins intéressante à plus d'un titre, notamment du point de vue de l'interaction entre droit et politique dans la vie publique américaine.

Tout commence en 1984 lorsqu'un certain Johnson, manifestant contre la politique de l'Administration Reagan à l'occasion de la Convention nationale républicaine qui se tenait à Dallas, est arrêté et condamné à un an de prison et 2 000 dollars d'amende pour avoir brûlé en public la bannière étoilée, en violation du Code pénal texan. La loi du Texas punissait en effet la profanation intentionnelle ou consciente d'un monument public, d'un lieu de culte ou de sépulture ou d'un drapeau d'Etat ou national, et définissait l'action de profaner comme le fait de causer un dommage « d'une manière dont celui qui commet l'acte sait qu'il choquera gravement une ou

plusieurs personnes susceptibles d'en être le témoin ou de le découvrir ». La condamnation de Johnson est confirmée en 1986 par une cour d'appel de Dallas. Le défendeur saisit alors la *Texas Court of Criminal Appeals*, juridiction exerçant un contrôle discrétionnaire des décisions d'appel en matière pénale, laquelle, deux ans plus tard, casse l'arrêt d'appel au motif que la disposition pénale du Texas, telle qu'appliquée à la conduite de Johnson dans les circonstances de l'espèce, est contraire au 1^{er} Amendement à la Constitution fédérale, protégeant notamment la liberté d'expression. Tout tribunal américain, y compris d'Etat, peut en effet connaître d'affaires intéressant la Constitution fédérale.

La haute juridiction pénale du Texas renvoie l'affaire devant les premiers juges, mais le Texas pétitionne la Cour suprême des Etats-Unis par un *writ of certiorari*, laquelle accepte de connaître de l'affaire et, le 21 juin 1989, confirme à cinq voix contre quatre l'analyse et les conclusions de la haute juridiction texane (*Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989)). La voie était ouverte à une bataille juridico-politico-médiatique qui allait durer plus d'un an.

* * *

Au vu de sa jurisprudence antérieure, la Cour avait à trancher trois questions, déjà articulées par la juridiction texane :

- l'acte de profanation commis par le défendeur constituait-il un « comportement expressif » (*expressive conduct*) protégé par le 1^{er} Amendement à la Constitution¹ ?
- dans l'affirmative, la disposition pénale du Texas se rapportait-elle directement à la suppression de la libre expression ?
- si oui, le Texas avait-il un intérêt suffisant, au regard du critère de contrôle le plus rigoureux (*strict scrutiny*) applicable dans ce cas, pour justifier une telle restriction à la liberté d'expression ?

La Cour trancha affirmativement les deux premières questions et conclut négativement sur la troisième. L'Etat texan ne contestait pas que le fait de brûler le drapeau au cours d'une manifestation politique constituait un « comportement expressif » protégé par le 1^{er} Amendement. Mais le Texas prétendait toutefois que la motivation de la loi attaquée ne résidait pas dans la suppression de la libre expression, mais dans la prévention du trouble à l'ordre

1. La Cour suprême a depuis longtemps jugé que les termes « *free speech* » au sens du 1^{er} Amendement doivent s'entendre comme visant, au-delà d'une communication orale ou écrite, tout comportement visant à l'expression d'une idée.

public et dans la préservation du drapeau comme symbole de l'identité et de l'unité nationales. Si tel était le cas, la restriction apportée par l'État à la liberté d'expression devait, selon la jurisprudence antérieure de la Cour¹, être appréciée de manière moins rigoureuse.

La Cour rejeta les arguments du Texas, en observant que le cas d'espèce ne faisait pas intervenir de trouble à l'ordre public, ni dans les faits ni en droit, que la préservation du drapeau comme symbole visait inévitablement la suppression de la libre expression, et que la restriction en cause était liée au contenu de l'expression censurée (*content-based restriction*). En conséquence, la loi du Texas devait être soumise au test le plus rigoureux, ce qui signifiait que seul un intérêt impérieux de l'État était susceptible de la justifier. La Cour refusa d'admettre que la préservation de l'emblème national constituait en l'espèce un intérêt suffisant.

L'opinion majoritaire était suivie par un *dissent* du *Chief Justice* Rehnquist (auquel souscrivaient les *Justices* O'Connor et White), ainsi que par un autre *dissent* du *Justice* Stevens : pour les quatre juges dissidents, la charge symbolique unique de la bannière étoilée justifiait bien une limitation mineure aux modalités de la liberté d'expression du défendeur.

* * *

La décision de la Cour suscite immédiatement une très vive émotion dans la classe politique et l'opinion publique américaines. L'Amérique profonde est choquée. Le candidat Bush avait déjà utilisé la controverse sur le salut au drapeau contre Dukakis en 1988 ; les Républicains voient dans cette nouvelle affaire l'occasion rêvée de mettre leurs adversaires Démocrates sur la défensive sur les registres sacro-saints du patriotisme et de la grandeur nationale. Ces derniers parviennent à faire rejeter au Sénat une proposition d'amendement constitutionnel visant à déroger au I^{er} Amendement en ce qui concerne la protection du drapeau, mais n'en votent pas moins avec les Républicains le *Flag Protection Act* de 1989. Ce nouveau texte fédéral amendait en réalité un texte antérieur, dont la rédaction était jugée potentiellement inconstitutionnelle à la lumière de l'arrêt *Johnson* : à la différence de la loi texane, la nouvelle interdiction fédérale de dégrader le drapeau serait désormais

1. *United States v. O'Brien*, 88 S. Ct. 1673 (1968). Selon cette jurisprudence, une réglementation étatique dépourvue de lien avec la suppression de la libre expression fait l'objet d'un contrôle moins rigoureux de la part des tribunaux.

absolue, sans égard pour la dimension « communicative » de l'acte ou la motivation de l'auteur.

Le Président Bush n'en demeure pas moins sceptique sur les chances de la nouvelle loi de passer la rampe constitutionnelle et s'abstient de la signer. Les stratégies partisans se jouent alors à fronts renversés : les Républicains espèrent en réalité qu'une nouvelle censure de la Cour suprême facilitera le vote d'un amendement constitutionnel, les Démocrates, eux, espèrent secrètement que la Cour leur évitera d'avoir à s'opposer publiquement à une atteinte au *Bill of Rights*.

Le 28 octobre 1989, quelques heures après l'entrée en vigueur du *Flag Protection Act*, des manifestants protestant contre son adoption et désireux d'en tester immédiatement la constitutionnalité brûlent le drapeau du bureau de poste de Seattle, Washington. Des événements similaires ont lieu au cours d'une manifestation antigouvernementale dans le *District of Columbia*. L'un comme l'autre, les tribunaux fédéraux de première instance (*District Courts*) de ces deux Etats donnent raison aux défenseurs contre le gouvernement fédéral : rejetant les arguments distincts du Département de la Justice et des deux Chambres du Congrès, ils déclarent la nouvelle loi fédérale inconstitutionnelle dans son application aux défenseurs, sur le fondement de l'arrêt *Johnson*¹. L'Etat fédéral fait appel des deux décisions directement devant la Cour suprême (en vertu d'une disposition expresse de la loi), laquelle consolide les deux affaires et confirme le 11 juin 1990 l'inconstitutionnalité du *Flag Protection Act* (*US v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990)).

La Cour refusa tout d'abord de revenir sur sa décision de conférer à la dégradation du drapeau dans un but politique la pleine protection du 1^{er} Amendement (à la différence de certaines catégories d'expression, tels que les messages obscènes ou les incitations à la violence). Au terme d'une analyse sémantique des termes de la loi, elle rejeta ensuite le corps de l'argumentation du gouvernement visant à distinguer l'interdiction fédérale de la loi du Texas, en ce que la première ne serait pas liée à la communication d'une idée et au contenu du message exprimé. Dès lors, la Cour n'eut plus qu'à confirmer que le *Flag Protection Act* violait lui aussi le 1^{er} Amendement. L'opinion majoritaire était accompagnée d'un *dissent* signé par le *Justice* Stevens et auquel souscrivaient les trois autres dissidents de l'arrêt *Johnson*.

1. *US v. Haggerty*, 731 F. Supp. 415 (wd Wash., 1990) ; *US v. Eichman*, 731 F. Supp. 1124 (DDC, 1990).

La décision de la Cour relança la croisade républicaine, soutenue par George Bush, en faveur d'un amendement constitutionnel. A l'approche des élections législatives de l'automne 1989, alors que selon les sondages 66 % des personnes interrogées déclaraient faire de cette affaire l'élément déterminant de leur vote, il était difficile pour un homme politique de prendre position contre une protection constitutionnelle de la bannière étoilée. La possibilité d'un amendement constitutionnel était donc réelle, malgré les conditions extrêmement strictes — vote à la majorité des deux tiers par chacune des deux Chambres du Congrès et ratification subséquente par au moins 38 Etats — posées par les Pères fondateurs pour empêcher des révisions insuffisamment mûries du texte sacro-saint. Pourtant, la proposition d'amendement ne recueillit que 236 voix contre 179 à la Chambre des Représentants, et vint subir le sort de tant d'autres avant elle¹. C'en était fini d'une affaire qui avait surtout servi à embarrasser les Démocrates et cessa rapidement d'être un enjeu électoral.

* * *

L'« affaire du drapeau », pour exotique qu'elle paraisse, est porteuse de plus d'un enseignement pour l'observateur français.

Sur la formidable légitimité dont jouit la décision de justice aux Etats-Unis, tout d'abord. *US v. Eichman* tout comme *Texas v. Johnson* ont été décidés à 5 voix contre 4, et la décision majoritaire — un arbitrage hautement subjectif entre deux valeurs fondamentales en conflit — était accompagnée de vigoureux *dissents*. Pourtant, aussi impopulaire qu'elle ait été, nul n'a songé un seul instant à contester la légitimité d'une décision invalidant une loi *fédérale* — alors même que la plupart des déclarations d'inconstitutionnalité concernent des lois d'Etat —, manifestant clairement de surcroît la volonté des élus du peuple d'un bout à l'autre de l'échiquier politique de réprimer les atteintes à l'emblème national.

Du point de vue du juge, c'est une extraordinaire indépendance qu'il faut saluer. Non pas bien sûr l'indépendance à l'égard de l'Exécutif, problème hexagonal qui ne se pose même pas, institutionnellement et culturellement, aux Etats-Unis, mais l'indépendance à l'égard de l'opinion majoritaire, exprimée par les élus ou le public lui-même. L'indépendance se nourrit de la légitimité — laquelle est pui-

1. En deux siècles d'histoire constitutionnelle, seuls quatre amendements constitutionnels destinés à revenir sur des décisions de la Cour suprême ont été adoptés, l'un d'entre eux au prix de la guerre de Sécession.

sée dans la sacralité du texte constitutionnel —, et *vice versa*. A l'argument du Congrès selon lequel le soutien croissant de l'opinion publique renforcerait l'intérêt de l'Etat fédéral pour prohiber les atteintes au drapeau, la Cour opposa sobrement qu'une telle considération était étrangère à l'esprit du I^{er} Amendement.

La Constitution est la loi suprême du pays, les juges en sont les gardiens légitimes, ils peuvent et doivent donc la faire respecter envers et contre tous. Alors qu'une voix — celle de Kennedy ou de Scalia — aurait suffi à faire basculer le droit constitutionnel des Etats-Unis sur ce point, ni l'un ni l'autre de ces deux juges conservateurs n'a été tenté de sacrifier sur l'autel de la politique partisane sa philosophie constitutionnelle libérale en matière de liberté d'expression. Le *dissent* du Justice Stevens, favorable à la protection de la bannière étoilée, ne se prive pas de faire porter une part du blâme de la dégradation du drapeau à « ces dirigeants qui semblent manipuler le symbole de la nation pour en faire le prétexte de disputes partisans aux objectifs moins nobles ». Constitution contre démagogie : voilà la réponse au contresens de ceux qui — invoquant paradoxalement les Etats-Unis — s'imaginent en France que seule l'élection des juges serait susceptible de fonder leur légitimité !

Autre observation : dans ses deux arrêts, la Cour s'est bornée à déclarer la disposition pénale texane, puis le *Flag Protection Act*, inconstitutionnels *dans leur application* au comportement des défendeurs, sans se prononcer sur leur statut constitutionnel intrinsèque. Cette distinction, qui limite au moins formellement la portée de la censure du juge, est l'un des avantages du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* dans un cadre judiciaire. Le juge constitutionnel français doit, lui, à l'inverse, tenter d'anticiper les multiples possibilités d'application inconstitutionnelle d'un texte à peine voté et le censurer en conséquence *in abstracto* : opération risquée, que l'on se place du point de vue du législateur ou du citoyen. Mais cette affaire illustre une seconde raison, plus impérieuse, de compléter le système français de contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité : si le système français avait prévalu aux Etats-Unis, il ne se serait sans doute pas trouvé soixante hommes politiques pour saisir la Cour suprême de l'inconstitutionnalité du *Flag Protection Act*. La vie politique française n'est pas à l'abri de telles situations et c'est donc opportunément que le système américain permet aux intéressés de se prévaloir eux-mêmes de leurs droits constitutionnels.

Enfin, sur le fond, cette affaire confirme la centralité du

I^{er} Amendement, et notamment de la liberté d'expression, dans le credo démocratique américain. C'est elle qui confère à la presse toute sa puissance et sa légitimité. De ce point de vue, la décision de la Cour suprême est fidèle à une longue lignée jurisprudentielle qui, dans des arrêts célèbres, a interdit d'interdire les manifestations néo-nazies ou, en pleine guerre, d'obliger quiconque à saluer le drapeau (encore lui). Dans un de ces morceaux de rhétorique qui ornent les grands arrêts de la Cour, le *Justice* Brennan soulignait que le I^{er} Amendement est précisément destiné à protéger l'expression de messages jugés choquants par la société, et que sanctionner pénalement la dégradation du drapeau commise dans un but d'expression politique reviendrait à mutiler ce que cet emblème symbolise et ce pourquoi il est vénéré. En d'autres termes, mieux vaut laisser un individu dégrader le symbole, aussi révoltante cette conduite puisse-t-elle apparaître, que de permettre à l'Etat de porter atteinte aux valeurs qu'il représente, au premier rang desquelles les libertés individuelles.

La tradition démocratique française, on le sait, privilégie au contraire les droits de la collectivité sur ceux de l'individu et borne les libertés individuelles au nom de l'ordre public. L'affaire du foulard islamique l'a récemment confirmé, même en ce qui concerne des libertés aussi sacrées que les libertés de conscience et d'expression. Dans le cas d'espèce, la dégradation du drapeau tricolore est, selon les experts, pénalement sanctionnable au titre de divers textes, sans que le droit constitutionnel ait son mot à dire. Quand bien même il l'aurait, il est probable que le juge constitutionnel rejoindrait, conformément à la tradition républicaine française, l'opinion des quatre dissidents conservateurs de la Cour suprême, pour lesquels l'opposition au gouvernement pouvait s'exprimer par des voies moins attentatoires à ce symbole unique de l'unité nationale qu'est la bannière étoilée.

Se pourrait-il que les deux grandes traditions démocratiques ne soient plus séparées que par une voix de majorité ?

RÉSUMÉ. — *A travers les grandes lignes de la récente « affaire du drapeau », le présent article a pour objet d'illustrer les mécanismes du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis et l'interaction entre droit et politique qu'il induit parfois. Les auteurs concluent par quelques observations intéressant le système français.*

JEAN BEAUTÉ

Le partage des compétences entre les Etats et la Fédération

Le problème certainement le plus difficile à résoudre pour le gouvernement d'un grand Etat est la réconciliation des intérêts nationaux et des intérêts locaux.

Pour être fort et efficace, un pays doit avoir un gouvernement central fort. Mais pour être fort, il doit aussi avoir le soutien de sa population, et ce soutien ne viendra que si le peuple peut lui-même à l'échelon local régler les problèmes qu'il considère comme locaux par nature. Précisément la Révolution américaine éclata à cause de l'échec de George III qui ne sut donner à ses colonies américaines suffisamment d'autonomie locale, et les rédacteurs de la Constitution de 1787 (les Pères de la Constitution) savaient qu'ils devaient trouver un ajustement de ces intérêts rivaux et loyautés différentes, si le pays devait maintenir son unité politique.

La solution qu'ils adoptèrent fut la suivante : ils déléguèrent dans l'article 1, section 8, certains pouvoirs au Gouvernement fédéral (que les Américains appellent « national ») ; et en 1791 le X^e Amendement qui fait partie du « Bill of Rights » avec les neuf précédents entra en vigueur.

Cet amendement précise : « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux Etats-Unis par la Constitution, ou refusés par elle aux Etats, sont réservés aux Etats respectivement, ou au peuple ».

Une des règles du Droit constitutionnel américain est en effet que le Congrès n'a que les pouvoirs qui lui sont délégués par la

Constitution, ou sont raisonnablement *implied* (dérivés) de ceux qui lui sont délégués¹.

Quels sont ces textes qui allaient être à la source de la répartition des pouvoirs entre la Fédération et les Etats ?

D'abord évidemment le X^e Amendement précité qui confirme la compétence générale de droit commun des Etats, pour parler le langage administratif français².

Ensuite, principalement mais pas uniquement, parmi les pouvoirs délégués au Congrès par l'article I^{er}, section 8, la clause 3 qui précise : « Le Congrès aura le pouvoir 3) de réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers Etats, et avec les tribus indiennes », c'est ce qu'on appelle la clause du commerce inter-Etats et en voie de conséquence la clause 18 qui suit qui précise (le Congrès aura le pouvoir) : « Et de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre à exécution les pouvoirs ci-dessus mentionnés et tous les autres pouvoirs conférés par la présente Constitution au Gouvernement des Etats-Unis ou à l'un quelconque de ses départements ou de ses fonctionnaires. »

Enfin devra souvent être interprétée par la Cour suprême, dans ces problèmes de la séparation des compétences entre les Etats et la Fédération, la clause 2 de l'article VI qui précise : « La présente Constitution, ainsi que les lois des Etats-Unis qui en découlent et tous les traités conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays et lieront les juges dans chaque Etat, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des Etats » : c'est la clause dite de la suprématie nationale.

Bien entendu pour emporter la ratification de la Constitution fédérale, il fallait apaiser les craintes de ceux qui ne voulaient pas d'un Etat fédéral fort, voire centralisé, et vaincre l'hostilité des anti-fédéralistes se recrutant principalement chez les petits fermiers du New Hampshire à la Géorgie.

C'est à quoi s'appliquèrent les rédacteurs des articles du *Fédéraliste*, Hamilton, Jay et particulièrement Madison.

Nous ne citerons que quelques-uns de ces articles qui nous montrent que, et contrairement à ce que pensait alors James

1. Sur la théorie des pouvoirs implicites, voir A. Mathiot, *La vie politique aux Etats-Unis et les tendances récentes*, *Les Cours de Droit*, Paris, 1974-1975, p. 470.

2. Sur le Bill of Rights, voir B. Schwartz, *The Bill of Rights : A Documentary History* (1971).

Winthrop, « ce n'était pas une plaisanterie de dire que les droits qui n'étaient pas donnés au Congrès étaient réservés aux Etats »¹.

Le plus important est sans conteste celui de Hamilton ou Madison (*Fédéraliste*, n° 51)².

Méritent aussi d'être cités : *Le Fédéraliste*, n° 17, d'Hamilton ; *Le Fédéraliste*, n° 39, de Madison ; *Le Fédéraliste*, n° 45, de Madison dans lequel celui-ci affirme que « les pouvoirs délégués aux Etats-Unis sont, après tout, peu nombreux et bien définis » (*few and defined*). Ceux qui restent aux gouvernements des Etats sont nombreux et indéfinis (*numerous and indefinite*) et *Le Fédéraliste*, n° 46, toujours de Madison.

De tout ceci, il ressort très nettement que les Pères de la Constitution avaient opté pour une vue étroite du fédéralisme.

La clause *inter-state Commerce* était entendue comme étant limitée principalement (sinon totalement) à empêcher l'établissement des droits de douane par les Etats et à permettre à l'Etat fédéral de réglementer les affaires maritimes et l'activité des grandes entreprises commerciales exerçant sur plusieurs Etats.

Il faut dire que nous étions dans une époque où le commerce inter-Etats représentait une petite fraction de l'activité économique et que la plupart des marchandises et des services étaient consommés et produits « pas loin de la maison » (*close to home*).

A cette époque donc la clause de commerce inter-Etats laissait un grand nombre d'activités hors de portée du Congrès.

Déjà pourtant la Cour suprême eut à sa prononcer sur les pouvoirs du Congrès, la clause de la souveraineté nationale, la nature des droits des Etats.

On sait que c'est d'ailleurs bien là le rôle de la Cour suprême. En présence de textes constitutionnels souvent vagues et imprécis (contrairement à ce que disait Madison dans *Le Fédéraliste*, n° 45), en présence de textes quelquefois contradictoires, c'est à la Cour suprême de se prononcer. Et, si le texte constitutionnel de 1787 est toujours en vigueur et n'est pas devenu un texte obsolète, c'est parce que la Cour suprême a su lui donner vie et l'adapter aux circonstances du moment.

Mais depuis le début du XIX^e siècle, les choses ont évolué. Les Etats-Unis sont passés d'une économie essentiellement agricole,

1. B. Schwartz, *op. cit.*, p. 511.

2. Cf. traduction française : *Le Fédéraliste*, avec une préface d'André Tunc, LGDJ, 1957, p. 432.

basée sur les différents petits Etats¹, à une économie nationale intégrée et industrialisée et la Cour a dû examiner et juger l'expansion époustouflante (*breathtaking*) des pouvoirs du Congrès.

Certes, depuis l'accession à la présidence de Ronald Reagan (et déjà avant, sous la présidence Nixon, quoique assez timidement) une réaction s'est fait jour contre la centralisation forcenée imposée par Franklin Roosevelt avec ses lois sur le New Deal et ses successeurs démocrates. Cette centralisation s'étant traduite par toujours plus de pouvoirs pour Washington (l'Etat fédéral) aux dépens des Etats fédérés. Les Présidents Nixon et Reagan proposèrent alors pour les Etats-Unis un « Nouveau Fédéralisme ». Celui-ci a été bien reçu par les autorités locales des Etats (gouverneurs-législatives). Il n'empêche que les résultats de cette politique est loin d'être concluante et, en juin 1991, on peut dire que Washington reste toujours Washington.

En fait, depuis les origines de l'Etat fédéral, le problème est toujours le même. Le champ de bataille du fédéralisme est toujours ouvert (*The Battle Scene of Federalism*, comme dit Justice O'Connor dans l'arrêt Garcia, voir *infra*), et c'est à la Cour suprême d'arbitrer (c'est là son rôle et son devoir), tantôt avantageant l'Etat fédéral, tantôt protégeant les Etats et par là le fédéralisme.

Nous verrons que jusqu'à l'arrêt Garcia de 1985, la Cour suprême avait maintenu dans ses arrêts un relatif équilibre entre les compétences de Washington et les compétences des Etats, tout en acceptant dès l'origine une certaine centralisation (I). Mais avec l'arrêt Garcia il semble que cet équilibre soit rompu, que la Cour ait sonné la retraite sur le champ de bataille du fédéralisme ! Et que le X^e Amendement doive être lu à l'envers :

« Tous les pouvoirs que les Etats-Unis ne prennent pas sont réservés aux Etats respectivement ou au peuple » ! (II).

I - LES ARRÊTS DE LA COUR SUPRÊME SUR LE FÉDÉRALISME JUSQU'À L'ARRÊT GARCIA DE 1985

Ceux-ci sont évidemment très nombreux depuis 1789, année où la Cour suprême a commencé de fonctionner, jusqu'à 1985. Nous ne

1. Il faut pourtant signaler que, dès la Confédération, des groupes économiques importants étaient en faveur d'un Etat fédéral, ils entendaient ignorer les frontières entre les 13 Etats ex-colonies pour pouvoir développer leurs affaires et étaient partisans d'une monnaie unique. Ils furent très influents à la Convention de Philadelphie.

retiendrons que les plus significatifs. Ceux-ci se répartissent en deux catégories : ceux qui se prononcent sur la nature du pouvoir de l'Etat fédéral (du pouvoir national disent les Américains), peu nombreux mais absolument essentiels (A) ; ceux qui se prononcent sur la nature du pouvoir des Etats, plus nombreux moins fondamentaux, mais tout de même essentiels (B).

A / La nature du pouvoir national selon la Cour suprême

La Cour suprême s'est prononcée très tôt sur ce problème de la nature du pouvoir fédéral et depuis lors n'a pas changé d'opinion sur le sujet. L'arrêt fondamental est l'arrêt *McCulloch v. Maryland* 4 Wheaton 316 ; 4 L. Ed. 579 (1819). Il est fondamental parce qu'il est la source de l'expansion récente du pouvoir du Congrès en matière de commerce inter-Etats. L'autre arrêt qui mérite d'être retenu est l'arrêt *Martin v. Hunter's Lessee* (Nheaton 304 ; 4 L. Ed. 97 (1816)). L'arrêt *McCulloch* mérite avant tout d'être mentionné¹. Il a une fois pour toutes établi la suprématie de l'Etat fédéral sur les Etats et cela sous l'autorité du Chief Justice Marshall, le 3^e Chief Justice, qui est resté trente-quatre ans sur le banc, qui était un fédéraliste et sous l'autorité duquel fut rendue en 1803 la décision *Marbury v. Madison* bien connue des étudiants français. Cette décision ayant servi à établir le contrôle de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis.

McCulloch était le caissier de la succursale de Baltimore (Maryland) de la seconde Banque des Etats-Unis créée en 1816, une première Banque des Etats-Unis avait été créée en 1791 et sa charte avait expiré en 1811. Ces banques n'étaient enregistrées qu'auprès des Etats-Unis. La première Banque des Etats-Unis ne souleva aucun problème durant ses vingt ans d'existence. Il n'en fut pas de même de la seconde qui devint très impopulaire à la suite des nombreux scandales financiers dans lesquels elle trempa. Le public demanda un contrôle législatif de cette banque et huit Etats édictèrent des lois restreignant son activité et lui imposa des contraintes au titre de garanties. C'est ainsi que le législateur du Maryland, particulièrement hostile envers cette banque du fait de ses malversations, décida qu'aucune banque non enregistrée dans l'Etat ne pourrait émettre de billets (*Bank Notes*) si ce n'était avec la per-

1. Sur *McCulloch v. Maryland*, on consultera : R. F. Cushman, *Cases in Constitutional Law*, 6^e éd., 1984, p. 159-166, et M.-F. Toimet, *La Cour suprême : les grands arrêts*, Presses Universitaires de Nancy, 1989, p. 56-61.

mission spéciale de l'Etat du Maryland et moyennant paiement d'une lourde taxe. Tout contrevenant à ces dispositions s'exposant à des sanctions pénales (amendes).

McCulloch n'observa pas la législation du Maryland, émit des billets et fut poursuivi par l'Etat du Maryland qui lui avait infligé des amendes.

La Cour suprême fut amenée à trancher le différent. Les plaidoiries durèrent neuf jours, les parties (la Banque, l'Etat du Maryland) étant défendues par les plus grands juristes de l'époque. L'opinion de la Cour fut rendue par Chief Justice Marshall et cette opinion est traditionnellement regardée comme son texte juridique le plus remarquable.

Sans entrer dans le détail des arguments des parties adverses et du raisonnement du Chief Justice Marshall, il faut retenir les deux points suivants : 1 / la Constitution fédérale est faite pour durer des siècles, les pouvoirs du Congrès ont donc été énumérés d'une manière vague pour pouvoir s'adapter aux circonstances changeantes. Il faut donc donner une large interprétation des pouvoirs implicites (*implied powers*) de la clause 18, section 8, article 1^{er}.

2 / En cas de conflit entre la législation fédérale et celle des Etats, c'est la Fédération qui l'emporte en vertu de l'article VI, clause 2, de la Constitution, dite depuis la clause de la suprématie nationale. Quant à la nature du pouvoir de l'Etat fédéral, celui-ci, vis-à-vis du pouvoir des Etats, est souverain (clause de la suprématie nationale) ; et les pouvoirs du Congrès qui découlent de la clause des pouvoirs implicites doivent être interprétés d'une manière très large et non pas restrictivement comme le voulait Jefferson.

L'arrêt McCulloch (1819) sur le fédéralisme est donc la clé de voûte, la pierre angulaire du système. Pourtant, un autre arrêt un peu antérieur à McCulloch mérite ici d'être mentionné. Il s'agit de l'arrêt *Martin v. Hunter's Lessee* (1816)¹.

Dans cette affaire était posée la question de la compétence de la Cour suprême de connaître des décisions des cours des Etats concernant le droit fédéral. Les faits sont bien connus : Lord Fairfax, un citoyen et résident en Virginie, mourut en 1781 et légua à son neveu, Denny Martin, un sujet britannique, son vaste domaine dans la Virginie du Nord, que la Common Law empêchait d'hériter, Martin étant un étranger ennemi (*enemy alien*).

1. Sur *Martin v. Hunter's Lessee*, voir R. F. Cushman, *op. cit.*, p. 167-171 ; M.-F. Toinet, *op. cit.*, p. 53-56.

L'Etat de Virginie adopta donc une loi spéciale, après la mort de Lord Fairfax, confisquant sa propriété, et en 1789 en vendit une partie à David Hunter. Le contentieux commença en 1791, et finalement en 1810, la cour d'appel de Virginie confirma le titre de propriété de Hunter. Trois ans plus tard, la Cour suprême examina le litige sur la base d'un « Writ of error » (acte par lequel la Cour suprême accepte d'examiner l'affaire pour voir s'il n'y a pas eu erreur) et donna tort à la cour de Virginie, déclarant que le traité de 1794 avec l'Angleterre (le traité Jay, bien connu des internationalistes) protégeait les propriétés britanniques (y compris celle de Martin) de toute confiscation. Bien que la Cour suprême ait émis des Writs of Error à des cours d'Etat depuis des années, sans qu'il y ait eu la moindre protestation, dans cette importante affaire, la cour de Virginie décide de s'opposer à ce qu'elle considérait comme étant une extension inconstitutionnelle du pouvoir fédéral sur les Etats. Elle déclara alors, défiant ouvertement la Cour suprême, inconstitutionnelle la compétence de celle-ci basée sur le Judiciary Act de 1789 et refusa d'obéir aux ordres de la Cour suprême.

C'est ce refus qu'examina la Cour suprême dans cette affaire *Martin v. Hunter's Lessee* de 1816.

A l'unanimité, l'opinion ayant été rédigée par Justice Story, la Cour suprême déclara : « Les juges des Etats ont à trancher les litiges non seulement sur la base des lois et de la Constitution de leur Etat, mais aussi selon la Constitution, les lois et les traités des Etats-Unis, "la loi suprême du pays". »

C'est une référence directe à l'article VI, clause 2, clause de la suprématie nationale.

Et après avoir poursuivi son raisonnement dans des termes qui ont manifestement été repris mot pour mot par Chief Justice Marshall, trois ans plus tard (la Constitution fédérale est rédigée en termes généraux... elle est faite pour durer des siècles (*to indure through a long lapse of ages*)), Justice Story conclut : « L'article III donne au pouvoir judiciaire fédéral compétence pour revoir toutes les décisions du pouvoir judiciaire des Etats... et veiller à ce qu'il reste dans les limites (*purview*) de la Constitution... Il n'y a pas de souveraineté des Etats... L'article I^{er}, section 10, contient une longue liste d'interdictions qui frappent les Etats, par exemple ils n'ont plus le pouvoir de battre monnaie, le Congrès a quelquefois le droit de revoir les décisions des législatures¹... Alors si les législa-

1. Par exemple par l'article I^{er}, section 4, clause 1.

tures des États sont sous le contrôle du Congrès... il est évident que les cours des États sont sous le contrôle du pouvoir fédéral. »¹

Ainsi dès les origines, à travers ces deux arrêts, la Cour suprême a précisé la nature des pouvoirs de l'État fédéral : le droit fédéral est la loi suprême du pays et par voie de conséquence, la Cour suprême est le pouvoir souverain dans l'ensemble du système, État fédéral - États fédérés. Et cela ne s'est pas démenti depuis.

B / La nature du pouvoir des États

Ici aussi nous ne retiendrons que quelques arrêts, nous attachant plus particulièrement aux deux suivants : *Chisholm v. Georgia*, 2 Dall. 419, de 1793, et *National League of Cities v. Usery*, 426 US 833, 96 Sct 2465, 49 L. Ed. 2nd 245 (1976).

Chisholm, parce que c'est le point de départ de la question. Dans cet arrêt, la Cour suprême affirme que les États ne sont pas souverains. *National League of Cities*, parce qu'après toute une série d'arrêts reconnaissant certes que les États avaient certains droits fortement protégés, mais poussant toujours plus vers la centralisation, cet arrêt de 1976 semblait mettre un frein à celle-ci et opérer un revirement de jurisprudence. Nous verrons dans la seconde partie, avec l'arrêt *Garcia* de 1985, qu'il n'en était rien.

Sans entrer dans les détails de l'affaire Chisholm de 1793² nous rappellerons que celle-ci concernait un litige opposant Chisholm et d'autres citoyens de Caroline du Sud à la Géorgie, Chisholm était l'exécuteur testamentaire de Farquhar à qui l'État de Géorgie, alors en guerre, avait acheté, en 1777, des vivres pour 170 000 dollars ; Farquhar était mort sans avoir été réglé. Chisholm porte l'affaire devant les tribunaux fédéraux, se référant à l'article III, section 2, clause 1, selon laquelle : « Le pouvoir judiciaire des États-Unis s'étendra... aux différends entre un État et les citoyens d'un autre État... »

La Géorgie, quant à elle, allègue qu'elle est couverte par l'im-

1. Et Justice Story ajoute un argument de bon sens, qui ne laissera pas indifférents ceux qui s'intéressent au Droit institutionnel communautaire actuellement : « Il faut assurer l'uniformité des décisions judiciaires dans tous les États-Unis pour définir les limites prévues par la Constitution au pouvoir des États, sinon les lois, les traités, et même la Constitution des États-Unis seraient différents dans les différents États. » C'est bien évidemment à la Cour suprême que revient cette tâche aux États-Unis, comme elle revient, dans les Communautés européennes, à la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE).

2. Sur Chisholm, voir M.-F. Toinet, *op. cit.*, p. 46, et S. T. Wornton, *Leading cases of the Constitution*, New York, Monarch Press, Inc., 1966, p. 24.

munité souveraine puisqu'elle est un Etat souverain et indépendant dans le cadre de la Constitution fédérale.

La Cour suprême décide en 1793, par 4 voix contre 1 — il s'agit de la Cour pré-Marshall, celle de John Jay, le premier Chief Justice, l'un des auteurs des articles du *Fédéraliste* — que les Etats ne sont pas souverains, que la Géorgie n'est plus un Etat souverain.

Ainsi la Cour suprême a admis que le litige était de la compétence fédérale. La Géorgie persistant, le jugement fut rendu par défaut.

De là une fureur indescriptible des Etats, qui aboutit en 1798 au XI^e Amendement de la Constitution : « Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis ne sera pas interprété comme s'étendant à un procès de droit ou d'équité entamé ou poursuivi contre l'un des Etats-Unis par des citoyens d'un autre Etat, ou par des citoyens ou sujets d'un Etat étranger. »

Rien n'y fit malgré cet amendement. La Cour suprême, dans son arrêt *Cohens v. Virginia* de 1821, sous la direction de Chief Justice Marshall, maintint qu'elle était compétente pour les litiges de ce genre¹.

Nous l'avons dit, dès le départ, la Cour suprême affirme que si les Etats ne sont pas souverains, ils n'en ont pas moins des droits fortement protégés. Cela apparaît dans une série d'arrêts, lesquels vont tout de même de plus en plus rogner sur ces droits.

Nous ne pouvons ici que citer les principaux (quatre) et renvoyer aux différents ouvrages sur la jurisprudence de la Cour.

1^{er} arrêt : *Coyle v. Smith* (1911) dans lequel la Cour suprême admettait que les Etats avaient un « résidu de souveraineté » (*a « residuum » of state sovereignty*).

2^e arrêt à retenir : *Collector v. Day* (1871). Déjà avant *Coyle v. Smith*, la question s'était posée de savoir si les pouvoirs délégués aux Etats-Unis étaient limités par les pouvoirs des Etats.

Dans *Collector v. Day*, la Cour avait décidé que le pouvoir de taxation du Congrès était limité par le droit souverain des Etats à une existence entière (*an impaired existence*) et l'évolution de la Cour à cette époque continue.

3^e arrêt dans ce sens qui a fait crier au scandale, *Hammer v. Dagenhart* (1918). La Cour déclare, pour la première fois, que les pouvoirs réservés aux Etats par le X^e Amendement constituent une limite aux pouvoirs du Congrès.

1. S. T. Worton, *op. cit.*, p. 29.

En l'espèce, la Cour annule l'utilisation de la clause du commerce inter-Etats faite pour contrôler le travail des enfants !

Tout ceci devait aboutir à ce qu'on a appelé « le fédéralisme dualiste » qui a permis à la Cour pendant un certain temps de faire échec à la politique du New Deal de Franklin Roosevelt. Mais cela n'aura qu'un temps, on le sait.

4^e arrêt donc à marquer d'une croix, qui pour un court moment consacre le fédéralisme dualiste : *US v. Butler* (1936).

L'idée du fédéralisme dualiste est claire : il y a indépendance réciproque des Etats et de la Fédération, chacun est souverain dans sa sphère¹. On sait que cette position de la Cour suprême ne durera qu'un temps.

Dans les affaires relatives à la loi sur la sécurité sociale, en 1937, la Cour opère un revirement de jurisprudence.

Et la capitulation de la Cour au sujet du New Deal est complète avec *United States v. Darby* (1941), la Cour déclara alors que le X^e Amendement ne constitue qu'un truisme quand il affirme que « tout ce qui est retenu par l'Etat, c'est ce qui n'a pas été délégué aux Etats-Unis ». Traduisons, pour la Cour dans *US v. Darby*, le X^e Amendement ne veut rien dire, et la centralisation des Etats-Unis, l'intégration de l'économie après le New Deal, continua de plus belle.

Pourtant, la querelle entre centralisateurs et fédéralistes allait rebondir à la Cour suprême dans les années soixante, soixante-dix. L'occasion de la reprise du débat fut le vote par le Congrès, en 1961, d'un amendement au Fair Labour Standards Act de 1938 qui décidait de rendre applicable ses dispositions sur le salaire minimum et le nombre d'heures de travail maximum à toutes les écoles et à tous les hôpitaux, y compris celles et ceux dirigés par les Etats eux-mêmes.

De nombreuses protestations s'ensuivirent et la Cour fut saisie. Dans un premier temps, la Cour, fidèle à sa jurisprudence qui avait fini par confirmer les lois du New Deal, valide l'amendement de 1961. C'est ce qu'elle fait dans son arrêt de 1968 *Maryland v. Wirtz* tout en s'efforçant de rassurer les Etats.

En 1975, se plaçant sur le même terrain, la Cour, dans un autre arrêt remarqué, *Fry v. United States*, déclare valide l'application du gel des salaires fédéraux à des employés des Etats.

C'est un an plus tard, qu'elle opère un revirement de jurisprudence spectaculaire et qu'elle rend son arrêt *National League of Cities v. Usery* (1976) mentionné ci-dessus.

1. Tunc, *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, t. 1, Paris, Ed. Domat-Monchrestien, 1954, p. 203.

Il allait, disons-le, mettre le feu aux poudres en réaffirmant très nettement la souveraineté des Etats et en marquant un temps d'arrêt qui sera, nous le verrons, de courte durée à la centralisation envahissante des Etats-Unis.

L'arrêt est rendu à une courte majorité, 5 voix contre 4, par ce qui est encore la Cour Burger.

Sont dans la majorité : Justice Rehnquist qui a rédigé l'opinion de la Cour, Justice Blackmun qui a fourni une opinion concurrente, Chief Justice Burger et Justices Powell et Stewart. Etaient dans la minorité Justices Brennan, White, Marshall et Stevens.

On a vu que le Fair Labour Standards Act (FLSA) de 1938 avait été amendé en 1961.

Cela avait donné à la Cour l'occasion de se prononcer dans *Maryland v. Wirth* (*supra*).

C'est encore un amendement au FLSA voté par le Congrès en 1974 qui va donner l'occasion à la Cour de préciser sa position sur le sujet : rapports Congrès- Etats.

Cette fois-ci, le Congrès avait décidé que les employés des Etats et des collectivités locales, de la police et des services incendie seraient protégés par le FLSA.

La Cour suprême décide que les lois fédérales sur les horaires et le salaire minimum ne peuvent alors s'appliquer aux Etats au nom de la souveraineté qui leur est reconnue par le X^e Amendement.

Justice Rehnquist est particulièrement ferme sur ce point dans son opinion : « Bien qu'on ait qualifié le X^e Amendement de simple truisme déclarant simplement que "ce qui est retenu c'est ce qui n'a pas été délégué" (*US v. Darby*, 1941), il n'est pas sans signification. Cet amendement affirme expressément que constitutionnellement, le Congrès ne peut exercer ses pouvoirs d'une façon qui mettrait en péril (*impairs*) l'intégrité des Etats ou leur capacité de fonctionner effectivement dans un système fédéral. »¹

C'était le retour au fédéralisme dualiste. Et Justice Rehnquist concluait : « Bien qu'il y ait des différences évidentes entre les écoles et les hôpitaux visés par *Wirtz*, et les départements de la police et des pompiers visés dans cette affaire, chacun est une portion intégrale de ces services gouvernementaux que les Etats et leurs subdivisions politiques ont traditionnellement fourni à leurs citoyens. Nous sommes donc persuadés que *Wirtz* doit être annulé (*Overruled*). » Traduisons : il y a des services qui sont des « fonc-

1. Sur National League of Cities, voir M.-F. Toinet, *op. cit.*, p. 179, et R. F. Cushman, *op. cit.*, p. 183, plus complet.

tions gouvernementales traditionnelles » auxquelles le Congrès ne doit pas toucher.

La décision, avons-nous dit, a été rendue par une Cour divisée (5 contre 4), et Justice Blackmun montrait déjà, dans son opinion concurrente, que s'il avait rejoint Justice Rehnquist et ses amis, ce n'était pas sans réticence !

Neuf ans plus tard, sa décision est prise. A l'occasion de l'affaire *Garcia*, il rejoint les 4 juges minoritaires de *National League of Cities* (toujours les mêmes, on reste longtemps à la Cour suprême !) et ainsi, la Cour suprême opère un nouveau revirement de jurisprudence spectaculaire. Une fois de plus, le fédéralisme dualiste est abandonné et le centralisme reprend sa marche en avant.

II - L'ARRÊT GARCIA DE 1985

L'arrêt *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority et al.*, 469 US 528, 105 S Ct 1005 (1985) est maintenant (juin 1991) « the Pathmarking Decision » en la matière (l'arrêt de principe)¹.

Pourtant, dès 1983, une affaire lui avait ouvert la voie. De 1976 à cette date, la Cour avait souvent été saisie par les Etats invoquant le X^e Amendement contre une disposition prise par le Congrès et elle avait toujours, à l'unanimité, trouvé que le Congrès avait exercé son pouvoir en vertu de la « commerce clause » correctement.

En 1983, dans un affaire très semblable à celle de *National League of Cities*, il n'en est plus de même.

Dans son arrêt *Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) v. Wyoming* (1983), la Cour déclare valablement applicable à l'Etat l'Age Discrimination in Employment Act tel qu'il vient d'être amendé par le Congrès. La décision est rendue par 5 voix contre 4, et dans une très forte opinion dissidente, Chief Justice Burger, Justices Powell, Rehnquist et O'Connor (qui a remplacé Justice Stewart en 1981) protestent violemment.

En fait, Justice Blackmun avait changé de camp et cela se confirmera d'une manière éclatante avec l'arrêt *Garcia* de 1985.

L'arrêt *Garcia* est, lui aussi, rendu par une Cour divisée, 5 voix contre 4. Cette fois-ci, on trouve dans la majorité, les 4 de la minorité de *National League of Cities* (Justices Brennan, White, Mars-

1. Sur *Garcia*, voir M.-F. Toinet, *op. cit.*, p. 191.

hall et Stevens) et Justice Blackmun. C'est précisément celui-ci qui sera chargé de « délivrer » l'opinion de la Cour.

Justice Powell délivrera une opinion dissidente à laquelle Chief Justice Burger et Justices Rehnquist et O'Connor se joindront. Justice Rehnquist formulera, en plus, une opinion dissidente personnelle ainsi que Justice O'Connor. Justices Powell et Rehnquist se joindront à l'opinion de Justice O'Connor.

Il importe d'examiner d'abord l'opinion majoritaire, ensuite les opinions dissidentes.

Nous pourrions le faire rapidement car les problèmes soulevés ont été précédemment examinés.

A / L'opinion majoritaire

C'est toujours une loi du New Deal, celle de 1933, le Fair Labor Standards Act (FLSA), amendé cette fois-ci, en 1974, qui est à la source du conflit. En 1979, la Wage and Hour Administration du Département fédéral du Travail décide que la SAMTA (San Antonio Metropolitan Transit Authority) doit appliquer les dispositions relatives au salaire minimum et aux heures supplémentaires. SAMTA saisit la Cour fédérale de District et invoque National League of Cities de 1976 (*supra*), arguant que ces problèmes se rapportent aux *traditional governmental functions*, donc en dehors de la compétence du Congrès, SAMTA étant une autorité administrative texane chargée des transports en commun de la ville de San Antonio (Texas). La Cour fédérale de District donne raison à SAMTA. Garcia, un employé de la Compagnie, fait appel devant la Cour suprême, invoque le bénéfice du FLSA, et celle-ci, renversant National League of Cities, lui donne raison.

Dans l'opinion de la Cour, rédigée, nous l'avons dit, par Justice Blackmun, celui-ci raisonne de la façon suivante : après avoir dans un premier point (469 US 531) retracé très minutieusement l'histoire des transports publics à San Antonio, il affirme dans un second point (469 US 537) que SAMTA tombe sous le coup de la loi fédérale (*is not immune*) prise en vertu de la clause du commerce, car « l'autorité du Congrès qui découle de la clause du commerce s'applique aux activités économiques du commerce intra-étatique qui affectent le commerce inter-étatique ». C'est ici que Justice Blackmun affirme que le critère des *traditional governmental functions* des Etats doit être rejeté car par le passé, la Cour a trop erré pour dire si telle fonction était traditionnelle ou non. Il passe alors en revue toute la jurisprudence incertaine de la Cour sur ce point (469 US 540...).

Il en conclut, ce qui est proprement étonnant pour un juge à la Cour suprême, suivi qui plus est par la majorité de ses collègues, que ce n'est pas « au pouvoir judiciaire fédéral non élu » de prendre des décisions politiques et de dire ce que peut faire l'Etat fédéral, ce que peuvent faire les Etats fédérés (469 us 546) (to make decisions about which state policies if favors, and which ones it dislikes !).

La « souveraineté des Etats » est-elle alors en danger ? se demande Justice Blackmun. Que non, répond-il dans un troisième point. Les Etats ont un rôle à jouer dans la sélection des branches exécutive et législative fédérales, ils ont même une représentation égale au Sénat (469 us 551), et par conséquent les lois fédérales émanent de la volonté des Etats particuliers.

On comprend que devant des affirmations aussi fantaisistes, aussi contraires à toute la tradition constitutionnelle américaine, les juges de la minorité aient réagi vigoureusement.

B / *Le point de vue des juges de la minorité*

Celui-ci est exprimé essentiellement par Justice Powell et par Justice O'Connor.

Les deux opinions dissidentes sont longuement élaborées et minutieusement argumentées. La place nous manque pour les examiner en détail. Qu'il nous suffise simplement de rappeler que Justice Powell n'accepte pas le nouveau rôle diminué de la Cour suprême que propose la majorité du moment. Il affirme que « quoique "non élu", c'est au pouvoir judiciaire fédéral que revient le soin de déterminer les limites du pouvoir fédéral et du pouvoir des Etats » (469 us 564) et qu'il est faux de dire que les Etats peuvent se protéger, de l'intérieur du Congrès. Il affirme que « le Congrès est devenu particulièrement insensible aux valeurs défendues par les Etats et les autorités locales » (469 us 565) et que Représentants et Sénateurs représentent plus des « circonscriptions électorales nationales » (traduisons des groupes de pression), fermiers, hommes d'affaires, travailleurs, écologistes... que des circonscriptions territoriales ! (*ibid.*, et « ces clientèles électorales nationales ne s'intéressent guère aux intérêts des Etats et ainsi la position des officiels des Etats se trouve réduite » (*ibid.*). Ce qui est particulièrement vrai pour les gouverneurs.

CONCLUSION

Ainsi avec Garcia, c'en est fait de la « souveraineté », de l'autonomie des Etats puisque, comme le dit dans cette affaire Justice O'Connor (469 US 588) : « Avec l'abandon de National League of Cities, l'essentiel de la souveraineté restant aux Etats ne dépend plus que de la bonne volonté du Congrès (*his capacity for self-restraint*). »

Evidemment on peut se dire que Garcia ne sera qu'un feu de paille. L'arrêt a été rendu par 5 voix contre 4 et dans la majorité figuraient des juges âgés. Justice Souter a déjà remplacé Justice Brennan, Justice Marshal a annoncé sa démission le 27 juin 1991.

Et théoriquement le « Nouveau Fédéralisme » de Ronald Reagan a repris vigueur. On sait que désormais les Etats regardent moins vers Washington et n'hésitent pas à prendre des contacts directs avec le Japon, les pays européens (des bureaux d'information y sont ouverts...).

Et la Cour suprême même n'a-t-elle pas une position assez ambiguë ? Car si elle a rendu Garcia, elle a aussi transféré aux Etats beaucoup de responsabilités, en matière d'avortement par exemple (arrêt *Webster et al. v. Reproductive Health Services et al.*, 109 S Ct 3040 (1989)).

En fait, on peut être sceptique et penser que rien n'arrêtera la centralisation.

D'abord, la situation financière des Etats est catastrophique (voir en ce sens : *Time Magazine* du 4 mars 1991, p. 52). Et le gouverneur de Californie, Pete Wilson (Républicain), peut bien dire qu'il trouvera l'argent nécessaire pour contrer l'action restrictive de la Cour suprême, toujours en matière d'avortement, qui découle de son récent arrêt du 23 mai 1991 on se demande comment il pourrait le faire alors que la Californie aura un déficit budgétaire de 13 milliards de dollars pour 1991-1992.

Enfin, faut-il compter sur une Cour plus conservatrice pour renverser Garcia ? Rien n'est moins sûr !

Un arrêt de 1988, *South Carolina v. Baker, Secretary of the Treasury*, 485 US 505, confirme Garcia, déclare que c'est dans l'action du Congrès que les Etats doivent trouver leur protection et non dans le pouvoir judiciaire !

Quelle majorité pour cette décision ? 7 voix contre 1. Parmi les 7 voix, des nouveaux : Justice Scalia qui a remplacé Chief Justice Burger, Chief Justice Rehnquist, qui n'est plus le Justice Rehnquist de Garcia et qui semble amorcer un virage « à la Blackmun ».

Reste seule opposée à cette jurisprudence Garcia, Justice O'Connor qui défend toujours, dans cette affaire, National League of Cities ainsi, entre parenthèses, que l'Association nationale des Gouverneurs dans cette affaire.

Justice Powell a quitté la Cour en 1987, et Justice Kennedy qui l'a remplacé n'a pas pris part aux délibérations de 1988.

RÉSUMÉ. — *Les arrêts de la Cour suprême relatifs au partage des compétences entre la Fédération et les Etats remontent au début de la création des Etats-Unis, de la Constitution de 1787.*

Depuis l'arrêt McCulloch (1819), la suprématie de l'Etat fédéral est consacrée et les droits des Etats, affirmés par le X^e Amendement, se réduisent de plus en plus.

Avec l'arrêt Garcia (1985), les Etats n'ont pratiquement plus de droits garantis.

ROGER PINTO

La mort devant la Cour suprême

Peine capitale et avortement

La Constitution des Etats-Unis informe la jurisprudence de la Cour suprême en plusieurs amendements adoptés en 1791, il y a deux cents ans. Ces amendements constituent une véritable déclaration des droits et libertés — le *Bill of Rights*. Il a été étendu progressivement aux Etats membres par la Cour suprême en vertu de l'Amendement XIV (1868). La disposition la plus générale porte que « Nul ne sera privé de vie, liberté ou propriété sans garanties suffisantes ». Au-delà des procédures régulières dans l'application de la loi, le pouvoir législatif national et local est ainsi limité dans sa substance même. La Cour suprême, au long des années, définit, on le sait, ses limites — essentiellement depuis le *New Deal* — dans le domaine des droits et libertés de l'individu. On est passé d'un gouvernement des juges à la protection constitutionnelle des droits et libertés contre les majorités politiques et les opinions publiques dominantes. On connaît l'apport de la Cour Warren consolidé sous Burger, frappé d'un certain recul sous Rehnquist.

La persistance du combat pour maintenir un noyau dur des libertés contre l'oppression majoritaire apparaît clairement dans la jurisprudence de la Cour que nous explorons — peine de mort et avortement — domaines particulièrement sensibles au déchaînement des passions. Nous y constaterons une évolution parallèle, apparemment contradictoire, en tout cas, paradoxale. Plus la jurisprudence protège la vie du fœtus, moins elle protège la vie de l'être humain, de l'étant, en acceptant et en étendant la peine de mort.

Le paradoxe existe au sein de l'opinion publique. Les plus violents partisans de « laissez-les vivre » sont aussi ceux qui défendent avec le plus d'acharnement la peine de mort.

I

L'Amendement V interdit la mise en jugement pour « crime capital » sans acte préalable d'accusation. L'Amendement VIII proscribit d'infliger « un châtement cruel ou anormal ». Les Pères fondateurs n'ont pas aboli la peine de mort. Par contre, ils se sont directement inspirés du *Bill* des droits anglais (1688) et ont entendu mettre fin aux procédures barbares d'instruction et aux supplices condamnés par la philosophie des Lumières. Tout en rejetant les recours fondés sur « la vie » garantie par la clause de *due process* et le caractère « cruel ou anormal » de la peine de mort, ou de ses conditions d'application, la Cour suprême n'en invoquait pas moins la possibilité d'une évolution. Elle considère que les expressions *due process* et « châtement cruel ou anormal » ne sont pas des concepts statiques ou des termes de sens précis. Le premier signe d'une telle évolution apparaît en 1958 dans l'opinion du président de la Cour Warren. A propos de la peine de mort, Warren souligne que l'Amendement VIII tire sa portée du caractère évolutif des « standards de décence qui marquent le progrès de civilisation d'une société ». Mais il constate aussi : « La peine de mort a été utilisée tout au long de notre histoire et, à notre époque, où elle est encore largement acceptée, on ne peut dire qu'elle viole le concept constitutionnel de cruauté. »

Le tournant est pris en 1972 dans l'arrêt *Furman c. Georgie*. Une Cour suprême, très divisée, refuse de prononcer l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Les plus modérés, grâce à l'appoint des juges abolitionnistes, l'enserrent dans un réseau serré de conditions telles que les lois en vigueur dans les Etats ne passent pas les tests imposés. L'exécution des condamnés est suspendue en attendant que la législation soit adaptée aux critères établis par la Cour. Certains observateurs américains avaient pu penser que l'arrêt *Furman c. Georgie* supprimait en pratique la peine de mort. Ce ne fut pas le cas. Des « standards » suffisants sont incorporés dans les lois des Etats. En 1976, la Cour suprême peut alors affirmer la constitutionnalité de la nouvelle loi de Georgie.

Tout en statuant au coup par coup et tenant le plus grand compte des circonstances propres à chaque affaire, la Cour

suprême, au cours des dix années qui suivirent, a exercé son contrôle tant sur les cas d'instauration de la peine de mort que sur les conditions de son prononcé. Le contrôle est minimal sur le premier point. La Cour n'accepte pas que la peine de mort soit automatiquement prononcée pour une certaine catégorie de crimes même limitée. Elle applique le « principe de proportionnalité » qui interdit au législateur d'établir la peine de mort pour des infractions dont la gravité est insuffisante pour la justifier — ce qui ne répond pas, au surplus, aux objectifs déclarés de ce châtiment : expiation, rétribution, dissuasion. Elle en a ainsi rejeté l'établissement en cas de viol (*Coker c. Georgie*, 1977). Elle a écarté la peine de mort prononcée contre un accusé âgé de 15 ans lors du crime (*Thomson c. Oklaoma*, 1988). Plus récemment, elle est revenue quelque peu en arrière sur ce point (*Stanford c. Kentucky*, 1989). L'incertitude demeure sur l'exécution des arriérés mentaux (*Penry c. Lynaugh*, 1989).

Par contre, la Cour demeure longtemps ferme sur les conditions dans lesquelles la peine de mort est prononcée. La législation en cause ou, si la loi est vague ou ambiguë, la jurisprudence de la Cour suprême de l'Etat doivent respecter les directives suivantes : la peine de mort doit être prononcée (par le jury ou par le juge) au cours d'une audience spéciale suivant la déclaration de culpabilité ; la peine de mort ne peut intervenir d'une manière capricieuse ou arbitraire. D'une part, au moins une ou plusieurs circonstances aggravantes bien énoncées et définies par la loi et la jurisprudence telles que récidive, caractère dépravé, haineux, atroce ou cruel du meurtre, devront être constatées. Mais d'autre part, la loi et la jurisprudence ne peuvent limiter l'examen, par le jury ou le juge, des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé reconnu coupable ni leur pouvoir de les prendre en considération.

Ces directives tracent une frontière incertaine et perméable. La personnalité profonde des juges, le contexte odieux du crime puni, les réactions de défense des législatures et de l'opinion publique devant l'accroissement des meurtres ont conduit tout récemment la Cour à accepter des condamnations capitales infligées contrairement aux critères établis depuis 1972.

En 1989, la Cour, dans une opinion rédigée par le juge Sandra O'Connor (*Penry c. Lynaugh*) confirme sa jurisprudence selon laquelle l'Amendement VIII à la Constitution interdit les châtements cruels et extraordinaires tels que les définissent les standards de décence résultant de l'évolution de la société. Ces standards de décence sont exprimés de la façon « la plus claire et la plus sûre »

par le législateur. Ils n'interdisent pas l'exécution d'un arriéré mental. Le président Rehnquist, les juges White, Scalia et Kennedy ont approuvé sur ce point l'opinion de Sandra O'Connor. Ils ne l'ont pas suivie lorsqu'elle relève et décide que la sentence de mort a été prononcée en violation de la procédure requise par la Cour dans sa construction constitutionnelle de l'Amendement VIII.

Les juges Brennan, Marshall, Blackmun et Stevens ont permis la formation d'une majorité de rechange. Ils approuvent, en effet, l'opinion de Sandra O'Connor dans la mesure où elle constate la violation de la procédure constitutionnelle : les instructions de la Cour concernant l'application de la peine de mort n'ont pas permis au jury de prendre en considération l'ensemble des circonstances atténuantes qu'un accusé peut invoquer selon la jurisprudence constante de la Cour. En d'autres termes, par sa seule voix, prépondérante en quelque sorte, Sandra O'Connor a fait juger par la Cour, d'une part, que l'Amendement VIII n'interdisait pas, en principe, la condamnation des arriérés mentaux, et, d'autre part, que cette condamnation ne peut être prononcée qu'après examen de l'ensemble des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé. Or, en l'espèce, les instructions de la Cour n'avaient pas clairement indiqué au jury ses pouvoirs et ses obligations constitutionnelles.

Par contre, ces quatre juges ont exprimé leur dissentiment sur l'interprétation donnée par l'autre majorité. Brennan, approuvé par Marshall, estime que l'Amendement VIII n'autorise pas la condamnation à mort des arriérés mentaux.

Cette même année 1989, Sandra O'Connor rejoint les quatre juges « conservateurs » lorsque, par la voix de Scalia, ils décident que l'Amendement VIII n'interdit pas de prononcer la peine de mort contre des adolescents. Comme dans l'affaire *Penry*, la majorité considère que les adolescents ne constituent pas plus que les arriérés mentaux une catégorie particulière pour laquelle la peine de mort serait un châtiment cruel ou extraordinaire. Ils suivent le droit constitutionnel commun (*Stanford c. Kentucky*).

Dans deux affaires décidées en 1990, le juge O'Connor continue de jouer le rôle de pivot en ralliant à nouveau les « conservateurs ». La Cour interprète d'une façon beaucoup plus lâche, sans pourtant en écarter le principe, les critères constitutionnels rigoureux d'application de la peine de mort.

Cinq juges sont d'accord pour admettre la constitutionnalité des critères des circonstances aggravantes posés par la loi d'Arizona tels qu'ils sont définis et mis en œuvre par la jurisprudence de la Cour suprême de l'État : le meurtre a été commis pour de l'argent ou d'une

manière haineuse ou cruelle ou dépravée (*Walton c. Arizona*). Ils se refusent à réexaminer la détermination de la Cour suprême d'Arizona selon laquelle la peine de mort n'a pas été appliquée d'une façon disproportionnée au sens de l'Amendement VIII. D'une part, la circonstance aggravante retenue est définie par la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona d'une façon suffisamment précise, ce qui ne rend pas nécessaire constitutionnellement l'examen de « proportionnalité ». D'autre part, la Cour suprême d'Arizona a procédé « de bonne foi » : « la Constitution n'exige pas que [la Cour suprême] aille... au-delà de cette conclusion ». Quatre juges expriment une opinion dissidente. Pour Brennan approuvé par Marshall, dans ses dernières décisions, la Cour fait bon marché, et ici de la façon la plus cavalière, de la jurisprudence des vingt dernières années exigeant une enquête très soigneuse de sa part. La Cour ne s'assure pas, par un examen approfondi, que la peine de mort n'a pas été prononcée « par fantaisie, préjugé ou erreur », comme l'avait déclaré Sandra O'Connor en 1982. Aujourd'hui, elle manifeste « une préoccupation opposée et ouvre aux Etats la possibilité d'exécuter des accusés avec la plus petite interférence possible de notre doctrine établie concernant le VIII^e Amendement ». De son côté, le juge Blackmun, approuvé par Brennan, Marshall et Stevens, considère que la définition des circonstances aggravantes fournie par la loi et précisée par la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona ne répond pas aux exigences constitutionnelles imposées par le VIII^e Amendement. La majorité avait distingué, on l'a vu, les « précédents » faisant autorité : *Godfrey c. Georgie* (1980) et *Maynard c. Carthwright* (1988) par deux motifs. D'une part, la peine de mort est prononcée ici par un juge professionnel. Blackmun n'en disconvient pas. Mais par une analyse serrée de la jurisprudence de la Cour suprême d'Arizona, il constate qu'elle n'a fixé aucune limite significative à la portée de la formule législative en soi inconstitutionnelle. Pour distinguer les précédents, la majorité avait invoqué un second motif. La Cour suprême d'Arizona, dans ce cas particulier, a appliqué aux faits constatés une définition limitative satisfaisante de la circonstance aggravante. Elle a pu, selon la majorité, en conclure d'une façon indépendante et directe que le meurtre était « spécialement cruel ». Blackmun rejette cette argumentation.

La majorité de la Cour, dont Scalia se sépare, n'est pas unanime sur un élément fondamental de la jurisprudence établie : le jury ou le juge qui prononce la peine de mort ne peut, sous peine d'inconstitutionnalité, se voir interdire de prendre en considération l'existence de circonstances atténuantes, ni se voir imposer de prononcer automatiquement la peine de mort.

Cette jurisprudence est confirmée par un arrêt du même jour (*Arizona c. Jeffers*). La Cour infirme l'arrêt d'une cour d'appel fédérale qui avait déclaré inconstitutionnelle la définition par la législation de l'Arizona, des circonstances aggravantes, sinon dans son principe, au moins dans les circonstances où elle avait été appliquée à un accusé pour le condamner à mort.

Il n'est pas indifférent de souligner que l'opinion de la Cour a été prononcée par Sandra O'Connor. Elle rappelle avec force les principes constitutionnels fondamentaux de la jurisprudence de la Cour, même si dans le cas particulier, leur application conduit à reconnaître la constitutionnalité de la peine de mort prononcée. De son côté, l'opinion dissidente de Blackmun reprend et approfondit sa démonstration dans l'affaire *Walton* sur l'absence, dans la législation et la jurisprudence d'Arizona, des précisions suffisantes requises par le VIII^e Amendement pour définir rigoureusement le concept de circonstance aggravante. Il considère que la Cour a encore aggravé sa tendance à examiner les moyens constitutionnels présentés par les condamnés à la peine capitale d'une façon superficielle.

Le régime constitutionnel actuel de la peine de mort a conduit à un véritable chaos. Le rôle des préjugés inconscients des magistrats et des jurés, les appréciations divergentes des faits, le contexte généralement horrible des crimes et l'augmentation constante de leur nombre, l'appartenance des accusés à une minorité raciale ou marginale, les inégalités extrêmes dans leur défense, la multiplication possible des procédures, le maintien durant de très longues années des condamnés dans le couloir de la mort, contribuent à faire de l'application de la peine capitale un système où se perdent les objectifs affirmés du châtement suprême : expiation, rétribution, exemplarité, dissuasion.

Le juge Powel qui a pris une part prépondérante à l'élaboration de la jurisprudence de la Cour a jeté un cri d'alarme (*Capital Punishment, Harvard Law Review*, 1989). Les fondements mêmes de la peine de mort — rétribution et dissuasion — sont défaits. Un remède pourrait être trouvé si la Cour renonçait à exercer un contrôle constitutionnel sérieux et approfondi sur les condamnations à mort. La majorité de la Cour en 1991 n'était pas prête à accepter un tel recul même si elle a interprété avec souplesse les critères de constitutionnalité.

La Cour n'entend sans doute pas abandonner à chaque Etat de l'Union la définition du « châtement cruel ou anormal » au risque de voir le statut de la peine de mort se fragmenter au gré des opi-

nions locales. Il pourrait ainsi être porté atteinte aux droits fondamentaux de l'individu garantis par la Constitution fédérale.

Le juge Powell approuverait une limitation par la loi fédérale des multiples et successifs recours qui paralysent le système. Mais pour éviter d'aggraver encore les inégalités iniques existantes, il lie cette réforme à l'organisation d'une aide légale effective qui n'existe pas. Avec la majorité actuelle de la Cour, il maintient sa position : « J'adhère à l'opinion selon laquelle la peine de mort peut être imposée légalement sous notre constitution. » Mais si la situation actuelle persiste, il invite le Congrès et les législatures des Etats « à se demander sérieusement si conserver un tel châtement, qui est appliqué au hasard, est dans l'intérêt public ».

Un effort particulier est tenté par le président Rehnquist pour réduire au maximum les recours d'*habeas corpus*. Il a mené, en vain, une campagne personnelle auprès du Congrès pour le persuader de modifier la loi sur l'*habeas corpus*. Les leaders du Parti démocrate et des juges fédéraux de rang élevé s'y sont opposés. Son initiative a été reprise par le Président Bush qui, après la fin de la guerre du Golfe, a demandé le vote, dans les cent jours, de mesures drastiques contre la criminalité, notamment en limitant strictement les recours d'*habeas corpus*. Mais la Cour suprême est allée plus vite encore ; dans son arrêt *McCleskey c. Zant* (16 avril 1991), elle décide, au jugement de Kennedy, par six voix (Rehnquist, White, Sandra O'Connor, Scalia et Souter) contre trois (Marshall, Blackmun et Stevens), qu'après un recours en *habeas corpus*, tout recours subséquent doit être rejeté, sauf dans des circonstances exceptionnelles. La majorité entend mettre fin à l'abus de recours qui « discrédite tout le système de la justice criminelle ». Selon la règle désormais établie, tout recours supplémentaire soulevant un moyen nouveau sera considéré « comme abusif à moins que le condamné ne démontre qu'il existait une raison suffisante (*cause*) pour n'avoir pas soulevé le moyen antérieurement et que le vice constitutionnel allégué lui a fait subir un préjudice actuel. Par raison suffisante, il ne faut pas entendre une erreur de droit ou de jugement de l'avocat. Il faut que la conduite de cet avocat soit si déficiente qu'elle constitue « une assistance constitutionnellement inefficace ». Elle doit résulter d'un obstacle extérieur empêchant l'avocat de développer ou de soulever le moyen. En l'absence de cette raison suffisante, la nouvelle requête en *habeas corpus* doit être rejetée sauf pour empêcher « une erreur judiciaire fondamentale », ce qui ne surviendra que « dans des circonstances extraordinaires ». Dans l'affaire jugée, le condamné invoquait, dans un second recours, un moyen de droit cons-

titutionnel fondé sur l'existence d'un document dissimulée par l'accusation. Ce document était constitué par un témoignage de 21 pages, demandé à un « mouton » placé dans une cellule voisine du condamné. Cette dissimulation était contraire à l'Amendement VI. Mais la Cour suprême considère que la violation de l'Amendement VI aurait pu et dû être soulevée avant même la divulgation du témoignage retenu car les faits qu'il énonce « étaient connus — depuis toujours par l'accusé — bien qu'il soutienne ne les avoir appris que par le document de 21 pages ». L'accusé n'a donc pas démontré une « raison suffisante » de recevabilité de son second recours. Marshall, porte-parole de la minorité, ironise sur le fait que Rehnquist, qui n'a pas obtenu gain de cause devant le pouvoir législatif, amende la loi par la voie judiciaire : « La majorité exerce un pouvoir législatif qui n'appartient pas, il faut en convenir, à la Cour... C'est un axiome que la Cour ne fonctionne pas comme renfort d'une assemblée législative pour réexaminer des tentatives infructueuses d'amender les lois existantes. » Sur le fond, la minorité souligne que la nouvelle doctrine encourage les autorités d'un Etat à refuser au condamné l'accès à certaines pièces du dossier susceptibles de justifier un appel.

La Cour a pris un véritable « arrêt de règlement » concernant le recours fédéral en *habeas corpus* : charge de la preuve, cas d'usage abusif du recours, exceptions strictes aux cas ainsi définis. Dans un éditorial sévère, le *New York Times* condamne cet abus par la Cour elle-même du « Grand Recours » (20 avril 1991).

Un mois plus tard cependant, elle réaffirmait la singularité de la peine de mort. O'Connor et Kennedy rejoignaient la minorité libérale (Marshall, Blackmun et Stevens) en considérant que « la mort est un bâtiment d'une autre sorte ». L'arrêt prononcé par Stevens annule la peine capitale infligée en Idaho alors que l'accusé et son avocat n'avaient pas été officiellement informés que cette peine serait requise. Cette absence de notification est contraire au *due process* et porte atteinte aux droits de la défense. Dans une opinion dissidente, approuvée par Rehnquist, White et Souter, Scalia estime que la Cour accepte à tort un nouveau moyen de défense reposant sur l'ignorance de la loi. Pour lui, l'accusé et son conseil ne pouvaient exclure, dès le début de la procédure, la possibilité de la peine de mort (20 mai 1991, *Lankford c. Idaho*, *New York Times*, 21 mai).

Aujourd'hui, deux juges, et peut-être un seul désormais, considèrent que la peine de mort est « en toutes circonstances un châtiment cruel et anormal... totalement inconsistant avec le principe constitutionnel de la dignité de l'homme ».

II

Dans le temps même où la Cour suprême accepte que la peine de mort frappe plus facilement un être humain, elle tend à donner à l'embryon une protection accrue. Sans doute, elle n'a pas abrogé expressément le principe adopté en 1973 (*Roe c. Wade*) par sept voix contre deux : la liberté pour une femme de décider seule de mettre fin à sa grossesse est un droit constitutionnel fondamental. La loi ne peut limiter l'exercice de ce droit au respect de la vie privée, de l'intimité, que pour un « motif impérieux ». Tout d'abord, la Cour donne toute son extension au principe. Elle le restreint pourtant indirectement en admettant la constitutionnalité du refus par l'Union ou les Etats membres d'aide publique aux femmes enceintes, en l'absence d'indication thérapeutique (*Maher c. Doe*, 1977). Depuis 1989, une nouvelle majorité apparaît. La Cour accepte la constitutionnalité de mesures législatives invoquant apparemment des motifs impérieux mais dont le but réel est de faire obstacle au libre choix de la femme.

Le fondement constitutionnel de *Roe c. Wade* se trouve dans la clause de *due process* qui protège la liberté mais également la vie de chacun. Une coordination, sinon une conciliation, sont nécessaires. La Cour considère que la protection du droit à la vie commence à partir du moment où un fœtus est viable, peut survivre et se développer hors du sein de sa mère. Le législateur ne peut supprimer le droit de la femme en proclamant que la vie commence dès la conception.

En 1990 (*Webster c. Reproductive Health Services*) une majorité de la Cour a refusé cependant de se prononcer sur la constitutionnalité du Préambule d'une loi du Missouri affirmant que la vie commence dès la conception. Pour écarter cet examen, elle constate que le préambule — constitutionnel ou non — ne régleme pas l'avortement, et, en l'état, est sans effet sur les questions de droit posées à la Cour. Ce refus relève d'une technique classique. Sa gravité apparaît à la lecture de l'opinion de la Cour. Pour quatre juges, la liberté de choix de la femme n'est pas un droit fondamental constitutionnellement protégé, mais un simple intérêt à la liberté.

Le juge Stevens a attiré l'attention sur un fondement constitutionnel, autre que le *due process* ou l'égle protection des lois, au droit de la femme de choisir librement de procréer : la clause de l'Amendement I^{er} qui interdit d'accorder une préférence à une religion. Dans l'affaire *Webster*, le juge Stevens déclare que le Préambule de la loi du Missouri est contraire à la Constitution — car il

« consacre d'une façon non équivoque une doctrine religieuse... sans servir un intérêt séculier identifiable ». On constate, en effet, que l'interdiction de l'avortement est essentiellement revendiquée au nom d'un dogme religieux. Sa consécration législative violerait donc la clause d'établissement.

Au fond, la loi du Missouri telle qu'elle a été interprétée par la Cour ne contredit pas le critère principal posé par *Roe c. Wade*. Elle impose, à partir de la vingtième semaine de grossesse, à la femme qui désire avorter de demander au préalable un test de viabilité du fœtus. L'arrêt décide qu'il appartient au praticien de déterminer, selon l'état de l'art et son propre jugement, les tests raisonnables et nécessaires de viabilité. En d'autres termes, la loi supprime le libre choix de la femme, après la vingtième semaine de grossesse et non, comme prévu par l'arrêt de 1973, la vingt-quatrième, s'il est médicalement démontré que le fœtus est viable. Il confirme, entre autres, la constitutionnalité de dispositions interdisant l'usage de fonds, d'employés ou de facilités publics en vue de conseiller ou d'encourager un avortement qui n'a pas pour objet de sauver la vie de la femme.

En 1990, la Cour était à nouveau confrontée au délicat problème de l'avortement des célibataires mineures. Le droit constitutionnel de mettre fin à une grossesse est-il violé si la loi impose à l'adolescente d'informer ses parents ou l'un d'eux, ou de recueillir leur accord, avec ou sans possibilité de recours ou de moyens d'é luder un refus ? Les précédents étaient plutôt favorables au libre choix de l'adolescente. L'arrêt *Hodgson c. Minnesota* est prononcé par le juge Stevens. Il décide que la loi du Minnesota est inconstitutionnelle dans la mesure où elle exige que les deux parents soient avertis de l'avortement envisagé. Mais pour une autre majorité de la Cour, le délai d'attente de quarante-huit heures après notification (à un seul parent) n'est pas déraisonnable. Cette même majorité admet la constitutionnalité du recours judiciaire ouvert à l'adolescente qui ne souhaite pas informer sa famille de sa grossesse. Elle se retrouve dans l'arrêt *Ohio c. Akron Center for Reproductive Health* (1990).

La loi d'Ohio interdit aux médecins de procéder à un avortement sur la personne d'une mineure célibataire avant de notifier cette intervention à l'un des parents ou de s'assurer que leur patiente a obtenu l'autorisation d'un tribunal pour enfant. C'est l'occasion pour le juge Scalia de rappeler son opinion : la Constitution ne contient aucun droit à l'avortement. De son côté, le juge Stevens refuse de statuer sur la constitutionnalité de la loi avant sa mise en œuvre. La réglementation est, en ses dispositions nues, conforme aux précédents. Il faut donc encore attendre. Les trois juges « libéraux » s'ex-

priment, cette fois, par la voix de Blackmun. Pour eux, les dispositions de loi de l'Ohio « ne sont que des éléments, mal déguisés, destinés à décourager la décision d'avortement », « un labyrinthe tortueux ». La majorité examine ces dispositions d'une façon fragmentaire et isolée, non dans leurs relations et interconnexions. Au terme de son examen à la fois détaillé et global, la minorité juge qu'il s'agit d'une loi *contre* l'avortement donc inconstitutionnelle. Elle frappe ceux « de l'autre monde » que la Cour « ignore ou refuse de reconnaître », les pauvres, les débâités, ceux qui auraient le plus besoin de la protection de la Constitution.

La Cour vient d'ouvrir et d'entendre un débat sur la politique fédérale de l'avortement. En 1988, au cours de la présidence de Reagan, le Département de la Santé et des Services humanitaires a modifié les conditions d'application de la loi fédérale de 1970 sur le Planning familial (Titre X), aux cliniques publiques ou privées recevant des subventions. Environ 4 500 institutions reçoivent un montant annuel de 140 millions de dollars et accueillent plus de 4 millions de femmes aux revenus faibles. Jusque-là, les cliniques étaient non seulement autorisées à fournir des informations sur l'avortement mais devaient indiquer aux femmes enceintes toutes leurs options y compris l'avortement. La nouvelle réglementation leur interdit de répondre aux questions concernant l'avortement et leur impose de prévoir un programme d'action en faveur de la maternité. Son application a été suspendue par injonction judiciaire, jusqu'à ce que la Cour suprême se soit prononcée.

Grâce au départ à la retraite de Brennan et à la voix du juge Souter, célibataire endurci, la Cour vient d'approuver la légalité et la constitutionnalité du règlement restrictif. Sandra O'Connor s'est jointe, au contraire, à la minorité libérale (Blackmun, Marshall et Stevens). Le président Rehnquist souligne que la décision, statuant sur un recours direct dirigé contre la loi, porte exclusivement sur le texte tel qu'il est rédigé et non ses conditions concrètes d'application, par exemple, au cas d'urgence médicale. La jurisprudence permet au gouvernement fédéral d'accorder des fonds publics aux seules fins auxquels ils sont destinés. Le droit constitutionnel de promouvoir, de conseiller, de choisir l'avortement demeure. Pour Blackmun, la réglementation porte atteinte à la liberté de parole de ceux qui dépendent du soutien financier du gouvernement. Jusqu'ici, la Cour ne l'avait jamais permis. O'Connor préfère constater simplement que la réglementation contestée excède les limites d'une interprétation raisonnable et constitutionnellement incontestable de la loi fédérale. Stevens sou-

ligne, à cet égard, que pendant dix-huit ans et sous quatre présidences, la loi n'a pas été interprétée comme autorisant la censure des informations fournies par les centres bénéficiaires de subventions (23 mai 1991).

Le *Bill of Rights* permet à la Cour suprême de prononcer l'inconstitutionnalité tant de la peine de mort que de l'avortement lorsque le fœtus est viable et la vie de la mère n'est pas en danger. Aujourd'hui, une majorité de la Cour n'écarte pas la peine de mort et n'exige plus des conditions très strictes de son prononcé. Elle accepte les obstacles les moins justifiés au droit d'avorter. Aucun renouvellement des juges, susceptible de modifier cette majorité n'est prévisible¹.

Une évolution peut cependant surgir au sein de la Cour elle-même. Elle pourrait prendre conscience de l'impasse où la jurisprudence actuelle a conduit. Le régime constitutionnel de la peine de mort est, comme on l'a constaté, aberrant et kafkaïen. Pour en sortir, il faudrait, sans doute, choisir entre la suppression du contrôle de constitutionnalité ou la suppression de la peine : effacer l'Amendement VIII ou lui redonner de sa pleine vigueur. La jurisprudence, en matière d'avortement, prive pratiquement de leur droit de choisir les femmes les plus démunies. Elle permet à une poignée d'Etats de l'Union de faire échec à une liberté fondamentale.

Une certaine pression de l'opinion publique sur la Cour n'est pas à écarter. Certes, l'opinion moyenne rejette l'abolition de la peine de mort, au moins pour les crimes les plus horribles ou commis contre certaines personnes (policiers par exemple). Mais, elle est également préoccupée par des inégalités dans son application aux Noirs et aux autres minorités, par la perspective d'erreurs judiciaires irréparables. L'exécution d'adolescents et d'arriérés mentaux est difficilement supportée. L'opinion est défavorable aux restrictions apportées au droit de la femme de mettre fin à une grossesse sans joie. Elle s'émeut du suicide d'une adolescente craignant d'avertir sa famille ou de la mort d'une autre des suites d'un avortement clandestin.

1. Les « conservateurs » les plus fermes sont Rehnquist (67 ans), Scalia et Kennedy (55 ans). White (73 ans) a voté dans le même sens qu'eux sur les deux problèmes de l'avortement et de la peine de mort. Mme O'Connor (61 ans), tout en appartenant à la majorité conservatrice, n'est pas insensible aux droits des femmes. La position de Souter reste à déterminer. Stevens (71 ans) penche généralement vers la minorité libérale. Blackmun (83 ans) et Marshall (81 ans) sont les seuls piliers du « libéralisme ». Or Marshall vient de démissionner (27 juin 1991). Le président Bush a désigné, le 1^{er} juillet, un autre Noir très conservateur, Clarence Thomas pour le remplacer (43 ans).

De plus, les hommes politiques seraient soulagés par une jurisprudence de la Cour suprême qui constaterait l'inconstitutionnalité de la peine de mort et des obstacles perfides opposés, sans motif impérieux, à l'avortement. Ces deux problèmes de société empoisonnent les campagnes électorales. Ils divisent les familles et les partis. Gouverneurs, représentants, sénateurs et même Président voudraient ne pas avoir à prendre une position qui risque de leur aliéner une partie de leur propre électorat.

Surtout la Cour pourrait retrouver la tradition démocratique du contrôle de constitutionnalité. Le président de la Cour Rehnquist, approuvé seulement par White et Kennedy, en a pris le contrepied dans l'affaire *Webster* : « Le but du jugement constitutionnel est de tenir le juste équilibre entre ce que la Constitution place hors de l'atteinte du processus démocratique et ce qu'elle y maintient. » En réalité, le contrôle de constitutionnalité appliqué au *Bill of Rights* fait partie intégrante du processus démocratique. La Constitution des Etats-Unis réserve aux êtres humains une sphère de droits inaliénables hors de l'atteinte des majorités politiques du moment. Au cours du premier tiers du xx^e siècle, les plus grands juges de la Cour suprême, O. W. Holmes et Louis D. Brandeis, ont, dans leurs opinions dissidentes, donné valeur absolue à un des éléments du *due process* : la liberté individuelle, sous tous ses aspects, liberté d'expression, liberté civile, protégée contre l'arbitraire de la répression pénale ou policière. Leur doctrine est devenue, à partir du New Deal, le droit de la Constitution. On ne peut croire que la Cour Rehnquist détruise la voie royale tracée depuis plus d'un demi-siècle¹.

1. Une troisième voie s'ouvre à la Cour suprême. Le droit international actuel confirme l'existence de ce domaine exclusif des droits et libertés individuelles. Les Etats-Unis n'en adoptent pas formellement les pactes et conventions. Leurs juges n'hésitent pas cependant à y faire recours à titre de coutume internationale ou de principes généraux reconnus par les nations civilisées. Le Conseil de l'Europe par le Protocole 106 à la Convention des Droits de l'Homme a prévu l'abolition de la peine de mort (1984). Un deuxième protocole au Pacte international relatif aux droits civils et politiques vise également à abolir la peine de mort (1989). L'article 37 (1) de la Convention des Nations Unies de 1990 relative aux droits de l'enfant interdit que la peine de mort soit prononcée contre des personnes âgées de moins de 18 ans au moment des faits. L'abolition de la peine de mort tend ainsi à devenir une norme coutumière internationale. Elle fait partie des objectifs des Nations Unies. La Cour suprême pourrait choisir de faire progresser par son exemple le droit international. De même, en matière d'avortement, la Cour suprême pourrait évoquer le droit comparé des pays les plus proches des Etats-Unis par leur civilisation et revenir à une doctrine moins restrictive du libre choix de la femme.

RÉSUMÉ DE L'ARTICLE DE ROGER PINTO. — *L'abolition de la peine de mort et le droit à l'avortement divisent profondément la société américaine. En 1972 la Cour suprême des Etats-Unis a été sur le point de prononcer l'inconstitutionnalité de la peine de mort. Elle en a, en tout cas étroitement limité le champ d'application. A la même époque, elle a consacré le droit constitutionnel de la femme à l'avortement. Mais, depuis 1989, une majorité « conservatrice » est revenue sérieusement en arrière. A moins d'une pression imprévisible de l'opinion ou d'une évolution au sein même de la Cour, la réaffirmation scrupuleuse du Bill of Rights demeure incertaine. Elle peut être facilitée par l'affermissement en droit international coutumier des droits fondamentaux de l'être humain reconnus par les nations civilisées.*

RÉSUMÉ DE L'ARTICLE DE PIERRE BOURETZ. — *Au travers des techniques de l’Affirmative Action la Cour suprême offre à l’Amérique une image de ses idéaux et de ses contradictions. Une jurisprudence aux fondements fragiles admet que l’on peut lutter contre les discriminations par un traitement différencié des citoyens. Mais surgissent aussitôt des paradoxes du côté de l’équité et de la justice. Un débat qui éclaire les controverses sur la Constitution et témoigne de quelques antinomies de la raison juridique et politique.*

PIERRE BOURETZ

L’Affirmative Action ou les infortunes de l’égalité

L’Amérique a ceci de particulier qu’elle sait offrir au travers de certains épisodes de son histoire ou de quelques-uns de ses débats un miroir grossissant des idéaux qui l’animent et de leurs contradictions, une image exacte de ce qui forge son unité en même temps que l’éclat de ses divisions. Proclamée sous les auspices d’un glorieusement optimiste « nous, le peuple des Etats-Unis », la Constitution de 1787 avait été précédée du plus beau séminaire de philosophie politique qu’ait connu l’époque moderne. Et tout se passe depuis comme si l’Union avait besoin à intervalle irrégulier de revenir à Philadelphie. Pour retrouver la ferveur des fondateurs et vérifier auprès de Thomas Paine que ce « sens commun » hérité des Lumières continue d’éclairer ses destinées. Mais pour chercher aussi dans l’intention des origines la solution aux conflits que n’a pas manqué de faire surgir une histoire vouée par ses Pères à trancher cette redoutable alternative : savoir « si les sociétés humaines sont capables de se donner un bon gouvernement par réflexion et par choix, ou si elles sont condamnées à jamais à recevoir leurs constitutions politiques du hasard et de la force » (*Fédéraliste*, n° 1).

Les discussions qui ont entouré aux lendemains de la guerre de sécession la rédaction du XIV^e amendement appartiennent à la première catégorie de ces épisodes qui témoignent d’un effort pour ne jamais laisser à la force le dernier mot. Ainsi en est-il aussi des travaux d’élaboration du *Civil Rights Act* de 1964 visant à rendre au Droit l’énoncé des principes qui cherchent à enrayer la violence

raciale. D'une autre manière, l'énorme débat récemment suscité par la candidature du juge Bork à la Cour suprême atteste du souci de ne pas donner au hasard la possibilité de décider des orientations futures de la jurisprudence et de l'équilibre des pouvoirs. Il n'est dès lors pas surprenant que les questions liées aux mesures prises en faveur des « minorités » puissent être perçues comme un prisme où s'aperçoivent tout à la fois la confiance accordée au droit pour résoudre les tensions sociales et politiques, les hésitations de la doctrine quant au sens à donner aux principes fondateurs, mais aussi les difficultés associées à l'effectuation pratique des idéaux modernes d'égalité et de liberté.

On peut emprunter à Ronald Dworkin une définition de la notion d'*Affirmative Action* : des programmes « qui visent à accroître la place et le nombre des Noirs et autres minorités dans l'industrie, le commerce et les différentes professions, en leur accordant une forme de préférence s'agissant du recrutement, de la promotion et de l'admission dans les collèges et écoles professionnelles »¹. En pratique, elle recouvre principalement deux types de procédés, quotas et traitements préférentiels, qui concernent en premier lieu les Noirs et les femmes pour s'étendre ensuite aux autres catégories entendues sous le vocable incertain de « minorités ». Il faut tout d'abord noter que les nombreuses controverses qui entourent ces questions ne portent que très rarement sur la finalité, mais concernent les moyens légaux pour réaliser une égalité postulée. Formulées en termes constitutionnels, elles mettent au jour un conflit entre deux visions associées à la clause d'égalité de protection : l'objectif qui consiste à lever les obstacles opposés à l'égalité ; le principe du traitement des individus sur la base de leurs mérites et non de leur appartenance à un groupe particulier. Plus techniquement, elles posent le problème de l'usage en droit des classifications opérées parmi les citoyens. Faut-il les bannir au nom du formalisme ou les accepter par réalisme ? Certaines d'entre elles sont-elles bénignes au point de devenir les instruments bienveillants d'une réparation artificielle par le droit des inégalités nées de la nature ou de la société ?

Sur fond de l'exceptionnalité de l'histoire américaine, l'*Affirmative Action* surgit au point exact où se rencontrent le consensus sur les valeurs fondatrices et les déchirures d'une société qui n'en a jamais tout à fait fini d'effacer les taches de l'esclavage. L'ombre qui planait sur les premières décennies fut-elle suffisamment dissipée par les tra-

1. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge Mass., London, Harvard University Press, 1986, p. 393.

vaux de la reconstruction ? Ou bien une nation si longtemps travaillée par le mythe de la Frontière a-t-elle atteint le moment où il lui faut rendre compte de ses promesses ? Entre Philadelphie 1787 et Montgomery, Alabama 1955, avec Abraham Lincoln et Martin Luther King, il s’agit de lever le doute qui s’attache à *une obscure cécité à la couleur*. Ce d’autant qu’au sein d’une culture politique pourtant attentive aux valeurs juridiques et constitutionnelles, le droit achoppe parfois à fournir ses raisons. Les efforts conjugués de l’exécutif et des cours peuvent bien tendre à réaliser cette alchimie qui transforme l’inégalité en égalité, il suffit qu’un jeune étudiant nommé Allan Bakke fasse éclater le paradoxe en 1978 pour que la jurisprudence s’affole en quête de fondements : *back to Bakke, de l’activisme à la retenue*. Mais il y a plus, et l’on doit toujours se souvenir avec Tocqueville qu’il faut voir, dans l’Amérique, « plus que l’Amérique » : une image de la société démocratique et des tensions qui traversent son idéal. Ici elles sont exemplaires puisqu’elles touchent à ce problème qui taraude la modernité depuis Rousseau sans même qu’il soit réellement besoin de Marx : celui qui tient au statut de l’égalité, entre le droit et le fait, le formalisme des principes et l’effectivité des pratiques. *De l’égalité selon la justice*, ou comment les débats jurisprudentiels reconduisent aux antinomies de la raison juridique et politique.

Une obscure cécité à la couleur

« Mais selon la Constitution et aux yeux du droit, il n’y a dans ce pays aucune classe de citoyens qui soit supérieure ou dominante. Il n’y a pas de castes ici. Notre Constitution est aveugle à la couleur. »¹ L’histoire de cette formule illustre parfaitement la série des paradoxes qui président à l’émergence de la notion d’*Affirmative Action*. Elle est due au juge Harlan qui structure autour d’elle son opinion dissidente à la décision rendue par la Cour suprême dans l’affaire *Plessy v. Ferguson* en 1896. Résumons les faits. Pour mettre fin solennellement à la guerre civile, le Congrès propose en 1866 le XIV^e amendement à la Constitution qui dispose que « toute personne née ou naturalisée aux Etats-Unis et sujette à leur juridiction est citoyen des Etats-Unis et de l’Etat dans lequel elle réside. Aucun Etat ne pourra adopter ou appliquer une loi qui limiterait les privilèges ou immunités des citoyens des Etats-Unis ; aucun Etat ne pourra priver une personne de sa vie, de sa liberté ou

1. Opinion dissidente du juge Harlan, *Plessy v. Ferguson*, 163 us 559 (1896).

de ses biens sans procédure légale régulière, ni refuser à quiconque relève de sa juridiction la protection égale des lois ». Est ainsi inventé le principe de l'*Equal protection of law*, qui semble supposer que la Constitution de l'Union et les droits qu'elle contient sont supérieurs à celles des Etats fédérés.

Longtemps le principe demeure toutefois doublement contrarié. S'agissant de l'incorporation des droits de l'homme, le *Slaughter House Case* de 1873 réaffirme contre toute attente une jurisprudence de 1833 (*Barron v. Baltimore*) qui réserve aux Etats la possibilité d'interpréter à leur gré les libertés fondamentales¹. Mais surtout, la majorité de la Cour construit en 1896 dans l'affaire *Plessy v. Ferguson* la doctrine *separate but equal* qui considère que le traitement séparé des Noirs est compatible avec l'idée d'égalité promue par le XIV^e amendement. Première ambiguïté donc : au moment où triomphe le principe de l'égalité formelle, il ne se trouve interprété qu'au travers de formules éminemment paradoxales qui en obscurcissent le sens. A cela s'ajoute le fait que si la constitutionnalité du traitement séparé est annulée en 1954 par la décision *Brown v. Board of Education* qui le qualifie de « nécessairement inégal », c'est au prix d'une autre imprécision. Déclarant en effet que la ségrégation dans les écoles prive les enfants noirs d'un égal accès à l'éducation, la Cour achoppe à définir un standard qui préciserait les modalités de sa suppression et demeure vague quant aux délais².

Entre-temps, s'est installée une autre jurisprudence, qui rend « suspecte » toute forme de classification des citoyens. Mais, second paradoxe, celle-ci s'établit par le biais de l'une des décisions les plus contestables de la Cour suprême, celle qui, en 1944, valide le regroupement des populations japonaises dans des camps. Dans *Korematsu v. United States*, les juges affirment que « toutes les restrictions légales qui portent atteinte aux droits civils du moindre groupe racial sont *immédiatement suspectes* (...). Les cours doivent les soumettre au plus *strict examen* »³. En ajoutant toutefois aussitôt qu'elles sont en l'occurrence justifiées par la « nécessité publique » afin de lutter contre l'« antagonisme racial ». Reste que les principes de la suspicion immédiate et du strict examen font l'objet d'une jurisprudence qui rapidement s'étend à la plupart des classifications possibles. Celles des Noirs bien sûr, à partir de *Brown* et

1. Voir sur cette histoire Pierre Bouretz, L'héritage des droits de l'homme France/Etats-Unis, *Esprit*, septembre 1988.

2. Ceux-ci ne sont évoqués qu'au travers de la seule formule « with deliberate speed », *Brown v. Board of Education*, 349 US 294 (1955).

3. 323 US 214 (1944), je souligne.

selon différents standards incluant la liberté individuelle, la notion de « buts légitimes du gouvernement » ou la clause de la « procédure légale régulière »¹. Mais celle aussi des étrangers², des enfants illégitimes³ et enfin toutes celles qui peuvent être liées au sexe⁴.

Le *Civil rights Act* de 1964 vient apporter l’appui de la loi à cette construction jurisprudentielle. Par deux de ses titres, en effet, il réaffirme et renforce le principe de l’interdiction des discriminations. Le titre VI pose leur interdiction dans les programmes recevant une aide fédérale et subordonne l’attribution de fonds publics au strict respect de cette clause. Quant au titre VII, il pénalise toute forme de discrimination liée « à la race, à la religion, au sexe ou à l’origine nationale ». Paradoxalement, c’est au moment même où les efforts conjugués de la loi et de la jurisprudence font prévaloir le principe de l’égalité formelle qu’émerge une idée apparemment contradictoire. Le 4 juin 1965, le Président Lyndon Johnson développe une métaphore qui veut donner un fondement à l’*Affirmative Action*. Soit un homme qui a passé des années enchaîné. Vous le libérez et le conduisez au départ d’une course en lui disant « vous êtes libre de participer avec les autres » : pouvez-vous en conclure que vous avez été « parfaitement équitable »⁵ ? Dans ce sens, des directives fédérales vont inverser la logique en enjoignant aux employeurs de recruter des personnes issues des minorités, y compris en l’absence de discriminations constatées à leur encontre⁶. C’est dans ce contexte que l’université peut devenir un microcosme révélateur au travers d’un ultime paradoxe : le fait qu’un étudiant

1. Sur ces standards et leurs utilisations, cf. John E. Nowak, Ronald D. Rotunda et J. Nelson Young, *Constitutional Law*, third Ed., West Publishing Co. St. Paul Minn., 1986, p. 528-543. Ils fondent une longue série de décisions qui accompagnent la déségrégation progressive des plages et piscines publiques (*Mayor of Baltimore v. Dawson*, 1955), des autobus (*Gayle v. Browder*, 1956), des parcs (*New Orleans Park Development Ass’n v. Detiege*, 1958) ou encore des restaurants d’aéroport (*Turner v. City of Memphis*, 1962)...

2. Le principe de protection est posé dès 1938 dans *United States v. Carolene Products Co.*

3. À partir de *Lévy v. Louisiana*, 1968.

4. Qui sont en réalité les plus tardives, puisqu’il faut attendre 1971 pour que la Cour admette que les préférences liées au sexe sont « arbitraires » et contradictoires avec la clause d’égalité de protection. Cf. *Reed v. Reed*, 404 US 76 (1971). Sur l’extension du principe classification suspecte, cf. Laurence Tribe, *American constitutional law*, p. 1544-1571.

5. Discours, Howard University, *Public Papers of the Presidents of the United States : Lyndon Johnson — 1965*, Book 2, Washington, DC, Government Printing Office, p. 636.

6. Executive order II, 246, 30 Fed. Reg. 12319. Voir sur ce point Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Compagny, Boston, 1987, p. 269-270.

blanc soulève l'objection d'un traitement inégal à son égard contre une institution utilisant la technique de l'admission préférentielle en faveur des Noirs.

Lorsque l'école de médecine de l'Université de Californie à Davis ouvre ses portes en 1968, elle ne recrute pour sa première promotion de 50 étudiants aucun Noir et aucun étudiant d'origine mexicaine. Afin de corriger cette distorsion de sa population par rapport à celle de la Californie (qui est composée à l'époque de 7 % de Noirs et 14 % de Mexicains d'origine) elle met en place dès 1969 un programme spécial d'admission, réservé aux membres des « minorités ». Par ce biais, des étudiants dont les résultats aux tests d'admission sont inférieurs aux normes peuvent être intégrés sur une liste spéciale réservant 16 places. En 1973 puis en 1974, Allan Bakke est refusé, ayant obtenu des résultats immédiatement inférieurs à ceux exigés par la procédure normale, mais supérieurs à ceux retenus par la procédure spéciale. Il se tourne alors vers les tribunaux de l'Etat, faisant valoir qu'il a été victime d'une injustice : son exclusion n'est due qu'à l'existence du programme spécial qui viole tout à la fois la Constitution de l'Etat de Californie, le titre VI du *Civil Rights Act* et la clause d'égalité de protection du XIV^e amendement. La Cour de l'Etat reconnaît qu'il y a bien eu triple violation, mais refuse un jugement en sa faveur, arguant du fait qu'il ne peut démontrer qu'il aurait été admis sans le programme spécial. Renversant la décision, la Cour suprême de Californie ordonne l'admission de Bakke, considérant que le programme de Davis viole effectivement le XIV^e amendement mais qu'il ne revient pas à l'étudiant de faire la preuve qu'il eût été admis dans d'autres conditions. C'est donc à la Cour suprême des Etats-Unis saisie par l'université qu'il revient de trancher en dernière instance.

La décision *Regent of the university of California v. Bakke* est exemplaire à la fois des subtilités de la procédure américaine et des difficultés de la Cour suprême à établir une jurisprudence en matière d'*Affirmative Action*. Elle exige un examen détaillé des différentes opinions qui concourent. En premier lieu, aucune majorité ne se dessine quant au fond. Quatre juges estiment en effet que le programme de Davis viole le titre VI du *Civil Rights Act* et qu'il n'est donc pas besoin d'élever l'examen jusqu'au niveau constitutionnel. Quatre autres considèrent au contraire que le même titre VI ne prohibe que les discriminations visées par le XIV^e amendement et que le programme de Davis ne viole ni le titre VI ni la clause d'égalité de protection. Tout repose donc sur la position et le raisonnement du juge Powell. Pour ce dernier, le bloc constitué par la clause d'égalité de protection et le titre VI entraîne l'invalidation du

programme de Davis. Mais il ne s’ensuit pas qu’il faille rejeter en principe tout programme d’*Affirmative Action* reposant consciemment sur la race. Fabriquant ainsi la décision de la Cour, le juge Powell vote à la fois pour l’admission de Bakke à l’université et pour la révision de la décision de la Cour suprême de Californie¹. Une jurisprudence s’établit donc qui n’invalide pas systématiquement les classifications raciales au regard du XIV^e amendement, sans que soit toutefois précisé le standard qui permet de distinguer entre classifications bénignes et malignes.

La même indétermination pèse sur les décisions ultérieures de la Cour suprême en des matières similaires, même si se dessine une jurisprudence favorable à l’*Affirmative Action*. Avec toutefois des raisonnements aux fondements variables et des majorités fragiles. Ainsi, la décision *United Steelworkers of America v. Weber* reconnaît-elle en 1979 la légalité d’un programme d’apprentissage réservant 50 % de ses effectifs à des Noirs jusqu’à reconstitution d’un pourcentage d’employés noirs similaire à celui de la population locale. Mais la majorité en l’affaire n’est que de cinq voix, qui précisent d’ailleurs qu’un tel programme n’est justifiable que dans la stricte mesure où il ne constitue pas une discrimination appuyée sur la race mais vise à « rompre de vieux modèles de ségrégation et de hiérarchie raciale »².

Confrontée en 1980 à un nouveau problème de quota en faveur des minorités similaire à ceux condamnés dans *Bakke* et acceptés avec *Weber*, la Cour reconnaît par une majorité plus large (6-3) la légitimité de ce type de technique³. Il s’agit en l’occurrence de réserver 80 % des fonds fédéraux en faveur de l’emploi public à des *Minority Business Enterprises* (MBE)⁴. Mais trois raisonnements différents se dégagent au travers de cette décision. Pour le chief Justice Burger et les juges White et Powell, un tel programme n’a pas à être soumis à un test constitutionnel dans la mesure où il relève de la capacité qu’a

1. Il faut noter que les quatre juges qui rejoignent Powell ne concourent que sur ces deux conclusions et développent des opinions dissidentes sur les autres points de son raisonnement.

2. 443 US 208. Un raisonnement similaire sera suivi en 1987 en faveur des femmes. Dans *Johnson v. Transportation Agency*, une majorité de la Cour (6 juges) soutient un programme visant à limiter la sous-représentation féminine. Déboutant le plaignant refusé en faveur d’une femme moins qualifiée, la Cour considère que la seule considération d’un « déséquilibre manifeste » suffit à justifier un programme d’*Affirmative Action* anti-ségrégationniste.

3. *Fullilove v. Klutznick*, 448 US 448 (1980).

4. Entreprises dont la majorité du capital est possédée par des « citoyens américains noirs, hispaniques, etc. » au terme du *Public Work Employment Act* de 1977.

le pouvoir fédéral d'engager des actions à fin d'élimination des discriminations. Les juges Marshall, Brennan et Blackmun quant à eux estiment qu'un test de constitutionnalité des classifications raciales est requis, mais qu'il est en l'espèce satisfait en considération des objectifs. Enfin, si les juges Stewart, Rehnquist et Stevens réfutent dans une opinion dissidente les classifications raciales, ils concourent néanmoins à la décision finale. Mais la double imprécision qui pèse sur ces décisions, qu'elle soit liée à leur fragile fondement ou aux modifications de la composition de la Cour, oblige à engager une autre perspective. A la recherche des principes qui pourraient clarifier une jurisprudence incertaine et préciser le rôle du juge en une matière qui touche aux fondements mêmes de la société démocratique.

Back to Bakke, de l'activisme à la retenue

Reconduit à ses racines juridiques et philosophiques, le débat sur l'*Affirmative Action* fait surgir la question du statut de l'égalité dans une société qui repose sur le principe de l'identité des individus. Entendu en son sens initial, ce dernier signifie que chaque personne a droit à une « égale protection », au respect des libertés fondamentales énoncées dans les Déclarations des droits de l'homme dans la stricte limite de leur compatibilité avec la même liberté pour autrui. En un sens plus institutionnel et politique, il contient l'idée selon laquelle les individus ont « des droits contre l'Etat » qui canalisent et encadrent les formes légitimes de l'action publique conduite au nom du bien commun¹. Mais si ce principe est relativement clair quant à son application du point de vue de la liberté, il demeure plus obscur lorsqu'il touche à l'autre grande valeur démocratique qu'est l'égalité. Les révolutionnaires tant américains que français l'avaient perçu, qui y virent une objection contre l'idée même de droits de l'homme². Quant aux débats contemporains, ils font d'autant plus ressortir la difficulté qu'ils interviennent sur fond d'effondrement de la grande utopie messianique égalitariste pour laisser à la démocratie et à ses procédures la charge de la preuve d'une capacité à réaliser ses promesses d'égalité.

On trouvera chez Ronald Dworkin l'effort le plus soutenu pour

1. Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977.

2. Cf. Pierre Bouretz, *Egalité et liberté : à la recherche des fondements du lien social*, *Droits*, n° 8, octobre 1988.

tenter de construire — dans le sillage de la *Théorie de la justice* de John Rawls — un modèle juridique d’égalité démocratique¹. Ramené à ses formes élémentaires, le problème a deux aspects relativement distincts. L’interprétation de la Constitution met-elle à jour une conception univoque de l’égalité qui doit s’imposer à toute forme d’action publique ? Si tel n’est pas le cas, que reste-t-il de l’idée d’égalité des droits pouvant être opposés par les individus à l’Etat ? A la première question, la réponse est à l’évidence négative. Une constitution démocratique ne peut être interprétée selon un seul schéma philosophique, qui accepterait une lecture unilatéralement utilitariste, libérale, ou égalitariste au sens marxiste par exemple. Tout au contraire, la démocratie trouve sa valeur dans le fait de ne pas s’appuyer sur une instance ultime garantissant le sens du juste, du vrai et du bon, mais de rester ouverte à la pluralité de leurs conceptions. Reste dès lors à trouver une interprétation du principe selon lequel les individus doivent être traités de manière égale qui soit compatible avec l’objectif qui consiste à supprimer les discriminations.

Selon Dworkin, trois modèles de droit peuvent être construits, qui doivent successivement subir l’épreuve d’une critique au prisme des principes constitutionnels². Le premier est contenu dans l’idée que toutes les classifications sont suspectes : si tous les individus doivent être effectivement traités en égaux, il n’est aucune raison d’envisager un quelconque droit distinct à n’être pas victime d’une discrimination. Une telle théorie peut être parfaitement soutenue d’un point de vue purement académique et selon la logique pure du philosophe. Mais elle se heurte en pratique au fait que les intérêts de certains groupes ne sont pas pris en compte lors même que des classifications bien construites permettraient de le faire en respectant le principe d’égalité. S’il s’agit par exemple de décider dans le cas de *Bakke*, la théorie des *classifications suspectes* ne permet pas de trancher au fond entre arguments ségrégationnistes et anti-ségrégationnistes.

La théorie des *catégories bannies* reconnaît quant à elle qu’il existe un droit contre les discriminations qui s’impose quelles que puissent être les conceptions concurrentes de l’intérêt général. Ce qui veut dire que l’appartenance des individus à un groupe (race ou sexe par exemple) ne peut en aucun cas être retenue pour déter-

1. Cf. *Law’s Empire*, *op. cit.*, chap. 10. On se reportera également à *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1985, chap. 5.

2. *Law’s Empire*, *op. cit.*, p. 382-387.

miner leur traitement. Interprétation littérale du principe de la cécité à la couleur de la Constitution, cette théorie n'a d'autre effet pratique que d'interdire tout traitement séparé, fût-il au bénéfice de catégories minoritaires ou défavorisées. Apparaît alors un ultime modèle qui, pour admettre ce principe, distingue les préférences fondées sur un préjugé et celles qui reposent sur d'autres considérations. Rejetant à l'évidence toute forme de ségrégation comme reposant sur un préjugé, cette théorie des *sources bannies* admettrait à l'inverse des classifications justifiées par des considérations d'équité. Elle requiert alors en pratique un examen scrupuleux et argumenté du juge, qui puisse justifier au cas par cas le recours à des techniques de traitement spécifiques qui tout à la fois poursuivent un objectif d'équité et ne violent pas de droits constitutionnels.

Si l'on revient un instant à l'affaire *Bakke*, Dworkin au terme d'un méticuleux examen des argumentations possibles choisit celle qui reposerait sur la dernière de ces théories. Procédant par élimination, on refusera en effet la première, qui, parfaitement relativiste, considère que les préférences individuelles sont toutes de même valeur et rend indécidable le jugement sur la ségrégation. Reste donc le choix entre deux théories qui ont en commun de refuser la ségrégation, mais fondent ce refus sur des considérations différentes : le rejet de toute classification en droit pour l'une ; le fait de considérer que certaines préférences sont inacceptables de par leur origine pour l'autre. Ici le raisonnement devient plus difficile, ne serait-ce que parce qu'il éclaire au-delà du cas d'espèce des attendus plus stratégiques et politiques¹. On pourrait par exemple appuyer un choix en faveur du modèle des catégories bannies sur un argument historique. Il faudrait alors interpréter l'intention des rédacteurs du XIV^e amendement dans un sens de stricte égalité raciale, arguant du fait qu'il intervient au lendemain de la guerre de sécession.

Mais outre le fait que cette interprétation demeure improbable au regard de l'exégèse des textes, Dworkin développe une méfiance d'une autre nature vis-à-vis de ce type d'historicisme constitutionnel². De manière générale, ce mode de raisonnement qui

1. S'agissant de justifier une décision dans l'affaire *Bakke*, Dworkin présente les deux arguments qu'il réfute comme pouvant être avancés par les avocats d'Allan Bakke contre le programme d'*Affirmative Action* de l'Université de Davis (cf. p. 395-396). Mais la discussion porte plus loin et touche le débat engagé par les conservateurs américains contre la jurisprudence libérale de la Cour suprême.

2. Voir *Law's Empire*, *op. cit.*, p. 359-379.

cherche à fonder la jurisprudence sur la seule intention des fondateurs retreint le rôle du juge à une sorte de déférence qui en altère la créativité. D’où deux objections. Comment décider en des matières qui d’évidence étaient hors du champ de préoccupation des rédacteurs de la Constitution et des différents amendements ? Comment trancher par exemple la question de l’avortement¹ ? Et puis, plus profondément encore, peut-on admettre qu’une société ne se donne pour cadre de référence normative que la stricte pensée intentionnelle de ses pères ? A l’encontre d’une telle perspective, on ne peut prendre les droits de l’homme au sérieux qu’en accordant au juge un rôle d’interprète qui cherche à déceler dans les textes fondateurs des principes de portée générale qu’il faut ensuite appliquer aux circonstances mouvantes de l’histoire.

On pourrait encore argumenter contre toute forme de classification par des moyens liés à des considérations de politique. Dire par exemple que l’utilisation de techniques préférentielles risque d’exacerber les tensions raciales et de prolonger les discriminations. A cette logique s’opposent à nouveau deux objections. L’une, de nature institutionnelle, tient au fait qu’il n’est pas du rôle du juge de trancher en une matière politique qui est du ressort de la volonté du Congrès². L’autre a une portée plus générale à l’encontre d’une conception passive du pouvoir judiciaire. Celle-ci lie le pouvoir du juge à une conformité attestée vis-à-vis de l’opinion majoritaire au moment de sa décision. A cette thèse Dworkin oppose une fois encore que si l’on veut prendre au sérieux le rôle du juge comme protecteur des libertés individuelles, il faut l’étendre jusqu’au point où ses raisonnements peuvent s’opposer tant à la majorité politique qu’aux opinions dominantes. A charge pour lui de justifier ses choix par l’argumentation, de les appuyer sur un jugement interprétatif fondé sur des principes de justice et d’équité.

C’est donc sur une théorie de l’interprétation que Dworkin fonde son choix en faveur de la théorie des sources dans l’affaire *Bakke*. En l’occurrence il s’agira tout d’abord de la reconnaître

1. Cf. Ronald Dworkin, La controverse sur l’avortement aux Etats-Unis, *Esprit*, octobre 1989.

2. L’argument a été plusieurs fois utilisé par la Cour suprême afin de rejeter l’idée selon laquelle les procédés d’*Affirmative Action* risqueraient de soulever une réaction de fuite de la part des Blancs. Cf. *Cooper v. Aaron*, 358 US 1, 78 (1958), qui pose que les anticipations de rejet violent de la part des blancs ne peuvent motiver des délais contre l’intégration scolaire. Ou encore *United States v. Scotland Neck City Bd of Education*, 407 US 484 (1972) : la crainte d’un *white flight* n’a aucune valeur constitutionnelle et ne saurait entraver le projet de suppression d’un système scolaire dual.

comme la meilleure interprétation de la Constitution, non parce qu'elle serait directement tirée de la bouche de ses fondateurs ou adéquate à la volonté politique du moment, mais en ce qu'elle offre l'articulation la plus efficace du principe d'égal respect dû aux personnes et de l'idée de justice comme équité. A quoi s'ajoute aussitôt le fait que cette même théorie requiert de la part du juge un travail d'élaboration d'une liste de classification opérant le tri entre celles qui sont suspectes et celles qui sont légitimes. Travail critique si l'on veut qui vise, au-delà du fondement en droit d'une jurisprudence, à léguer un test permettant de l'appliquer à d'autres cas¹. Et c'est en tant qu'elle fait bien figure de justification philosophique de la jurisprudence libérale de la Cour suprême, s'agissant de l'*Affirmative Action* comme en beaucoup d'autres matières, que la théorie de l'interprétation développée par Ronald Dworkin fait l'objet d'une abondante controverse dans le contexte de la « révolution conservatrice ». Controverse qui, arrachée à ses connotations politiques, concourt à renouveler un débat classique de la philosophie politique s'agissant des principes abstraits de la démocratie et de leur effectuation pratique.

De l'égalité selon la justice

Nommé *Attorney General* en 1985 par Ronald Reagan, Edwin Meese déclare clairement son hostilité aux programmes d'*Affirmative Action*, qu'ils soient le fait de directives fédérales ou de décisions de justice. De fait l'administration Reagan a bien supprimé un certain nombre des premières, lors même que quelques actions en justice par elle sollicitées ont été récemment jugées par la Cour suprême². Au terme de ces dernières décisions, la jurisprudence semble se stabiliser autour de deux positions. Reprenant le raisonnement construit dans *Bakke*, la Cour considère par sa décision *Wygant v. Board of Education* de 1986 que les préférences raciales ne sont en aucun cas justifiées, même pour compenser des discriminations passées en matière d'emploi, d'éducation ou de logement. Inversement, il est confirmé que s'agissant d'emplois publics dans des secteurs où persiste la discrimination, des préférences peuvent être tolérées voire requises en

1. On aura compris que la démonstration de Dworkin rejoint en large part l'opinion du juge Powell qui esquissait d'ailleurs une typologie critique des classifications à fin d'utilisations futures.

2. Cf. sur ce point Archibald Cox, *The Court and the Constitution*, *op. cit.*, p. 282-287.

faveur de membres des minorités¹. Mais les changements récents de la composition de la Cour associés au caractère ténu de la distinction rendent possibles bien des évolutions, compte tenu des majorités qui demeurent en ces matières variables.

Il est en revanche significatif que le débat se soit déplacé, hors de la Cour suprême et lors de son renouvellement, de la justification même des techniques d’*Affirmative Action* vers leurs conséquences s’agissant du rôle du juge². Dénonçant l’activisme judiciaire tant du point de vue de ses principes que de ses effets, Edwin Meese s’est fait le porte-parole officiel d’une doctrine alternative, dite de la restriction³. Professée par l’actuel Chief Justice William H. Rehnquist et fer de lance du juge Robert H. Bork bien avant sa candidature à la Cour suprême, la doctrine de la *Judicial restraint* repose sur l’idée d’une déférence due à la Constitution qui interdirait toute interprétation autre qu’étroite de son texte et limiterait le rôle du juge à l’application de l’intention initiale aux cas d’espèce⁴. Les intentionnalistes opposent donc deux arguments à une théorie de l’interprétation justifiant, comme celle de Dworkin, l’activisme des Cours. L’un est de nature proprement juridique et noue la recherche d’un considérant dans l’exégèse d’une pensée censée exprimer le sens commun propre à la nation américaine. L’autre, plus politique, repose sur une théorie limitative du rôle du juge qui ne saurait opposer à la majorité populaire dûment exprimée sa propre conception de la justice, même philosophiquement argumentée.

Théorisée hors de tout contexte polémique, la doctrine qui associe la restriction du rôle du juge et sa contrainte par l’intention constitutionnelle est tout à la fois compatible avec le républicanisme (au sens français) et le positivisme juridique. Lors même qu’elle identifie

1. Même si les individus qui en bénéficient n’ont pas été personnellement victimes de discrimination. Voir *Local 28 of Sheet Metal Workers v. EEOC*, 106 S. Ct. 3019 (1986) et *Local 93, Firefighters v. City of Cleveland*, 106 S. Ct. 3063 (1986).

2. Les quelque 6 500 pages des auditions effectuées par le Sénat lors de la candidature du juge Bork concernent largement ce problème et offrent une sorte de vaste séminaire public de théorie juridique et politique. Cf. *Nomination of Robert H. Bork to be Associate Justice of the United States*, US Government Printing Office, Washington DC, 1989, 5 vol.

3. Voir son discours devant l’American Bar Association du 9 juillet 1985, in *The Great Debate : interpreting Our Constitution*, The Federalist Society, Washington DC, 1986, p. 6 s. On trouvera une remarquable présentation de la discussion et de ses attendus doctrinaux ou historiques dans Leonard W. Levy, *Original Intent and the Framers’ Constitution*, New York, Macmillan Publishing Company, 1988.

4. Cf. l’ouvrage, directement critique des thèses de Dworkin, de Walter Berns, *Taking the Constitution Seriously*, New York, Simon and Schuster, 1987.

l'essence de la démocratie dans la formulation d'une volonté majoritaire, elle conçoit mal qu'un quelconque étalon lui puisse être opposé qui l'évalue ou la limite. En ce sens elle enferme la justice dans la figure d'une « bouche qui dit la loi » en énonçant une parole qui coule en syllogismes appliquant une règle générale à des situations concrètes. A cette forme de retenue, la conception procédurale de la justice pourrait opposer la critique kantienne de la logique formelle selon laquelle « un médecin, un juge ou un homme d'État peuvent avoir en tête beaucoup de belles règles pathologiques, juridiques ou politiques, à un degré qui peut en faire de solides professeurs en ces matières et pourtant faillir aisément dans leur application »¹. Il lui manque en effet de pouvoir déceler l'autre voie nécessaire à l'interprétation juridique, celle qui part d'une situation pour construire un principe universalisable et l'appliquer à la décision².

Il se pourrait alors que le débat américain concernant les conditions de l'égalité aille bien au-delà des frontières que sagement il s'assigne. Au point où toute théorie politique moderne rencontre la question du statut qu'elle accorde aux idéaux éthiques de la justice et à ces droits qui reconduisent le Droit dans des limites humaines. Au moment aussi où toute conception de la démocratie doit subir l'épreuve d'une double critique. Celle de la justification en raison de ses principes selon les catégories de la pensée abstraite. Mais celle aussi de son effectuation sur un autre trajet où se rencontrent la multiplicité des biens, la diversité des estimations qui leur sont attachées et finalement la pluralité des visions du monde qui composent un espace public libéré des entraves de la tradition³. C'est dire sans doute qu'au travers des infortunes de l'égalité s'énoncent des problèmes qui touchent à la vertu même de la démocratie : sa capacité à montrer que ce qui se pose pour vrai en théorie n'est jamais définitivement faux en pratique.

1. E. Kant, *Critique de la raison pure*, A. k. III, 132, in *Œuvres philosophiques*, éd. F. Alquié, t. I, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1980, p. 881-882.

2. On aura reconnu la notion kantienne de « jugement réfléchissant » opposé au « jugement déterminant » et qui, pour être formulée en matière esthétique, devrait servir de fondement à toute théorie juridique du jugement. Cf. E. Kant, *Critique de la faculté de juger*, A. k. V, 179-180, in *Œuvres philosophiques*, op. cit., t. 2, p. 933-934.

3. J'emprunte la distinction entre trajets de la justification et de l'effectuation des théories de la justice à Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Seuil, 1990, p. 307 et 306. L'ensemble de l'ouvrage, et plus précisément les chapitres centraux qui forment ce que l'auteur nomme, une « petite éthique », offrent d'ailleurs le cadre philosophiquement exact où se déploie la discussion ici esquissée. Puisqu'il y est question des antinomies propres à la raison politique et juridique ainsi que des requisits de toute sagesse pratique.

JOURNAL

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ?

BRUNO GENEVOIS*

La question posée pourra paraître impertinente. Nous n'avons pas souvenir de colloques universitaires consacrés au Conseil constitutionnel où des participants aient fait état de ce que la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait imprévisible. Tout au contraire, lors d'une journée d'études sur le « Conseil constitutionnel et les partis politiques », qui s'est tenue à une date (le 14 mars 1987) où le rôle joué par le Conseil en période de « cohabitation » était très controversé, deux éminents spécialistes de sa jurisprudence, les Pⁿ Guy Carcassonne et Louis Favoreu, furent d'accord pour estimer qu'aucune des décisions rendues par la Haute Instance ne les avait surpris. La convergence de ces opinions ne pouvait que rassurer. Et cependant, il nous est revenu que dans les milieux parlementaires les décisions du juge constitutionnel pouvaient provoquer la surprise. Telle argumentation que ses auteurs considéraient *a priori* comme imparable se trouvait néanmoins écartée, alors qu'il en allait différemment pour des moyens présentés avec une moindre conviction.

Reconnaître que la réponse donnée par une juridiction à une question de droit puisse ne pas être univoque ne doit pas choquer. En droit administratif, les conclusions des commissaires du Gouvernement ne sont pas nécessairement suivies par les formations de jugement. Il arrive aussi, pour l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme, que l'opinion de la Commission ne soit pas partagée par la Cour (cf. par exemple, l'arrêt de la Cour du 20 nov. 1989, Markt Intern., *Rev. Tr. Dr. II.*, 1991, p. 203, note Jongen).

Si de semblables divergences peuvent survenir, elles ne sauraient, sauf à porter atteinte à la sécurité juridique et à fragiliser la mission du juge, devenir habituelles. On sent bien que tout est ici question de mesure.

* Conseiller d'Etat.

La relative incertitude du droit jurisprudentiel provient nous semble-t-il de deux causes différentes.

Pour une part, l'imprévisibilité de la jurisprudence d'une juridiction peut tenir à des facteurs structurels touchant à ses modes d'organisation et de fonctionnement.

Le jugement du contentieux fiscal porté devant le Conseil d'Etat a pendant longtemps été confié à trois sous-sections distinctes servant à la fois d'organe d'instruction et de jugement. Devant les risques de divergences de jurisprudence, des réformes ont dû être entreprises, initiées par le décret n° 68-796 du 9 septembre 1968, assurant ainsi une nécessaire unité de jurisprudence.

La Cour de cassation se trouve confrontée à des problèmes inhérents à l'existence de six chambres. Pour couper court à la survenance de solutions différentes selon les formations de jugement, l'intervention de l'Assemblée plénière est de plus en plus souvent sollicitée.

Un exemple extrême de divergence de jurisprudences d'origine structurelle nous est donné par le Tribunal constitutionnel portugais. Face à la question de savoir si les engagements internationaux font ou non partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, les deux sections du Tribunal ont adopté des attitudes opposées (cf. P. Bou et autres, *La justice constitutionnelle au Portugal*, p. 69).

Le Conseil constitutionnel nous paraît être à l'abri de ce type de phénomène dans la mesure où ses décisions émanent d'une formation de jugement unique. En outre, le mode de renouvellement de ses membres par tiers tous les trois ans est un élément de nature à assurer la continuité jurisprudentielle.

Mais il existe une autre cause d'incertitude du droit jurisprudentiel, qui n'épargne par le juge constitutionnel. Elle tient à ce que ce droit, dégagé et précisé cas par cas par le juge, se veut empreint d'une certaine souplesse.

En matière administrative cette souplesse est voulue et entretenue par le Conseil d'Etat qui cherche à rester maître de l'orientation de sa jurisprudence, ainsi que la doctrine l'a clairement mis en évidence. Que l'on songe à l'analyse au titre évocateur de Prosper Weil « Le Conseil d'Etat statuant au contentieux : politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique ? » (*Ann. Fac. Dr. Aix-en-Provence*, 1959, p. 281) ou à des thèses justement réputées comme celles d'Yves Gaudemet (*Les méthodes du juge administratif*) ou de Stéphane Rials (*Le juge administratif et la technique du standard*).

La recherche d'une certaine souplesse, dans le but de mieux adapter la règle juridique à la variété des situations, explique qu'il puisse y avoir une part d'imprévisibilité du droit jurisprudentiel.

Ce qui est vrai pour le juge administratif ne l'est pas nécessairement pour le Conseil constitutionnel ou du moins ne se vérifie pas au même degré. Une comparaison ouvrirait la voie à un vaste débat. Dans le cadre de la présente étude, on se bornera à mettre l'accent sur plusieurs paramètres qui tout à la fois commandent, encadrent et expliquent l'ae-

tion du Conseil constitutionnel au titre du contrôle de constitutionnalité des normes.

Dans une vision théorique son rôle devrait se limiter à vérifier si la norme soumise à son contrôle (loi organique, loi, règlement d'une assemblée et, plus rarement, traité) méconnaît ou non la norme juridique supérieure. Ce faisant, et si on s'en tient au contrôle de constitutionnalité des lois, le juge constitutionnel agirait, selon la formule de Kelsen, en tant que « législateur négatif ». Le caractère *a priori* et abstrait du contrôle devrait conduire à souligner davantage encore cet aspect.

La réalité du contrôle est plus complexe. Quatre facteurs contribuent en effet à laisser au juge constitutionnel français une marge de manœuvre plus ou moins grande dans l'exercice de sa mission. L'existence de cette marge de manœuvre peut affecter à des degrés divers le caractère prévisible de la décision du juge.

Un premier facteur est lié à la délimitation du champ de la contestation portée devant le juge constitutionnel (I). Le deuxième facteur est relatif à la détermination des exigences constitutionnelles opposables au législateur (II). Un troisième élément a trait à l'étendue du contrôle exercé (III). Un dernier élément concerne le choix du mode de sanction des exigences constitutionnelles (IV).

Ces différents éléments seront abordés à partir de la jurisprudence dégagée par le Conseil constitutionnel au titre du contrôle de constitutionnalité instauré par l'article 61 de la Constitution. Sera privilégiée dans l'analyse la jurisprudence la plus récente du Conseil¹.

I

Le Conseil constitutionnel exerce une compétence d'attribution qui est en principe définie par la Constitution. Il a été admis cependant que, dans la mise en œuvre des principes posés par le texte constitutionnel, la compétence du Conseil pouvait connaître, par voie de loi organique, de légères extensions afin de permettre la création de blocs de compétence (n° 71-46 DC, 20 janv. 1972, *Rec.*, p. 21 ; n° 90-273 DC, 4 mai 1990, *Rec.*, p. 55).

En matière de contrôle de constitutionnalité la compétence du Conseil s'exerce dans le cadre défini par l'article 61 de la Constitution. Elle est obligatoire en vertu du premier alinéa de cet article pour les règlements des assemblées et pour les lois organiques. Elle est facultative s'agissant des lois ordinaires comme en dispose le deuxième alinéa de l'article 61 : « Aux mêmes fins, *les lois peuvent être déferées...* »

Deux points ressortent de la pratique qui s'est engagée à partir de ces dispositions : d'une part, la saisine d'une loi au titre de l'article 61, ali-

1. Le présent article est issu d'une communication faite le 3 mai 1991 à la Faculté de Droit de Montpellier lors d'une journée d'études consacrée à la jurisprudence du Conseil constitutionnel au cours des années 1989 et 1990.

née 2, déclenche le contrôle de constitutionnalité de cette loi sans le limiter aux dispositions expressément contestées ; d'autre part, le fait pour le juge constitutionnel d'être en droit de soulever *d'office* l'inconstitutionnalité de toute disposition du texte déféré génère une certaine imprévisibilité quant au contenu de sa décision.

1 / Le premier point n'appelle guère de commentaires dans la mesure où il correspond à une jurisprudence bien établie qui remonte à la décision n° 60-8 DC du 11 août 1960 (*Rec.*, p. 25). Cette jurisprudence repose sur trois justifications essentielles.

a – Tout d'abord, sur un argument de texte. Le contrôle de constitutionnalité facultatif instauré par l'alinéa 2 de l'article 61 pour les lois est calqué sur le contrôle de constitutionnalité obligatoire prescrit par le premier alinéa de cet article pour les règlements des assemblées et pour les lois organiques, lequel porte sur l'intégralité du texte. La formulation du deuxième alinéa (aux mêmes fins, les lois...) se rattache quant à l'étendue du contrôle aux dispositions du premier alinéa (les lois organiques... et les règlements des assemblées... doivent être soumis au Conseil... qui se prononce sur leur conformité à la Constitution). En outre, les conséquences d'une saisine sont les mêmes qu'il s'agisse d'une loi organique ou d'une loi : la saisine suspend le délai de promulgation (art. 61, al. 4) ; une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée (art. 62, al. 2).

b – Dans le sens du contrôle intégral de la loi ordinaire peut être mis en avant également un argument de politique jurisprudentielle. Le juge constitutionnel ne souhaite pas devoir fermer les yeux sur une inconstitutionnalité flagrante contenue dans une loi déférée au motif que les auteurs d'une saisine ont omis de la dénoncer.

c – Enfin le Conseil, en optant en faveur du contrôle le plus large quant à son étendue, a le souci d'éviter que ne se crée une situation paradoxale liée au fait que les saisines n'ont pas à être assorties de l'énoncé de moyens d'inconstitutionnalité (n° 86-211 DC du 26 août 1986, *Rec.*, p. 120). Au regard de la lettre du deuxième alinéa de l'article 61, il est difficile en cas de saisine motivée de limiter le contrôle aux seules dispositions expressément critiquées alors qu'une saisine dépourvue de moyens déboucherait sur un contrôle intégral.

Aussi bien le Conseil a-t-il confirmé par sa décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 (*Rec.*, p. 21) le caractère potentiellement intégral de son contrôle : même si dans sa saisine le Premier ministre ne soulève aucun moyen particulier, il appartient au Conseil constitutionnel « de relever d'office toute disposition de la loi déférée qui méconnaît des règles ou principes de valeur constitutionnelle ».

2 / Si la jurisprudence est bien établie, la pratique qui s'ensuit n'est pas sans présenter des incertitudes. Deux difficultés se sont fait jour.

a – Une première a trait à la possibilité concrète pour le juge constitutionnel d'exercer un contrôle de la totalité d'une loi lorsqu'il est saisi d'un

texte comprenant un nombre élevé d'articles, dont le contenu peut être au surplus très disparate. Se pose en pareil cas le problème de l'adéquation du dispositif de la décision du Conseil à la réalité du contrôle effectivement pratiqué (cf. nos observ. *AIJC*, 1989, p. 476). Cette question touche davantage à la définition de l'autorité des décisions de la Haute instance qu'à leur éventuelle imprévisibilité. Il importe malgré tout de relever que les contraintes de délai liées au contrôle *a priori* ne laissent pas toujours au juge la possibilité d'exercer effectivement un contrôle intégral, par-delà les critiques avancées par les saisissants. Il lui faut faire un choix ou établir des priorités.

b – C'est à ce stade qu'apparaît une seconde difficulté. Il s'agit de la détermination du critère en fonction duquel le Conseil décide ou non de soulever d'office une question d'inconstitutionnalité non expressément soulevée par les saisissants.

Le critère qui s'évince de la jurisprudence depuis 1982 est celui de l'inconstitutionnalité suffisamment manifeste et suffisamment grave. Mais, force est de reconnaître que la mise en œuvre de ce critère ouvre une large place à l'appréciation.

L'idée a parfois été émise de rattacher la gravité de l'inconstitutionnalité à l'existence d'une violation des droits fondamentaux. Il y aurait ainsi une théorie des questions d'ordre public devant le juge constitutionnel de la même manière que s'est forgé peu à peu devant le juge administratif le concept de moyen d'ordre public.

La jurisprudence constitutionnelle la plus récente ne restreint pas les cas où une question est soulevée d'office à l'éventualité d'une méconnaissance des droits et libertés des individus. Est pris en compte également par le juge le fait qu'une disposition méconnaît de façon manifeste sa jurisprudence dans des domaines où entrent en jeu de simples questions de compétence ou de procédure. C'est ainsi qu'a encouru une censure d'office : l'introduction dans une loi de finances de dispositions dépourvues de caractère financier, le fait pour un texte législatif d'empiéter sur le domaine d'intervention réservé aux lois de finances, ou même l'introduction par voie d'amendement d'une disposition dépourvue de lien avec le texte en discussion (n° 90-277 DC du 25 juill. 1990, Cons. n° 24, *Rec.*, p. 70).

Les statistiques portant sur les dispositions des lois ordinaires censurées en 1989 et en 1990 témoignent d'une tendance à l'accroissement du nombre des inconstitutionnalités soulevées d'office. Au cours de l'année 1989, sur un ensemble de 14 lois ordinaires soumises au Conseil, on relève 8 décisions de censure portant sur 14 chefs d'inconstitutionnalité distincts. Dans deux cas seulement le juge a statué d'office. Pour 1990, on recense 12 lois ordinaires déférées au Conseil, cinq décisions de censure portant sur 11 chefs d'inconstitutionnalité différents, dont 10 ont été relevés d'office.

Le fait que le contrôle de constitutionnalité des lois déférées soit potentiellement intégral sans toujours pouvoir être effectivement exercé sur la totalité de la loi, s'accompagne ainsi d'une marge d'incertitude sur

le point de savoir si le Conseil constitutionnel se saisira ou non d'office de questions non expressément soulevées. A ce titre, sa jurisprudence recèle, du point de vue des saisissants, une part d'imprévisibilité.

II

Le deuxième paramètre dont on peut se demander s'il n'est pas générateur d'incertitudes est lié à la *détermination des exigences constitutionnelles opposables au législateur*. On ne peut plus classique est le débat qui s'est instauré en doctrine sur le point de savoir si les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois sont des données objectives aisément identifiables ou si elles constituent un ensemble aux contours incertains au sein duquel le juge constitutionnel puiserait à sa convenance.

Il nous semble que le Conseil constitutionnel a le souci très net de n'opposer au législateur qu'une source de droit ayant son fondement dans un texte de valeur constitutionnelle. Cependant, il n'est pas douteux qu'il a la possibilité, dans le cadre de son pouvoir d'interprétation des normes, de tirer toutes les implications d'un principe de valeur constitutionnelle.

1 / On ne saurait nier la volonté du Conseil constitutionnel de rattacher les éléments constitutifs du « bloc de constitutionnalité » à un texte de valeur constitutionnelle : articles de la Constitution de 1958 ; Déclaration des droits de 1789 ; principes fondamentaux reconnus par les lois de la République au sens du Préambule de la Constitution de 1946 ; principes particulièrement nécessaires à notre temps proclamés par ce même Préambule.

a – Les raisons de cette attitude sont d'ordre à la fois juridique et stratégique.

Sur un plan juridique, le doyen Vedel a clairement montré que le Conseil constitutionnel n'est pas maître des sources du droit dont il fait application (cf. G. Vedel, *Le précédent judiciaire en droit public français*, Journées de la Société de législation comparée, 1984, p. 287). Il ne dispose pas de la même latitude que le Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit administratif. Le droit constitutionnel étant un droit qui définit des droits et des compétences, ses lacunes apparentes doivent être interprétées comme plaçant la matière considérée, non pas au niveau constitutionnel mais au niveau législatif ou gouvernemental (cf. *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque des 21 et 22 janv. 1988, p. 233).

On peut penser aussi que cette analyse théorique se trouve confortée par des considérations d'ordre stratégique. Un mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a priori*, mis en œuvre à l'initiative d'autorités politiques, incitera le juge constitutionnel à ne pas heurter de front le pouvoir législatif et à ne censurer une loi votée que pour des motifs d'ordre constitutionnel incontestables.

b – La jurisprudence la plus récente reste fidèle à cette orientation. Le Conseil constitutionnel fait montre de prudence en se gardant de consa-

crer un principe de valeur constitutionnelle de façon prématurée ou insuffisamment étayée sur le plan juridique.

Alors que la Cour constitutionnelle italienne a, sur le fondement des termes très généraux de l'article 2 de la Constitution de 1947, conféré valeur constitutionnelle au droit au logement (arrêt n° 404 de 1988), le Conseil constitutionnel s'est borné dans sa décision n° 90-274 DC du 29 mai 1990 (*Rec.*, p. 61) à relever que les actions à mener pour promouvoir le logement des personnes défavorisées répondent « à une exigence d'intérêt national ».

Dans un ordre d'idées voisin, à un moment où la doctrine s'interroge sur la reconnaissance éventuelle comme droit de l'homme du droit à un environnement protégé, la décision n° 90-277 DC du 25 juillet 1990 (*Rec.*, p. 70) a censuré une disposition législative dérogeant aux prescriptions de la loi du 9 janvier 1985 relative à la protection et au développement de la montagne, pour un motif tiré de l'irrégularité de la procédure législative sans préjuger le fond (Cons. n° 24).

2 / La prudence dont témoigne le juge constitutionnel ne lui interdit cependant pas, au titre de son pouvoir d'interprétation des normes, de tirer toutes les implications d'un principe de valeur constitutionnelle. Nombre de décisions rendues dans la période récente en fournissent une illustration, que ce soit à propos de l'exigence constitutionnelle du pluralisme, du principe d'égalité ou des droits de la défense.

a – L'exigence constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions s'est affirmée en jurisprudence depuis 1982 tout en se diversifiant.

Initialement, le Conseil a énoncé, à propos de la communication audiovisuelle, que « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » figurait au nombre des objectifs de valeur constitutionnelle. Cette notion lui a paru tellement aller de soi que le juge constitutionnel ne l'a pas, contrairement à son habitude, rattachée à un texte (n° 82-141 DC du 27 juill. 1982, *Rec.*, p. 48 ; n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, *Rec.*, p. 141).

Transposée au domaine de la liberté de la presse, l'exigence du pluralisme des quotidiens d'information politique et générale a été déduite de l'article 11 de la Déclaration de 1789 (n° 84-181 DC des 10 et 11 oct. 1984, *Rec.*, p. 78 ; n° 86-210 DC du 29 juill. 1986, *Rec.*, p. 110).

À la faveur du contrôle de constitutionnalité de textes relatifs au financement de la vie politique, le Conseil a pu affirmer, en se référant principalement à l'article 4 de la Constitution, l'obligation pour le législateur de ne « pas compromettre l'expression démocratique des différents courants d'idées et d'opinions » (n° 88-242 DC du 10 mars 1988, *Rec.*, p. 36) et, mieux encore, de respecter « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue le fondement de la démocratie » (n° 89-271 DC du 11 janv. 1990, *Rec.*, p. 21).

b – C'est au nom du principe constitutionnel d'égalité que la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 (*Rec.*, p. 33) énonce que, si le législateur

peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, c'est à la condition de respecter les engagements internationaux souscrits par la France et « les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ». Est par suite inconstitutionnelle l'exclusion des étrangers résidant régulièrement en France du bénéfice d'une prestation sociale, dès lors qu'ils ne peuvent se prévaloir d'engagements internationaux ou de règlements pris sur leur fondement.

c – Considéré comme ayant valeur constitutionnelle en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République, le principe des droits de la défense a vu son contenu progressivement enrichi : il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties (n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *Rec.*, p. 71) ; il a pour corollaire le principe du caractère contradictoire de la procédure suivie devant le juge de l'impôt (n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, Cons. n° 58, *Rec.*, p. 110) ; l'exercice des droits de la défense doit être préservé, même au stade de l'enquête préliminaire (n° 90-281 DC du 27 déc. 1990, *Rec.*, p. 91).

Il existe donc une dynamique des principes de valeur constitutionnelle, qu'illustre la latitude dont dispose le juge dans la détermination de leurs implications. Mais la démarche adoptée par le juge constitutionnel ne saurait surprendre les observateurs qui ont en mémoire la jurisprudence dégagée par d'autres juridictions en matière de droits et libertés. Le pluralisme en matière politique trouve son pendant dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande. Antérieurement à la décision n° 89-269 DC, le juge administratif a eu l'occasion d'affirmer les droits des étrangers en matière sociale. L'enrichissement du contenu des droits de la défense en matière pénale s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

III

Le fait que le *contrôle exercé* par le juge constitutionnel sur la norme soumise à son examen puisse être *modulé* introduit dans sa jurisprudence un élément de souplesse. Celui-ci ne nous paraît pas constituer un facteur d'imprévisibilité du droit jurisprudentiel dans la mesure où les lignes directrices de la jurisprudence apparaissent avec netteté, qu'il s'agisse du contrôle de constitutionnalité externe ou du contrôle de constitutionnalité interne.

1 / Le contrôle de *constitutionnalité externe*, qui porte sur les questions de compétence ou de procédure, se présente différemment selon qu'il intervient à titre obligatoire (art. 61, al. 1) ou à l'occasion de la mise en œuvre dans un cas coneret du contrôle facultatif (art. 61, al. 2).

a – Exercé sur les lois organiques et les règlements des assemblées, le contrôle de constitutionnalité est nécessairement strict.

Le Conseil constitutionnel, qui a été institué pour faire respecter les règles du parlementarisme rationalisé, ne serait pas fidèle à cette mission s'il ne procédait pas à un examen approfondi de la régularité des lois organiques et des modifications apportées par chaque assemblée à son règlement.

Exemplaire à cet égard est la décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990 (Rec., p. 79) rendue à propos d'une résolution modifiant le règlement du Sénat. La Haute Assemblée a cherché en la circonstance à valoriser le travail parlementaire accompli en commission de façon à ce que les débats en séance plénière portent sur des problèmes importants sans être encombrés par des questions de détail. A cette fin ont été instituées des procédures dites de « vote sans débat » ou de « vote après débat restreint ». Mais les modalités de mise en œuvre de la première de ces procédures portaient atteinte à l'exercice du droit d'amendement. Les débats qui ont précédé l'adoption de la résolution ont montré que la majorité sénatoriale était consciente du risque qu'elle prenait sur le plan constitutionnel. Aussi bien la déclaration de non-conformité partielle de la résolution a-t-elle été accueillie sans surprise, puisque l'un de ses instigateurs pouvait déclarer à la suite de la décision n° 90-278 DC : « Nous avons franchi la ligne jaune... le Conseil constitutionnel nous l'a fait observer. »

b - Lorsqu'il s'exerce au titre de l'alinéa 2 de l'article 61, le contrôle de constitutionnalité externe peut, dans un cas concret déterminé, s'avérer moins strict.

Un élément de souplesse résulte de l'adoption par le Conseil constitutionnel de la distinction entre les formalités substantielles, dont le non-respect entraîne la nullité de la procédure législative, et des formalités non substantielles, qui n'affectent pas la régularité de cette procédure.

Ainsi, alors que pour l'élaboration d'une loi organique la méconnaissance d'une règle de procédure « revêt un caractère substantiel » (n° 89-263 DC du 11 janv. 1990, Cons. n° 7), une solution moins rigoureuse a pu prévaloir dans une autre décision rendue à propos d'une loi ordinaire. Suivant la décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, une irrégularité de procédure, « faute de revêtir un caractère substantiel » (cf. Cons. n° 46), ne saurait conduire à une déclaration d'inconstitutionnalité.

2 / En ce qui concerne le contrôle de *constitutionnalité interne*, on dénote dans la jurisprudence deux caractéristiques touchant l'une au poids spécifique différent des droits et libertés, l'autre à l'existence dans le contentieux constitutionnel de la distinction héritée du contentieux administratif entre contrôle normal et contrôle restreint.

a - Le colloque organisé par le Conseil constitutionnel les 25 et 26 mai 1989 sur la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence* (PUF, éd. coll. « Recherches politiques », 1989) a permis de mettre en évidence que, parmi les droits et libertés de valeur constitutionnelle, certains sont mieux garantis que d'autres.

Font par exemple l'objet d'une protection accrue : le principe des

droits de la défense, la liberté individuelle, la liberté de la presse et plus généralement le respect du pluralisme des courants d'idées et d'opinions.

La protection est moindre pour le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre lorsque le législateur décide d'en limiter l'exercice en fonction de considérations d'intérêt général.

Le fait que les différents droits constitutionnels n'aient pas le même poids spécifique permet de trouver une issue lorsqu'ils sont susceptibles d'entrer en conflit.

Au vu de cette composante de la jurisprudence, il n'y a pas lieu de se montrer surpris du rejet par le juge constitutionnel de moyens tirés d'atteintes portées au droit de propriété ou à la liberté d'entreprendre, articulés à l'encontre de diverses dispositions législatives : définition du rôle des associations foncières agricoles (n° 89-267 DC du 22 janv. 1990) ; dédoublement de la convention nationale des médecins (n° 89-269 DC du 22 janv. 1990) ; modification des rapports entre les cliniques et les organismes de sécurité sociale (n° 90-287 DC du 16 janv. 1991) ; mesures de lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme (n° 90-283 DC du 8 janv. 1991) ; création d'une nouvelle catégorie de salariés protégés (n° 90-284 DC du 16 janv. 1991).

b – Une autre composante essentielle de la jurisprudence relative au contrôle de constitutionnalité interne est la *distinction entre le contrôle normal et le contrôle restreint*.

Quelle que soit l'opinion que l'on professe sur cette terminologie (cf. les réserves de F. Luchaire, *RDP*, 1991, p. 270), elle nous paraît traduire une orientation de la jurisprudence qui est d'ailleurs commune au Conseil constitutionnel et à d'autres juridictions (Conseil d'Etat, Cour de Justice des Communautés européennes, Cour européenne des droits de l'homme, Cour d'arbitrage de Belgique).

Il existe en droit constitutionnel jurisprudentiel deux degrés de contrôle comme l'a montré en particulier la décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 relative à la loi de nationalisation : restreint sur le point de savoir si les nationalisations décidées par le législateur répondaient à une « nécessité publique » au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789, le contrôle a revêtu toute son ampleur quant à l'appréciation du caractère « juste » de l'indemnisation des actionnaires.

Selon que le juge constitutionnel opte pour un contrôle approfondi (qui peut aller jusqu'à un contrôle de proportionnalité) ou pour un contrôle restreint, sa décision peut ne pas être la même.

De ce point de vue, il n'est pas sans intérêt de comparer les positions adoptées respectivement par la Commission permanente du Conseil d'Etat et par le Conseil constitutionnel au sujet du texte de loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux.

La Commission permanente avait émis le 25 juin 1990 un avis défavorable au projet de loi (cf. *RFDC*, n° 5, p. 132), au motif que l'objectif de regroupement des élections qu'il s'assignait pouvait être atteint sans modifier la durée des mandats électoraux en cours.

Le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 90-280 DC du 6 décembre 1990, admis la constitutionnalité de la loi en rappelant notamment qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement. Il a également mis l'accent sur le fait que les modalités d'application définies par la loi pour atteindre l'objectif de regroupement des consultations revêtaient « un caractère exceptionnel et transitoire ».

A notre avis, les incertitudes touchant au degré d'intensité du contrôle exercé par le juge constitutionnel sont destinées à se résorber. Au fur et à mesure du développement de la jurisprudence, le poids spécifique de chaque liberté se trouvera davantage précisé et les hypothèses de contrôle restreint seront circonscrites avec netteté.

IV

Le dernier paramètre qu'il convient de faire entrer en ligne de compte est relatif au *mode de sanction des exigences constitutionnelles*. Le Conseil n'est pas enfermé dans l'alternative : conformité ou non-conformité. Il est des cas où entre ces deux solutions extrêmes il lui est possible de faire sienne une interprétation du texte conforme à la Constitution. Par ailleurs, même s'il choisit de censurer une disposition, il lui appartient d'en préciser l'incidence sur le texte pris dans son ensemble.

1 / Le recours à une interprétation « neutralisante » d'un texte soumis à un contrôle de conformité à des normes juridiques supérieures est une technique couramment mise en œuvre par de nombreuses juridictions. En une circonstance, la Cour de Justice des Communautés européennes lui a même consacré un attendu de portée générale (CJCE, 13 déc. 1983, aff. 218/82).

Le Conseil constitutionnel y a fréquemment recours. Dans une certaine mesure, l'interprétation neutralisante est un substitut de la censure du texte. Lorsqu'il décide d'opter en sa faveur plutôt que de censurer la loi, le Conseil dispose sur ce point encore d'une marge d'appréciation. Des décisions récentes concernant les domaines les plus divers en apportent la confirmation.

a – Confronté à une disposition législative ouvrant aux organisations syndicales représentatives le droit d'exercer en justice toutes actions qui naissent des dispositions régissant le licenciement, sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé, le Conseil constitutionnel l'a interprétée dans un sens conforme au respect de la liberté personnelle du salarié (n° 89-257 DC du 25 juill. 1989). Le décret du 11 octobre 1989 pris pour l'application de la loi a tiré les conséquences de la décision du Conseil.

On notera qu'une disposition du code du travail hongrois autorisant un syndicat à agir pour les travailleurs et en leur nom sans aucune autorisation formelle a été censurée en 1990 par la Cour constitutionnelle de la République hongroise.

b – En matière de *sanctions administratives*, le Conseil constitutionnel a poussé très loin la technique de l'interprétation neutralisante, d'abord dans sa décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989 sur les pouvoirs du Conseil supérieur de l'audiovisuel (cf. *Rec.*, p. 18, et *RFDA*, 1989, p. 215, avec nos observ.), puis dans sa décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989 sur les pouvoirs dévolus à la Commission des opérations de bourse (cf. *Rec.*, p. 71, et *RFDA*, 1989, p. 671).

c – Invitée à plusieurs reprises à fixer le cadre constitutionnel dans lequel les officiers ou agents de police judiciaire ou des personnes habilitées peuvent procéder à des investigations, la Haute instance a, en fonction du contenu du texte soumis à son examen, donné la préférence, soit à l'interprétation neutralisante, soit à la déclaration de non-conformité.

La première solution l'a emporté en ce qui concerne aussi bien les aménagements apportés aux pouvoirs de perquisition des agents de l'administration fiscale (n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, *Rec.*, p. 110) que la définition des pouvoirs de contrôle des officiers de police judiciaire mandatés par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (n° 89-271 DC du 11 janv. 1990, *Rec.*, p. 21).

Une solution de censure a prévalu lors de l'examen d'une disposition législative attribuant des pouvoirs d'investigation étendus aux officiers et agents de police judiciaire, ainsi qu'aux fonctionnaires de l'administration des télécommunications habilités à cet effet (n° 90-281 DC du 27 déc. 1990, *Rec.*, p. 91).

Il importe de souligner que le choix effectué par le juge constitutionnel est tributaire de la rédaction du texte qui lui est soumis et n'a de toute façon pas d'incidence sur le contenu du droit constitutionnel jurisprudentiel ; les exigences constitutionnelles sont identiques qu'il y ait déclaration de non-conformité ou interprétation conforme.

2 / Une observation analogue s'impose pour ce qui est de *l'incidence d'une déclaration de non-conformité d'une partie d'un texte sur ce dernier pris dans son ensemble*.

Si l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 édicte des règles très précises en cette matière, leur application concrète peut, dans des hypothèses il est vrai assez rares, poser problème.

a – Il est à peine besoin de rappeler que dans ses articles 21, 22 et 23, l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 traite de l'incidence du contrôle de constitutionnalité des lois sur le déroulement de la procédure législative. L'ordonnance envisage diverses hypothèses : l'absence d'obstacle à la promulgation du texte en cas de déclaration de sa conformité à la Constitution (art. 21) ; l'impossibilité de promulguer une disposition législative déclarée contraire à la Constitution ainsi que toute autre disposition de la même loi qui en est inséparable (art. 22) ; le choix offert au Président de la République, lorsqu'une loi comporte une disposition contraire à la Constitution tout en étant séparable de l'ensemble du texte, entre la promulgation du

texte amputé de la disposition inconstitutionnelle et la demande aux assemblées d'une nouvelle délibération de la loi (art. 23).

Essentielle pour la mise en œuvre de ces règles est la constatation par le Conseil constitutionnel du caractère inséparable ou non de tout ou partie de la loi, de la disposition qu'il déclare contraire à la Constitution.

Pour apprécier le caractère séparable ou non de l'ensemble du texte d'une disposition jugée inconstitutionnelle le Conseil se réfère tant au contenu même du texte qu'aux débats auxquels sa discussion a donné lieu devant le Parlement. Sont ainsi prises en compte, non seulement la correction grammaticale du texte, mais aussi sa cohérence au regard de l'intention exprimée par le législateur.

b – La mise en œuvre de ces principes ne soulève pas en règle générale de difficulté.

Néanmoins, en raison de la variété des situations concrètes qui lui sont soumises, le juge constitutionnel peut se trouver en présence de cas où il lui est loisible d'opter entre deux solutions : l'une se bornant à censurer quelques mots seulement au sein d'un article de loi ; l'autre consistant à étendre la portée de la censure en fonction d'une acception large de l'inséparabilité.

Cette seconde solution a le mérite de la netteté alors que la première (la censure « au laser ») peut être considérée comme moins brutale à l'égard du législateur.

Mais une censure limitée au minimum n'est pas sans présenter des inconvénients. Elle peut aboutir à rendre difficilement intelligible la disposition législative qui subsiste après sa censure partielle. Il est possible d'évoquer sur ce point la censure d'un membre de phrase de l'article 102 de la loi de finances pour 1990 concernant la faculté ouverte à l'administration fiscale de demander au juge de l'impôt de l'autoriser à rectifier une erreur non substantielle nonobstant l'expiration du délai de prescription (cf. n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, Cons. n° 62).

A titre exceptionnel, la censure « au laser », sans le correctif de l'inséparabilité, est susceptible de conduire à une légère extension du champ d'application d'une disposition législative à la suite de la décision du juge constitutionnel : au nom du principe d'égalité, la décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982 a étendu le droit de réponse à la télévision à l'ensemble des personnes morales, alors que la loi en limitait le bénéfice, en dehors des personnes physiques, aux personnes morales sans but lucratif ; au nom du même principe, la décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990 a insensiblement élargi la portée de l'amnistie décidée par l'article 19 de la loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités publiques.

Les situations que l'on vient d'évoquer restent cependant marginales et ne constituent pas une source tangible d'imprévisibilité de la jurisprudence.

L'interrogation qui est à l'origine de notre analyse appelle en définitive une réponse nuancée. Si l'on s'abstient de prendre en compte les

divers paramètres qui encadrent et commandent l'intervention du juge constitutionnel, on conçoit que d'aucuns puissent être enclins à taxer sa jurisprudence d'imprévisibilité.

Mais si l'on s'astreint à replacer la jurisprudence dans le contexte d'ensemble dont nous avons rappelé les grandes lignes, il nous paraît alors tout à fait contestable de conclure à son caractère imprévisible.

Au demeurant, nous sommes convaincu que le développement du droit constitutionnel jurisprudentiel est en lui-même un réducteur d'incertitudes sur le plan juridique. Dans de nombreux domaines la jurisprudence du Conseil est clairement fixée et constitue une base de référence permettant aux services du Secrétariat général du Gouvernement, aux formations administratives du Conseil d'Etat et aux fonctionnaires des assemblées de prévenir d'éventuelles inconstitutionnalités au stade de l'élaboration de la législation.

Tout au plus, peut-on relever que le contrôle préventif est dans l'ensemble mieux assuré sur les projets de loi que sur les propositions de loi ou les amendements dont font l'objet les textes soumis à la délibération des assemblées.

Sans doute, pour les questions qui n'ont pas déjà suscité l'intervention du juge constitutionnel, la prévention s'avère plus malaisée et il peut y avoir place pour l'incertitude. Mais, et nous espérons l'avoir démontré, cette dernière ne saurait être exagérée. Il est possible à tout le moins de la rattacher aux paramètres que nous avons cherché à mettre en évidence.

Le Cour suprême du Canada et le processus démocratique : redéfinition et impact politique

VALÉRIE MAYER*

Si l'étude du contrôle de constitutionnalité passe aujourd'hui par l'évocation obligée des modèles kelsénien et américain, il est déjà beaucoup plus difficile d'identifier et d'appréhender le rôle de la Cour suprême du Canada au sein du système politique canadien.

Parce que le modèle auquel elle renvoie est opacifié par l'omniprésence américaine, et surtout parce que depuis les débuts de la Fédération elle est en porte-à-faux avec la mission traditionnellement assignée à une institution de ce type, la Cour suprême du Canada réserve bien des surprises à l'observateur étranger. Exigeant tout d'abord et au sens strict du terme, cher à la tradition sociologique, une véritable « déconstruction de l'objet », l'étude de l'institution nécessite ensuite une extrême habileté à saisir et à jongler avec les contradictions. Effectivement, si la Cour existe au titre de cour générale d'appel depuis 1875, la position ambiguë du Dominion face à Londres et les contestations des Provinces ne l'ont conduite à exercer son rôle d'arbitre des compétences que dans les années 1950, alors qu'elle ne devenait gardienne des libertés qu'en 1982 où, enchâssée dans l'Acte de 1867 remodelé, la Charte des Droits et Libertés lui en confiait la mission explicite. Ainsi, et sans oublier que le Canada vit depuis 1867 dans un climat de perpétuelle remise en cause de ses institutions, il s'agit de comprendre comment :

- 1 / le déficit initial de légitimité de la Cour suprême et l'ambivalence de sa mission au sein de la Fédération,
- 2 / l'amènent paradoxalement à se situer au cœur du processus démocratique en en redéfinissant les règles essentielles,
- 3 / et à en proposer une nouvelle lecture, différente de la règle de droit fondatrice.

* Université de Paris I Panthéon-Sorbonne.

I — LE DÉFICIT INITIAL DE LÉGITIMITÉ DE LA COUR SUPRÊME
ET L'AMBIGÜITÉ DE SA MISSION AU SEIN DE LA FÉDÉRATION

Au Canada, les débats sur la finalité et le caractère des institutions mises en place par l'AANB de 1867 durent depuis plus de cent vingt ans¹. Qu'il s'agisse des rapports avec la métropole impériale qui ne prennent fin officiellement qu'en 1931 avec le Statut de Westminster, des pouvoirs du gouvernement fédéral face aux provinces, ou du statut de la langue française, tout se passe comme si ce pays ne cessait pas d'être achevé.

Le Canada, contrairement à la plupart des Etats souverains, ne possède pas de loi fondamentale proprement dite. La Constitution canadienne — ou si l'on préfère le droit constitutionnel canadien — comprend au départ certains textes fondamentaux², des lois impériales, des arrêtés en conseils impériaux, certaines lois organiques adoptées par le Parlement d'Ottawa, des lettres patentes et, depuis 1982, une Charte des Droits et Libertés. A vrai dire, de toutes les constitutions fédératives celle du Canada apparaît comme la plus diffuse et la plus éparse qu'il soit. Il est même impossible d'énumérer avec certitude tous les textes formant la Constitution proprement dite ; certaines lois britanniques appartiennent à la *Common Law* et de nombreuses conventions constitutionnelles³ font en outre partie du droit constitutionnel canadien.

Toutefois la Constitution ne comprend pas uniquement ces documents et coutumes. La jurisprudence en matière constitutionnelle, c'est-à-dire la somme des jugements qui depuis 1875 ont porté d'une façon ou d'une autre sur l'interprétation juridique de ces textes ou de ces coutumes, fait tout autant partie du droit constitutionnel canadien. Cependant, c'est l'étude du système judiciaire mis en place en 1867 qui accuse le caractère hybride de l'Acte fondateur.

I / *La Cour suprême, création du Parlement*

En 1867, lorsque le Dominion émerge en entité constituée, la suprématie du Parlement était affirmée⁴ et l'Etat fédéral canadien risquait

1. AANB : Acte de l'Amérique du Nord britannique voté par le Parlement de Westminster en 1867, resté à Londres jusqu'en 1982 parce que les Provinces n'avaient jamais pu s'entendre sur une formule d'amendement conjointe, il fut « rapatrié », et amendé dans des conditions de crise politique sans précédent qui, tout en brisant le dernier lien colonial avec Londres, mirent définitivement en cause la forme de l'Etat en provoquant une radicalisation extrême des revendications du Québec, qui n'a toujours pas signé la Constitution.

2. L'AANB de 1867, de 1871, celui de 1945 et le Statut de Westminster de 1931.

3. Une convention est une règle qui, non obligatoire en droit, est néanmoins considérée comme source de légitimité.

4. Comme l'illustre le premier considérant de la loi constitutionnelle de 1867 : « ... une Constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni. »

d'adopter la conception selon laquelle le Parlement était le maître absolu de la législation, en position de force dans ses rapports avec les Provinces.

Cependant, dans ses origines politiques, ce sont les débats antérieurs à 1867 qui, dans une certaine mesure, décident du fondement du système judiciaire fédéral et au sein de l'acte de 1867 ce sont les articles 96 à 101 qui organisent le système judiciaire, sans d'ailleurs ériger en institutions les recommandations qu'ils formulent. L'article 101 surtout pose le problème délicat du statut de la Cour suprême. Celui-ci stipule effectivement :

« Nonobstant toute disposition de la présente loi, le Parlement du Canada pourra, de temps à autre, prévoir la constitution, le maintien et l'organisation d'une cour générale d'appel pour le Canada »...

Or cette recommandation ne prit forme qu'en 1875 lorsque le Parlement vota la première loi sur la Cour suprême du Canada qui, modifiée plusieurs fois depuis, ne lui conférait pas le statut constitutionnel qui l'aurait mise à l'abri de toute contestation.

Effectivement, et c'est là la pierre d'achoppement de tous les débats, la Cour suprême du Canada, à la différence de celle des Etats-Unis et des cours constitutionnelles européennes, ne bénéficie d'aucune légitimité constitutionnelle. Que s'est-il donc passé depuis 1875 ?

La Cour fut créée au titre de cour générale d'appel, elle comprend aujourd'hui neuf juges nommés jusqu'à 75 ans par le Gouverneur en conseil, dont trois choisis au Québec, tous devant être juge ou avocat.

Elle détient et rend une juridiction d'appel et une juridiction spéciale¹ et depuis 1982 se trouve investie, par l'article 24 de la Charte, tribunal de dernier recours en cas d'atteinte aux droits et aux libertés². Quelles sont plus précisément ses attributions ? La Cour suprême est avant tout une cour d'appel (art. 54 de la loi sur la Cour suprême). Jusqu'en 1949, date à laquelle les recours au Comité judiciaire du Conseil privé de la Reine à Londres sont abolis, la Cour n'a de suprême que le nom. Effectivement, en concurrence avec cette instance impériale, elle se cantonne dans un rôle de subordination, accentué par les recours multiples des Provinces qui voient en Londres une ouverture vers une interprétation moins centralisatrice du partage des compétences.

En 1976 et 1983 de nouveaux pas sont franchis vers l'autonomie et la modernisation puisque, d'une part, la Cour devient maîtresse de son ordre du jour et d'autre part les parties au procès peuvent désormais s'adresser à la Cour *via* deux satellites, permettant ainsi de remédier aux

1. Articles 35 et 55 de la loi sur la Cour suprême du Canada.

2. Article 24 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »

voyages coûteux et à la lenteur des travaux. De fait, la Cour traite des questions de droit (et non des faits) qui ont déjà été entendues par les cours inférieures et sa juridiction couvre à la fois les domaines provincial, fédéral, en matière de droit civil, pénal et constitutionnel. Mais la procédure qui aboutit à la saisine de la Cour est complexe.

Tout d'abord, chaque requête est examinée par trois des neuf juges et les décisions sont prises à la majorité des voix, ce qui signifie bien entendu que deux juges peuvent permettre ou refuser l'accès d'un cas à la Cour. Les requêtes acceptées prennent ensuite la forme de requête de *writ of certiorati* et les causes sont inscrites à la Conférence hebdomadaire de la Cour.

C'est au cours de cette Conférence, sur la base de seuls documents écrits, que la Cour peut, si au moins quatre des neuf juges sont d'accord, décider d'entendre un cas. Le chemin n'est donc pas aisé et l'on estime à peu près à 1 ou 2 % des cas traités par les cours inférieures le nombre de ceux parvenant en Cour suprême.

La procédure conduisant à la décision est, quant à elle, encore beaucoup plus longue. Des trois sessions (hiver, printemps, automne) pendant lesquelles elle siège la Cour est rarement au complet, le quorum étant de cinq juges (art. 25 de la loi sur la Cour suprême) ou même de quatre « pour connaître des causes où les parties consentent à être entendues devant une cour ainsi composée » (art. 29). De fait, et même si chacune des sessions a obligation de se prolonger « jusqu'à ce qu'il ait été disposé des affaires soumises à la Cour » (art. 32.4), c'est le plus souvent à cinq ou sept des neuf juges qu'il revient de décider.

Ainsi, après avoir entendu les arguments de l'appelant et de l'intimé (qui peuvent demander à la Cour de statuer sur tout ou partie du jugement ou de l'ordonnance en cause) les juges se retirent, confient des travaux de recherche à leurs clerks (deux par juges), et rédigent chacun leur opinion motivée. Une nouvelle fois c'est lors de la Conférence que tout se décide.

Généralement, après une discussion laissant la parole aux juges dans l'ordre inverse d'ancienneté à la Cour, une majorité se dégage ; un de ses membres, spontanément ou bien désigné par le juge en chef, rédige un avant-projet, les autres juges réservant leur opinion jusqu'à ce que le projet définitif soit mis en circulation et il est bien évident que c'est au cours de cette étape et autour de ces projets (*drafts*) et commentaires de projets que la décision dégageant majorité, opinions concurrentes et dissidentes prend forme. Lorsque la décision est rédigée, le jugement est rendu public et au titre de l'article 54 de la loi sur la Cour suprême est « définitif et péremptoire ».

Cependant, à côté de cette juridiction d'appel, la Cour détient aussi une juridiction spéciale (art. 55 de la loi sur la Cour suprême) appelée procédure de référence, où la Cour est sommée par le Gouverneur en conseil de répondre à une question de droit ou de fait, intéressant l'interprétation de l'AANB, la constitutionnalité ou l'interprétation d'une législation fédérale ou provinciale ou d'actes de leurs gouvernements respectifs. La Cour

adresse alors au Gouverneur en conseil son opinion certifiée sur chacune des questions en donnant ses raisons à l'appui de chaque réponse. Cette opinion, qui dans sa forme est identique à toute décision rendue sur appel, oblige tous les juges à motiver leur réponse.

C'est cette procédure spéciale qui a donné lieu au Rapatriement de la Constitution en 1982 et qui, par là même, a projeté la Cour sous les feux de la rampe, l'exposant aux attaques et aux critiques les plus violentes quant à sa place au sein du système politique canadien.

2 / *La Cour occupe une place marginale au sein du système politique canadien*

Il faut à présent comprendre pourquoi la Cour, tant sur le plan des institutions que sur celui de la culture politique, ne cesse de chercher sa place au sein du système canadien.

Créée sur le mode américain, fonctionnant sur une base statutaire et non constitutionnelle, piégée dans son rôle d'arbitre des compétences, projetée sur la scène politique en 1981, la Cour a dû apprendre à mesurer l'effet de ces jugements. Ce processus de maturation politique fut lent. Si à partir des années 1970 (et peut-être à cause des revendications provinciales et surtout québécoises de plus en plus pressantes) la Cour est de plus en plus disposée, en droit public et constitutionnel, à étudier des cas qui lui étaient jusqu'alors restés étrangers, c'est replacé dans le contexte du Rapatriement de la Constitution que son rôle apparaît avec le plus d'acuité.

En 1980, alors que les discussions sur une éventuelle réforme constitutionnelle durent depuis plus de vingt ans déjà, le retour des libéraux au pouvoir et l'offensive de P. E. Trudeau déclenchent le processus. Passant ici sur les controverses politiciennes, on peut retenir que le judiciaire émerge de l'échec de la négociation politique, du politique « en faillite ». Parce qu'en 1981 le politique¹ n'arrive pas à gérer une situation conflictuelle où la passion l'emporte sur la raison, le judiciaire, la Cour en dernier ressort est sollicitée pour trancher.

Or, s'il est dans la tradition judiciaire anglo-saxonne un principe selon lequel dans une affaire concernant un litige ordinaire (les tribunaux ont adopté la même règle concernant un litige constitutionnel) les cours n'ont pas à répondre à des questions hypothétiques, en 1981 la situation est différente puisque l'Attorney général concède que la question peut être résolue.

A cette date, face au projet unilatéral de Rapatriement du gouvernement Trudeau, six des dix Provinces font front et, au nom des six, trois

1. En 1981 s'il est vrai que le politique oppose les Provinces au gouvernement fédéral, le débat est surtout fondé sur les différentes appréciations qu'ont de la Fédération P. E. Trudeau du côté canadien et R. Lévesque du côté québécois.

d'entre elles adressent un renvoi à leur cour d'appel respective posant des questions qui peuvent se résumer ainsi :

- le projet du gouvernement fédéral restreint-il les droits des Provinces ?
- l'appui unanime des Provinces est-il nécessaire au Parlement pour envoyer une Adresse à la Reine ?

La controverse se déplace sur le terrain constitutionnel lorsque les cours sollicitées remettent des avis totalement différents, rendant dès lors le recours à la Cour suprême inévitable.

Le débat dura tout l'été 1981 et c'est en décembre que la Cour rendit un avis historique dans lequel, embarrassée par les questions, elle tranchea en opérant une distinction contestée entre légalité et légitimité de la convention constitutionnelle.

Pour la Cour le processus du Rapatriement nécessite le consentement d'une majorité substantielle mais non unanime de Provinces. Ainsi, en séparant loi et convention, légalité et légitimité, la Cour est amenée à effectuer tout un travail d'interprétation du droit afin de trancher un litige politique. Et cet épisode est révélateur de l'émergence politique de la Cour. Effectivement, sollicitée par les instances politiques la Cour intervient dans le débat pour y mettre un terme et, paradoxalement, signer son engagement dans le processus démocratique.

II - L'AMÈNENT PARADOXALEMENT À SE SITUER AU CŒUR DU PROCESSUS DÉMOCRATIQUE

Pour le Canada, le processus démocratique ce sont avant tout les principes généraux du droit que véhicule l'ANB de 1867 (principe de souveraineté parlementaire, absence de déclaration des droits et définition d'un fédéralisme original, motivé par le refus de l'exemple américain et la particularité historique des peuples fondateurs), de même qu'une tradition de négociation politique caractérisée par les conférences constitutionnelles où les doléances des provinces trouvent à s'exprimer, et souvent à se faire entendre ; et enfin, l'attitude relativement réservée des tribunaux, en particulier de la Cour suprême, qui adoptent une interprétation statique des textes, où le principe de présomption de constitutionnalité de l'acte législatif n'est pas remis en cause.

Or le problème fondamental de toute démocratie étant de réconcilier le principe de liberté avec celui d'autorité, la seule façon de protéger les droits que sont la liberté d'expression, la protection contre toute arrestation arbitraire, etc., est de les inclure dans la Constitution afin qu'aucune législature, qu'aucun gouvernement ne puisse les violer. De fait, si l'insertion de ces droits dans le texte de référence sert énormément leur valeur éducative, symbolique, politique, elle apparaît essentielle dans le cadre d'un gouvernement fédéral, où la répartition des compétences donne à chaque législature l'autorité pour légiférer sur les droits fondamentaux.

1 / La Charte canadienne des Droits et Libertés

La plupart des Etats dotés d'institutions démocratiques possèdent une déclaration des droits dans leur Constitution. Jusqu'en 1982 le Canada a fait partie des exceptions, sans que cela signifie bien entendu que la protection de ces droits y ait été inexistante mais plutôt non uniforme¹.

Cependant, les débats sur l'insertion d'une déclaration des droits dans la Constitution ont duré plus de vingt ans et la Charte canadienne des Droits et Libertés de 1982 en est le résultat. Ainsi, en étant intégrée à l'AANB de 1867 elle fait partie du droit constitutionnel canadien. Cette Charte est le fruit de plusieurs influences. Comme nombre d'autres textes de la même inspiration, elle est impérative en droit², s'impose à toutes les autorités ; le judiciaire étant chargé de son interprétation et de son application. Ce dernier point doit justement nous intéresser ici. Effectivement, si le Rapatriement et la Charte ont eu pour effet immédiat d'élargir le champ de la révision judiciaire des actes législatifs et exécutifs, de modifier le rôle des tribunaux et de la Cour suprême en particulier, ils ont aussi eu pour conséquence une transformation radicale du processus démocratique.

Tout d'abord, le rôle de la Cour confrontée à la Charte implique un réordonnement de l'équilibre des pouvoirs. Dans le rôle d'arbitre des compétences, la Cour ne s'attaquait pas à la règle de la représentativité puisque la législation était déclarée invalide seulement parce qu'elle n'avait pas été promulguée par le niveau de gouvernement adéquat. Depuis 1982 tout est différent : la Cour peut remettre en cause le droit du gouvernement de promulguer certaines lois et peut s'opposer en fait à la règle de la suprématie parlementaire, héritage du système britannique.

Mais le plus étonnant est que ce défi est posé par la Charte elle-même dans ses articles 24 et 52³ par rapport à l'article 1 qui limite les droits énoncés à une justification qui puisse se démontrer dans le cadre « d'une société libre et démocratique », cette limitation étant laissée à la seule appréciation de la Cour. Là est le cœur du problème : parce que l'impact du rôle de la Cour (un rôle d'interprétation) est crucial, c'est désormais la

1. L'AANB contient certaines garanties collectives et institutionnelles. Du développement de la législation côté fédéral retenons surtout le *Bill of Rights* de 1960 voté par le Parlement d'Ottawa, qui est donc une loi ordinaire et qui ne peut viser que les activités fédérales. Du côté provincial, la législation reste très dispersée de 1946 aux années 70 où le Québec entreprend de se doter d'une Charte provinciale complète.

2. Essentiellement les documents internationaux comme la Déclaration universelle de 1948, la Convention européenne des droits de l'homme, le Pacte des Nations Unies, mais aussi la Déclaration canadienne des droits.

3. Article 52 (1) : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada ; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

jurisprudence qui façonne la Constitution, le droit constitutionnel, même si l'article 33 tente de concilier la doctrine de la suprématie parlementaire et le contexte de la révision judiciaire¹.

Comment dans un tel contexte mettre en lumière le rôle de la Cour ?

2 / Et son interprétation par la Cour suprême

Depuis que la Charte est en vigueur la Cour est saisie plus de 500 fois par an. Bien qu'elle ne traite qu'une infime partie des demandes qui lui sont soumises, le rythme de son travail s'accélère grâce à la modernisation de ses structures. Par exemple, depuis le printemps 1990 elle peut entendre des causes dans les deux ou trois mois qui suivent leur inscription. Ainsi, les cent et quelques décisions rendues à ce jour forment un corpus jurisprudentiel de tout premier intérêt, dont il est utile de tirer quelques chiffres, afin de saisir comment la Cour s'acquitte de sa mission de protection des droits et libertés.

Dans les quinze premiers cas entendus, l'appelant vit sa requête confirmée à 60 %, soit dans neuf cas exactement. Parmi ces quinze décisions cinq lois provinciales et trois lois fédérales furent déclarées inconstitutionnelles, ce qui constituait un début assez activiste. Mais surtout, la Cour a interprété l'article 1 de sorte que lorsqu'il y a violation d'un droit garanti, la charge de la preuve démontrant que la loi contestée est justifiable « dans le cadre d'une société libre et démocratique » revient à celui qui soutient le texte incriminé, bousculant ainsi la tradition habituelle de présomption de constitutionnalité.

A ce propos, le message lancé par la Cour aux tribunaux inférieurs est clair : la Charte n'a pas à être traitée comme le *Bill of Rights* de 1960, elle ne donne pas lieu à la recherche de la constitutionnalité, elle l'impose. Les juges ne peuvent se soustraire à leur devoir, à leur mandat, et les avocats sont encouragés à évoquer la Charte pour leurs clients.

Cependant, tout en ayant une conscience aiguë de leur tâche, les juges ont tout autant conscience de ses limites imposées d'ailleurs par la « société libre et démocratique » dont ils sont les gardiens présumés. Cette remarque s'impose principalement et paradoxalement dans l'arrêt *BC Motor Vehicle Act*², considéré comme le plus activiste de la Cour.

Dans cet arrêt, la Cour a évité de considérer les intentions des Fondateurs et a traité des principes de « justice fondamentale » de l'article 7 de la Charte garantissant le droit à un traitement de justice équitable pour tous. Mais le juge Lamer, écrivant pour la majorité, fut sensible aux craintes que pouvait susciter une super-législature judi-

1. Article 33 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ces dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente Charte. »

2. *Reference Re BC Motor Vehicle Act*, 1985, 2 SCR 486.

ciaire ». Il tenta même d'éclairer le raisonnement et d'apaiser ces craintes en spécifiant que l'obligation constitutionnelle de justice positive serait circonscrite aux « principes essentiels de notre système de droit ».

Ce ton modérateur se retrouve dans une autre décision de la Cour, *Operation Dismantle*¹, qui met un frein à la tentative d'utiliser la Charte contre la politique militaire du Canada. Là, le juge en Chef Dickson refuse de se cantonner derrière l'argument de la prérogative royale pour ne pas examiner la constitutionnalité d'un acte gouvernemental ; mais en même temps la Cour refuse d'entendre des causes mettant en relation des théories concurrentes en matière de Défense, de telles théories relevant à ses yeux plus de la conjecture que du fait.

En fait, le changement d'optique de la Cour dans son interprétation de la Charte est plus évident et plus systématique au fur et à mesure que la Cour est familière du texte et l'on constate qu'à partir de 1986 les plaignants sont de moins en moins assurés de voir leurs requêtes aboutir. Cette remarque est particulièrement intéressante si l'on s'attarde sur le traitement réservé aux droits linguistiques. Dans trois décisions de 1986 relatives aux langues officielles², la Cour, avec seulement une opinion dissidente, a rejeté les plaintes. Elle a considéré que le droit pour chacun de s'exprimer dans la langue de son choix devant les tribunaux n'exigeait pas de ces derniers qu'ils rendent les documents relatifs au procès dans cette même langue, ou bien encore que tous les juges présents soient totalement bilingues.

Pour résumer, entre 1986 et 1988 la Cour a rendu trente-deux décisions relatives à la Charte et n'en a agréé que huit en faveur des plaignants, ce qui fait chuter le taux de 60 % à 25 %. Parmi ces jugements, trois actes fédéraux se virent amputés, le plus spectaculaire étant bien sûr l'annulation de l'article 251 du Code criminel relatif à l'avortement³ ; en revanche aucune loi provinciale ne fut déclarée inconstitutionnelle.

Ainsi, si l'on confronte les décisions concernant la Charte et la législation provinciale et fédérale, on ne peut avancer que le principe parlementaire ait été mis à mal par le judiciaire. Les juges n'ont effectivement pas supplanté les politiciens élus, la Cour apparaissant plus comme réformatrice qu'usurpatrice. Pourquoi alors penser, et comment démontrer à partir de là, que la Cour a pourtant bel et bien tracé les contours nouveaux du processus démocratique au Canada ?

1. *Operation Dismantle vs The Queen*, 1986, 1 SCR 441.

2. *Bilodeau vs Att. Gen. Manitoba*, 1986, 1 SCR 449 ; *MC Donadl vs City of Montréal*, 1986, 1 SCR 460 ; *Société des Acadiens vs Association of Parents*, 1986, 1 SCR 549.

3. *The Queen vs Morgentaler*, 1988, 1 SCR 30.

III - ET À EN PROPOSER UNE NOUVELLE LECTURE,
DIFFÉRENTE DE LA RÈGLE DE DROIT FONDATRICE

C'est donc sur une double ambiguïté (celle de son statut et celle de son rôle au sein de la Fédération) que la Cour suprême a été amenée à agir au sein du processus démocratique. Cette tâche n'a pas été aisée et les juges reconnaissaient eux-mêmes encore en 1988 avoir beaucoup à apprendre du texte que l'on soumettait de plus en plus à leur appréciation¹. Mais aujourd'hui, même si la jonction a été difficile à réaliser pour la Cour, les choses sont différentes de ce qu'elles étaient avant 1982.

A la batterie d'inquiétudes et de questions toutes légitimes que l'on était en droit de se poser, des réponses s'esquissent. Ces réponses s'ordonnent autour de deux constatations de taille.

1 / *La progressive cristallisation de la norme jurisprudentielle*

Dans tous les Etats, c'est la Constitution, écrite ou coutumière, qui spécifie quels sont les organes qualifiés pour poser le droit. Au Canada, la règle de droit donne une place importante à l'autorité compétente (le Parlement) pour édicter la loi. Mais à ce rôle direct que joue l'organe créateur est venu s'ajouter celui, plus indirect mais tout aussi effectif, des tribunaux en général et de la Cour suprême en particulier. De fait, si l'on analyse les sources formelles du droit au Canada (la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine) on s'aperçoit combien la jurisprudence a réussi à s'imposer au regard du processus démocratique.

Soulève-t-on le voile derrière lequel se cacherait le « gouvernement des juges » ou bien celui abritant le « veto des sages »² ? Sans doute ni l'un ni l'autre, mais plutôt celui d'une remise en cause de l'appréciation du pacte initial.

Le rôle de la Cour, qui s'accroît depuis 1982 surtout en matière de droits et libertés, tend à donner un nouveau profil à la règle de droit en en redéfinissant les contours et les éléments.

De fait, la négociation politique et le fédéralisme sont ébranlés et, dans la lignée de la pensée de M. Trudeau, le *nation building* semble l'emporter face au *province building* puisque dans ses décisions la Cour suprême donne le ton pour la Fédération et que certains domaines législatifs auparavant réservés aux provinces, comme les langues par exemple, sont maintenant soumis à des critères nationaux, dégagés de la Charte par la Cour.

Ainsi, si le législateur adopte la loi, la Cour l'interprète et, en vertu du système politique canadien, en interprétant la loi et surtout la Constitu-

1. Entretien à la Cour suprême du Canada avec le juge Antonio Lamer le 20 juillet 1988.

2. Article de Claude Emeri, *RDP*, 2, 1990.

tion, elle la précise, la qualifie, l'adapte aux circonstances nouvelles et lui donne vie. Dans cette mesure elle crée du droit en faisant évoluer une constitution qu'on ne peut amender comme une simple loi. De sorte que demeure vraie cette déclaration du juge en chef Dickson que la Cour et le Parlement créent du droit, mais pas pour les mêmes fins et pas de la même façon.

Curieusement donc, ce n'est pas la Charte en elle-même qui redéfinit le processus démocratique mais bien la Cour, qui en en donnant une certaine lecture en réoriente les axes essentiels. Cependant, ce processus de redéfinition, caractérisé par ce que l'on pourrait appeler « la cristallisation de la norme jurisprudentielle », n'est pas particulier au Canada. Le problème se pose aussi dans d'autres sociétés occidentales où, pour des raisons diverses, les décisions gouvernementales sont moins facilement acceptées et sont plus fréquemment remises en cause par voie de recours. Aujourd'hui, la Cour suprême du Canada profondément renouvelée depuis 1982¹, mandatée par l'article 24 de la Charte, est un élément déterminant du système politique canadien. Dans la mesure où elle crée de nouveaux mécanismes du processus décisionnel, et où l'État de droit qu'elle doit protéger est construit autour d'une certaine notion des droits de l'homme, elle doit être considérée comme l'une des trois branches du gouvernement. Ce faisant, fait-elle appel à des valeurs extra-constitutionnelles ? Sans doute, la sociologie juridique, qui scrute les motifs des décisions afin de dégager, par-delà l'arrêt, le paysage sociologique de l'affaire, a laissé soupçonner, a révélé, les subjectivités sociales, idéologiques, intellectuelles, qui peuvent se glisser sous un jugement impartial. On comprend à partir de là combien l'impact du rôle de la Cour, au-delà de ses conséquences directes sur l'État, peut être marquant pour la société civile. Et ceci plus encore dans un système politique où l'écrit jurisprudentiel a toujours eu du mal à s'intégrer à l'écrit institué.

2 / *L'incorporation des Droits de l'homme au Droit positif*

On réapprécie aujourd'hui à sa juste valeur la thèse du Doyen Hauriou selon laquelle une constitution est toujours duale, à la fois politique et sociale.

En garantissant les droits des gouvernés, en leur reconnaissant un espace séparé des gouvernants, le pacte social change de nature. Dans cet esprit d'ailleurs, la Charte, s'ordonnant autour du citoyen et non plus des pouvoirs publics, partant de la société civile et non plus de l'État, définit leurs rapports respectifs et surtout, *via* la Cour suprême, assure un mécanisme de sanction des organes de l'État. Aussi est-ce « l'écrit jurisprudentiel » qui attire l'attention et qui, au-delà des questions que l'on ne cesse

1. Depuis 1981 la Cour a perdu huit de ses membres, seul le juge Lamer nommé Juge en Chef en juillet 1990 en remplacement du juge Dickson fait partie de la Cour qui a rendu l'avis sur le Rapatriement.

de se poser sur la légitimité de l'autorité à interpréter le droit, laisse apparaître le problème inéluctable de l'incorporation des droits de l'homme au droit positif.

Le débat autour de la Charte depuis 1982, et autour de la Cour suprême depuis huit ans, en est l'exemple.

Tout d'abord, la Charte fut perçue par le grand public comme une arme politique (liée qu'elle était au Rapatriement) et non comme une affaire de juristes. Il ne fut donc pas étonnant qu'elle soit immédiatement utilisée comme moyen de lutte politique et que la Cour soit exposée de ce fait aux plus vives critiques. Ensuite, la Charte élabore une vision particulière des droits et libertés à l'article 1 qui les limite¹ et suggère à l'article 15² une approche du principe d'égalité telle que les Provinces ont exigé et obtenu un délai de trois ans avant son entrée en vigueur afin d'ajuster leur législation. Ce sont là les deux points cristallisant le changement radical de la lecture de la règle de droit imposé au Canada *via* la Cour suprême.

La disposition limitative de l'article 1 de la Charte, tirée en partie du pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques et de la Convention européenne des droits de l'homme fut insérée au cours de la rédaction de la Charte à la demande des autorités provinciales³. Cette disposition n'a cessé depuis de susciter les débats les plus vifs parmi les spécialistes jusqu'à ce que la Cour en clarifie la portée dès 1986 dans l'arrêt *Oakes*⁴. Dans cet arrêt, la Cour avait à connaître de la loi sur les stupéfiants qui à son article 8 prévoyait que si la Cour constatait que l'accusé était en possession de stupéfiants il était présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins de prouver le contraire, il devait être déclaré coupable. L'accusé *Oakes* a évoqué l'inconstitutionnalité de cet article qu'il estimait en violation de l'article 11*d* de la Charte qui énonce :

« Tout inculpé a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial et à l'issue d'un procès public et équitable. »

Ainsi l'arrêt *Oakes*, en donnant gain de cause au plaignant, renverse la charge de la preuve et par conséquent renforce le crédit de la présomption d'innocence. Mais ce qui importe ici, c'est surtout qu'en rendant sa déci-

1. Article 1 (1) de la Charte canadienne des Droits et Libertés : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

2. Article 15 (1) de la Charte : « La loi ne fait acception de personne et s'applique à tous, et tous ont droit au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

3. Article de A. L. C. de Mestral, *AIJC*, 2, 1986, 279-282.

4. *The Queen vs Oakes*, 1986, 1 SCR 103.

sion la Cour a établi une jurisprudence du principe limitatif de l'article 1. Elle a en quelque sorte conçu la thèse de la proportionnalité de la limitation des droits garantis en établissant certaines corrélations entre la forme de la limitation, le but de la limitation et le rapport devant exister entre ce but et la mesure limitative. C'est ce que l'on a appelé le *test Oakes* ainsi défini¹.

— Celui qui invoque une limitation doit en apporter la preuve. Pour justifier une limitation deux critères doivent être satisfaits : l'objectif doit être en rapport avec les mesures qui apportent une restriction au droit garanti, et doit être suffisamment important pour justifier la suppression dudit droit ; la partie invoquant l'article 1 doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et justifiés. C'est le critère de proportionnalité qui implique que :

- les mesures soient équitables et non arbitraires, qu'elles soient conçues pour atteindre l'objectif et aient un lien rationnel avec cet objectif ;
- le moyen choisi soit de nature à porter atteinte le moins possible au droit en question ;
- enfin qu'il y ait proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi.

Appliquant le test au cas qui lui était soumis la Cour a estimé que si le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants était un objectif légitime, il ne pouvait en revanche y avoir de lien rationnel entre le fait établi (la possession) et le fait présumé (la possession à des fins de trafic). Ainsi, l'article 8 de la loi fut déclaré nul et le plaignant eut gain de cause.

Cet exemple, au-delà de l'aspect symbolique qu'il recouvre (la présomption de constitutionnalité n'est plus effective avec la Charte) est significatif dans la logique de redéfinition de la règle de droit initiale. En s'adressant aux tribunaux et donc en dernier ressort à la Cour suprême, le justiciable légitime l'espace qu'il occupe face au législateur et obtient une garantie supplémentaire qui fait jurisprudence. Cette garantie se superpose aux règles du droit positif, s'impose même face à elles en acquérant le principe d'autorité de la chose jugée. Ainsi est-ce de l'interprétation, de la définition jurisprudentielle que les droits de l'homme s'enrichissent et s'agrégent au droit positif.

Il en va de même pour l'égalité devant la loi ou l'article 15 de la Charte. En février 1989, dans son arrêt *Andrews* la Cour a donné pour la première fois son interprétation du concept d'égalité en invalidant une loi de Colombie britannique qui interdisait aux non-citoyens de devenir membres du Barreau. Les effets de cette décision ont largement dépassé le Barreau ou même l'ensemble des corporations professionnelles pour devenir un des cas les plus importants de la jurisprudence depuis 1982.

1. Cf. Mestral, *op. cit.*, p. 281.

Dans cette décision, la Cour établit un processus en deux étapes pour déterminer si une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination. La personne désireuse de faire appel à l'article 15 doit tout d'abord prouver qu'elle est victime de discrimination, puis que cette discrimination est causée par une loi.

Une fois qu'il est établi que la loi est discriminatoire, le tribunal doit examiner le caractère raisonnable de la loi, comme le prévoit l'article 1. Dans le premier cas « il appartient au citoyen de prouver qu'il y a eu violation » alors que c'est l'Etat qui porte la charge de la preuve et démontrer que la violation est raisonnable « dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Dans cet arrêt la Cour a donné une interprétation « large et libérale » du concept d'égalité qui reflète « un concept élargi » de la discrimination. Effectivement, si l'article 15 interdit les discriminations fondées sur « la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques », la Cour a estimé que ces motifs n'étaient pas exclusifs et qu'ils devaient donc recevoir une « interprétation large et libérale ». Ce faisant, et c'est essentiel ici, elle rejette le critère qui avait été le plus souvent retenu jusqu'alors par les tribunaux canadiens selon lequel les personnes doivent être traitées de façon identique. Le juge McIntyre, écrivant pour la majorité, estime à ce propos que « appliqué au pied de la lettre — ce critère — pourrait servir à justifier les lois de Nuremberg d'Hitler où un traitement identique était prévu pour tous les Juifs ». Ainsi la Cour adopte-t-elle « la méthode des motifs énumérés ou analogues » qui veut que l'article 15 élimine la discrimination fondée sur les motifs énumérés dans la Constitution (race, religion, sexe, etc.) ou des motifs considérés comme analogues. Cependant la Cour fait remarquer que « ce ne sont pas toutes les distinctions ou les différences de traitement devant la loi » qui peuvent être considérées comme discrimination au sens de l'article 15 et que « la classification des individus et des groupes, la rédaction de différentes dispositions concernant tel groupe, l'application de règlements différents... sont nécessaires pour gouverner la société moderne ».

Cette décision qui a suscité beaucoup de commentaires touchait non plus seulement aux droits de nature juridique mais aussi à des questions relevant de la sphère sociale et économique. L'impact sur le public, d'autant plus sensible que les causes sont de plus en plus médiatisées, est alors devenu déterminant et l'attention portée au travail des tribunaux, à la Cour suprême, a changé de nature. Là aussi, en définissant un domaine des plus larges, la Cour s'expose aux critiques de ceux qui considèrent que c'est aux élus et non aux juges d'avoir le dernier mot.

Or le problème au Canada est d'une autre nature. Les gouvernants, les partis politiques ont effectivement dès 1981 ouvert à la Cour suprême (qui après tout n'en demandait pas tant...) une voie que la Charte ne fait que légitimer. Que les principes de protection des droits fondamentaux rencontrent des difficultés d'intégration aux principes

généraux du droit d'un Etat n'implique pas forcément qu'il faille les rejeter.

Aujourd'hui, alors que l'esprit du texte sert de support aux juges, c'est l'enveloppe sociologique qui a présidé à son élaboration et en a déterminé les grands axes qui doit attirer l'attention.

En ce sens, et en ce sens seulement, peut être posé le principe de « judiciarisation » de la vie politique canadienne. Si l'interprétation de la Cour suprême peut être soumise aux critiques elle n'est pas, en tant qu'institution, seule responsable de la redéfinition en cours du processus démocratique. Les partis politiques depuis 1981 ont eux-mêmes abandonné leur mission de porte-parole des enjeux sociaux, laissé la voie ouverte au déplacement des débats vers le judiciaire et depuis 1982 les citoyens, les justiciables n'ont assisté nulle part ailleurs qu'à la Cour aux débats sur les grands problèmes de société tels l'avortement, l'égalité, la liberté religieuse.

L'incorporation des droits de l'homme au droit positif doit se faire, mais de quelle manière ? Au Canada aujourd'hui, comme aux États-Unis, comme en Europe aussi, la judiciarisation de la vie politique est un sujet de recherches. Acceptée aux États-Unis, cette autre voie du processus démocratique doit aller dans le sens du renforcement de l'État de droit. La Cour suprême du Canada, en élargissant plusieurs de ses références jurisprudentielles aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg plaide pour l'internationalisation de la pensée jurisprudentielle canadienne. Doit-on précisément y voir le danger du « gouvernement des juges » ? Cela n'est pas si sûr. Car si la règle de droit initiale illustrée par l'aphorisme de Dicey : « Le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme et inversement » a été mise à mal, le Parlement occupe toujours une place prépondérante au sein du système politique canadien. La renégociation de la règle du jeu qui lui est aujourd'hui imposée, il l'a lui-même suscitée et acceptée avec le Rapatriement, et le réordonnement des trois branches de gouvernement qu'elle implique n'est pas inéluctablement en sa défaveur.

C'est là un défi à relever parce que le processus démocratique de construction de l'État de droit doit concilier à la fois le principe de légalité (la loi est l'expression de la volonté générale) et celui de la *rule of law*.

Pouvoirs-débat :

A propos de la bioéthique : la démocratie selon Ponce Pilate

ANNE-MARIE LE BOS-LE POURHIET*

Tandis que se succèdent les réunions et publications consacrées à la bioéthique, le Conseil d'Etat juge la loi de 1975 sur l'interruption de grossesse compatible avec le *droit à la vie* proclamé par la Convention européenne des droits de l'homme ; le Conseil constitutionnel conclut que le *droit à la santé* permet de restreindre la publicité en faveur de l'alcool et du tabac ; la cour d'appel de Paris admet la licéité des contrats de mères porteuses au nom du *droit à l'enfant* ; des médecins anglais satisfont le *droit à l'immaculée conception* ; et nos ministres s'opposent sur le *droit à la procréation des détenus*¹.

On voit ainsi depuis quelques années grossir un flot hétérogène de *droit à* sur la valeur et le contenu desquels il serait urgent, non plus seulement de s'interroger mais de répondre efficacement.

A observer les attitudes des politiques, des juges, des médecins et de l'opinion, l'impression qui domine est celle d'un flottement, d'une gêne, d'une vaste hésitation entre la conscience qu'il faudrait mettre des bornes à la liberté et la crainte de faire œuvre liberticide et rétrograde.

Il en résulte un immobilisme et une indécision inquiétants, chaque acteur renvoyant à un autre la responsabilité de l'attitude à adopter. Le politique s'en remet aux sages. Les sages renvoient la balle au politique en faisant appel au juridique. Le politique ne sachant toujours qu'en faire ne

* Professeur à l'Université de Caen.

1. CE Ass. 21 décembre 1990. Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, *AJDA*, 1991, p. 91, note C. M., F. D. et Y. A. et *RUDH*, 1991, n° 3, note H. Ruiz-Fabri, p. 1 ; cc'1-DC, n° 90-283, 8 janvier 1991, *JO*, 10 janvier ; Cour d'appel de Paris, 15 juin 1990, *D*, 1990, p. 540, note F. Boulanger ; voir *contra* C. de cass., Assemblée plénière, 30 mai 1991 ; *Le Monde*, 12 mars 1991.

fait rien, et, ce faisant, il laisse faire les seuls éléments dynamiques de l'affaire, c'est-à-dire les militants des *droits à* qui profitent de l'inertie générale pour pratiquer la technique du fait accompli. Les juges et les médecins, *pataugeant alors dans une responsabilité qui n'est évidemment pas la leur*, en arrivent à prendre des décisions provocantes qui semblent parfois destinées à narguer le politique.

L'attitude des gouvernants impressionne, tant par son manque de bon sens que son manque de courage. Bon sens car une conception de plus en plus délétère des droits de l'homme, accompagnée d'une juridictionnalisation excessive des questions de société, conduit à perdre de vue l'évidente hiérarchie qui existe entre les droits (I). Courage, car nos représentants, oubliant ce que responsabilité veut dire, paraissent faire l'unique choix de s'en laver les mains (II).

I - UNE HIÉRARCHIE DES DROITS

Une conception délétère des droits de l'homme

On a désormais coutume de distinguer des « générations » dans les droits de l'homme. La première génération, composée des libertés civiles et politiques proclamées dans les déclarations du XVIII^e siècle, consisterait essentiellement en des *droits de* n'exigeant des pouvoirs publics que leur abstention, leur laisser-faire. La seconde génération engloberait les droits économiques et sociaux inspirés de la conception marxiste des libertés concrètes et s'analyserait essentiellement en des *droit à*, c'est-à-dire des créances exigeant de la société la fourniture de prestations. Enfin, le XX^e siècle aurait apporté une troisième génération qu'on ne sait pas très bien définir, dans laquelle s'intégreraient tous les droits nouveaux s'accumulant dans des textes et revendications divers. Généralement présentés sous forme de *droit à* ils empruntent cependant à la fois aux libertés et aux créances, à l'économique et au politique, au civil et au social, nécessitant pour leur satisfaction à la fois prestation et abstention, et se caractérisant surtout par une indétermination remarquable. Ainsi s'allonge une liste infinie qui, outre les droits dits « de solidarité » (*droit au développement, droit à la paix, droit à l'environnement...*), comporte aussi une série de droits à tout et à son contraire (*droit à la vie, droit à la mort, droit à l'enfant, droit à l'avortement, droit à l'intégrité physique, droit au changement de sexe, droit à la différence, droit à l'assimilation...*).

Comme le note Jean Rivero : « Une tendance se manifeste à faire correspondre un droit à tous les besoins et à toutes les aspirations de l'homme (...) A qualifier de droits des aspirations et des vœux on fait rejaillir sur l'ensemble des droits de l'homme le flou qui s'attache aux vœux et aux aspirations. »¹ Effectivement, l'égoïsme et le matérialisme

1. J. Rivero, *Les libertés publiques*, PUF, « Thémis », t. I, 1984, p. 133.

forcenés des sociétés modernes conduisent à ériger en droit n'importe quel besoin, considéré comme légitime dès qu'il est formulé, sans qu'on s'interroge véritablement ni sur sa valeur, ni sur son contenu, ni sur l'éventuel danger de sa satisfaction pour l'avenir de la société et de l'humanité. La prise en compte du futur et du global est délaissée au profit de la jouissance individuelle et immédiate.

Dans le domaine de la biologie, tout désir, tout fantasme, toute pulsion semble désormais ouvrir un droit à sa satisfaction, et peu importe ce que ces exigences révèlent de désordres psychologiques puisqu'on a aussi le *droit* à la déviance et à son apologie. Certains membres du corps médical, oublieux des préceptes d'Hippocrate, acceptent ainsi, par mercantilisme, perversion, inconscience, ou recherche du *scoop*, de se transformer en pères Noël en blouse blanche pour tout admettre, tout accorder, tout procurer, secouant alors les médias et l'intelligentsia de débats éthiques interminables que le simple bon sens devrait souvent suffire à évacuer d'un revers de manche.

Le désir d'enfant est évidemment compréhensible et respectable chez l'être humain, mais il reste à savoir s'il ne trouve pas face à lui des intérêts supérieurs, individuels ou collectifs, immédiats ou futurs.

Les militants des *droit à*, prompts à s'appuyer sur la psychanalyse pour satisfaire leurs titulaires sont généralement plus silencieux quand il s'agit d'évaluer les conséquences de certaines pratiques sur la psychologie des intéressés. Pourtant, si le respect des familles et de leurs enfants fragilisés ne permet pas de procéder à des études pointues et quantifiées, il n'est guère besoin d'être un éminent spécialiste pour imaginer l'ampleur des dégâts.

Les actions en désaveu de paternité auxquelles donnent lieu la pratique « au point » des inséminations artificielles avec donneur (IAD) ne constituent sans doute que la partie immergée d'un iceberg de désastres intérieurs faciles à deviner. Lorsqu'un homme humilié et dévirilisé par sa stérilité consent, pour satisfaire le désir d'enfant, à recourir à un généreux et fécond étalon, il ne mesure sans doute pas immédiatement, sous la pression diffuse d'une présentation banalisante, ce que cet adultère biologique et psychologique va lui apporter de supplément de souffrance. C'est lorsque l'enfant paraît que, placé dans la situation peu glorieuse d'un saint Joseph débonnaire, il manifeste un rejet aussi dramatique pour lui que pour l'enfant. Double victime, et double responsabilité. Responsabilité d'un couple aveuglé, mais aussi responsabilité d'une société qui, consternée par l'échec de sa prestation, voudrait maintenant interdire à un homme de refuser d'être ce qu'il constate qu'il n'est pas. Au nom de l'intérêt de l'enfant dont il eut été préférable de se soucier plus tôt, l'avant-projet de loi sur les sciences de la vie et les droits de l'homme propose en effet d'interdire l'action en désaveu de paternité aux « pères » qui ont consenti à l'IAD. En somme, on n'ose pas mettre de barrières à la liberté dans un premier temps, mais on finit, dans un second temps, par imposer autoritairement une adoption forcée qui, en tout état de cause, ne résoudra médiocrement que les aspects matériels du drame.

Le procédé des mères porteuses, que l'on tente vainement d'anoblir sous le vocable de « maternité de substitution » est indubitablement le plus attentatoire que l'on puisse imaginer à la dignité humaine. On comprend mal le silence des associations féministes sur une technique qui, réduisant de pauvres créatures en vulgaires machines à reproduire, constitue un sommet inégalé de prostitution et d'esclavage. Les effets de l'exécution du « contrat » sur la psychologie de tous les intervenants ont été maintes fois recensés par les psychiatres et dénoncés par les comités de réflexion¹. Ledit contrat ne porte pas seulement sur la location d'un utérus, il porte sur la fabrication et la vente d'un être humain qu'on n'associe pas (et pour cause !) à la négociation. Au fond, c'est de la dictature conventionnelle, un chef-d'œuvre d'aliénation de l'homme par l'homme. On continue pourtant de se boucher les yeux et les oreilles, et la cour d'appel de Paris, contrairement à la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, a considéré que le « droit naturel » (en l'occurrence contrarié par la nature elle-même) de fonder une famille permet, sans porter atteinte à l'ordre public ni créer un danger moral pour la femme et pour l'enfant, d'apporter des dérogations au principe selon lequel les conventions ne peuvent porter que sur les choses qui sont dans le commerce ! Il eut été aussi simple, au point où en est la Cour, d'affirmer que l'être humain se trouve depuis longtemps dans le commerce, en s'appuyant, entre autres, sur la pratique antique du contrat verbal qui unit les prostituées à leurs souteneurs et clients, ou, tout simplement, sur le « Code noir » ! De deux choses l'une : ou il s'agit d'une provocation de la part de magistrats agacés par la carence du législateur et las de devoir se substituer aux responsables politiques, ou alors les juges sont tombés sur la tête.

La revendication de certaines femmes homosexuelles, ou résolues à la virginité, en faveur d'un *droit à l'insémination artificielle* est également particulièrement révélatrice du luxe de droits engendré par la société moderne et d'une curieuse tendance à vouloir faire descendre les droits de l'homme au-dessous de la ceinture. Ces femmes rejettent les hommes mais en exigent la semence, réclament le droit à la différence mais veulent l'égalité de traitement et, pour parler vulgairement, demandent le beurre et l'argent du beurre. Il se trouve pourtant des praticiens pour satisfaire ces capricieuses et, au nom de la liberté sexuelle et de la libre disposition de son corps, pour consacrer sans scrupules ni remords, la libre disposition d'autrui. Un autrui dont on ne se demande pas ce qu'il en pensera ni ce qu'il souffrira, bien qu'on vienne de ratifier une convention sur ses droits.

Quant au *droit à la procréation des détenus*, il ne soulève pas seulement la question de la sexualité en prison, mais, avant tout, la question

1. Voir notamment : R. Soubeyrol, Mères porteuses, l'espoir abusé, *Le Monde*, 13 février 1991 ; Avis du Comité consultatif national d'éthique du 23 octobre 1984 ; Rapport du Conseil d'Etat : de l'éthique au droit, *NED*, n° 4855, 1988, p. 60.

de la peine de prison elle-même, de sa finalité et de sa nature. La perte d'affection, de sexualité et de capacité procréative peut être considérée comme faisant partie de la « pénitence » dont le détenu connaissait à l'avance le contenu. On pourrait faire valoir qu'on témoignerait mieux son amour pour une femme en s'abstenant de commettre une infraction. La construction de « parloirs sexuels » est sans doute concevable mais quelle misère que cette sexualité-là, et *quid*, encore, de l'enfant conçu derrière les barreaux et des effets sur son psychisme de l'absence et de la destruction de l'image du père ? Faut-il, là encore, fabriquer délibérément et sciemment de la pathologie psychiatrique infantile¹ ? Avant de trouver de la place pour ces parloirs, ne vaudrait-il pas mieux trouver de la place pour les détenus eux-mêmes et leur permettre cette intimité solitaire indispensable à l'être humain ? Tant qu'il restera, en France, deux détenus dans une même cellule, condamnés à supporter vingt-quatre heures sur vingt-quatre le regard d'un tiers, tous les discours officiels sur les droits de l'homme ne seront qu'hypocrisie.

Mais l'intérêt de l'enfant n'est pas le seul à mettre en avant face à ces prétendus droits. Si l'on parle à ce sujet de « problèmes de société » c'est qu'on a bien compris qu'au-delà des cas individuels, c'est la conception même de la société et l'avenir de l'humanité qui sont en cause. Il ne s'agit pas seulement d'un face-à-face entre des intérêts particuliers contradictoires, il s'agit aussi d'une confrontation entre des intérêts catégoriels et l'intérêt général. Quel peut-être le devenir d'une société déresponsabilisée et déresponsabilisante, dans laquelle telle aspiration, tel désir, telle souffrance sont pris comme des faits premiers dont il faut à tout prix tirer les conséquences en aval sans qu'on s'interroge sur la prévention et les responsabilités en amont ?

Ainsi, la détresse d'une femme enceinte qui ne souhaite pas sa maternité est constatée en tant que telle pour justifier un *droit* à l'avortement, sans que soit posée la question de son éventuelle responsabilité dans sa grossesse et donc dans sa détresse. La prise d'une pilule quotidienne serait, paraît-il, jugée par certaines « trop contraignante » et aurait l'inconvénient (certainement majeur au regard de la vie humaine) de « faire grossir » ! Est-ce véritablement là la bonne hiérarchie et de quel côté se trouvent ici l'obscurantisme et la stupidité ?

La stérilité d'un couple est une blessure qui mérite incontestablement la considération. Quand le remède consiste en un traitement hormonal ou en une fécondation *in vitro* à partir des gamètes du couple, simples coups de pouce destinés à aider la nature sans l'altérer, non seulement il n'y a aucun obstacle individuel ou social à lui opposer, mais la médecine mérite un immense applaudissement. Les problèmes éthiques résident ici dans les questions annexes (congélation d'embryons humains, utilisation ultérieure, eugénisme en puissance...), non dans l'acte lui-même. Quand il

1. J. Lansac, Procréer, une liberté à encadrer, *Le Monde*, 27 mars 1991.

s'agit, en revanche, de ravalier l'homme au rang d'animal de laboratoire et de fabriquer délibérément des enfants de personne, des enfants rejetés par leur faux père, d'autres abandonnés par leur vraie mère, d'autres encore condamnés à l'absence de père parce que leur maman éprouvait un dégoût insurmontable pour les messieurs, c'est, à partir de ces victimes innocentes de la dictature du *droit* à, une société névrosée et décadente, faible et molle, qu'on est en train d'engendrer.

L'argument, souvent invoqué, de l'évolution des mœurs et des mentalités, participe de la même prise en compte du fait, sans que celui-ci soit jugé ni sa valeur estimée au regard des intérêts en présence¹. Puisque divorces, séparations, célibat, ménages monoparentaux (?), et homosexualité familiale (?) recomposent, dit-on, le paysage social, il faudrait en tirer les conséquences en fabriquant, pour chaque cas, des enfants sur mesure, priés de bien vouloir accepter ces situations, de ne pas en souffrir, de ne pas s'en plaindre, et surtout de ne pas demander des comptes à des adultes qui ont tout de même bien le *droit au bonheur*, fût-ce au prix du leur ! On ne s'interroge pas sur le point de savoir si cette évolution des mœurs rend heureux, si elle n'est pas elle-même le symptôme de souffrances qu'il vaudrait mieux prévenir, ni si la permissivité est un bienfait social. Peu importe, les faits sont là, dont aete, point final. La mode, disait Stendhal, tient lieu de vérité. L'augmentation des suicides chez les jeunes est également un fait, faut-il, là aussi, se borner à constater ? La solitude et la névrose se taillent effectivement une place de choix dans nos sociétés : faut-il les prévenir en traitant les problèmes en amont, ou se contenter d'en tirer les conséquences en aval pour engendrer toujours plus de solitude et toujours plus de névrose ?

Après s'être doté, par l'atome, du pouvoir de détruire physiquement l'humanité, l'homme se dote, par le génome, du pouvoir de l'anéantir moralement en altérant sa définition même. Du droit à l'enfant on passe très vite au droit à l'enfant normal (c'est fait) puis à l'enfant parfait (c'est en cours), blond aux yeux bleus de préférence (c'est pour demain). Les apprentis sorciers des Temps modernes n'ont pas seulement la vue mais la mémoire courtes.

Il y a donc bien à accepter tant la négation de certains droits que la stricte hiérarchisation de ceux qui peuvent être reconnus. On a bien compris, au siècle dernier, les effets désastreux du laisser-faire économique et ce qu'il pouvait entraîner d'aliénation de l'homme par l'homme. Il est temps de prendre en compte les mêmes effets pervers du laisser-faire social et médical et d'enrayer la dictature rampante qui est en train de naître au mépris de la valeur suprême que constitue la dignité humaine.

1. Voir notamment M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, *Contre l'acharnement législatif, Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », 1991, p. 124.

Une juridictionnalisation excessive

La hiérarchie des valeurs, noyée dans une conception délétère des droits de l'homme, est également menacée d'absorption par le culte de l'Etat de droit et de la hiérarchie des normes. L'Etat de droit est devenu depuis quelques années la « tarte à la crème » des sociétés démocratiques ou qui aspirent à l'être. Il signifie, grossièrement, non seulement la soumission au droit de tous les échelons normatifs, mais la possibilité de sanctionner cette soumission par le recours à un juge, toujours apte à faire prévaloir la norme supérieure sur la norme inférieure. Bien. Mais encore faut-il se mettre d'accord sur ce que recouvre cette hiérarchie et sur l'auteur réel de ces normes. On ne se demande plus aujourd'hui si une loi est intrinsèquement bonne ou mauvaise, on se demande ce qu'en dira le juge constitutionnel : s'il la valide, elle est bonne, s'il l'invalidé, elle était mauvaise. Le juge devient Dieu, sans que l'opinion publique connaisse exactement la nature et les limites de son rôle qui doit évidemment être précisé et relativisé en ce qui concerne les jugements de valeur.

Sous prétexte, par exemple, que deux droits ou deux libertés sont mentionnés dans un même texte (conventionnel, constitutionnel, ou « simplement » législatif), on en déduit curieusement qu'ils ont la même valeur et, rigueur et logique juridiques obligent, qu'ils doivent être « conciliés ». On ne se demande pas si, éventuellement, l'un de ces droits n'aurait pas une valeur morale et sociale éminemment supérieure à l'autre méritant que ce dernier lui soit sacrifié. Ainsi, si la liberté d'entreprendre est consacrée par la jurisprudence constitutionnelle, elle a forcément la « même valeur » que la protection de la santé, elle-même inscrite dans le préambule de la Constitution. On arguera donc devant le Conseil constitutionnel que l'interdiction de propagande et de publicité en faveur de l'alcool et du tabac porte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre une atteinte qui en « dénature la portée ». Et comme à des questions idiotes on est souvent contraint de répondre aussi sottement, le Conseil constitutionnel explique en retour que le principe constitutionnel de protection de la santé est en l'occurrence correctement concilié avec le non moins constitutionnel droit de propriété, car le législateur « s'est borné » à limiter la publicité sans la prohiber totalement par des dispositions qui « de surcroît » ne prendront effet qu'au 1^{er} janvier 1993 ! Voilà qui réjouira le complexe militaro-industriel : à quand la « conciliation » jurisprudentielle entre le droit à la paix et la liberté d'entreprendre des marchands de canon ? La libre entreprise et le droit d'embaucher avaient également été invoqués de la sorte lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi interdisant le travail des enfants. Ne serait-il pas plus franc d'admettre une fois pour toutes qu'à l'intérieur d'un même texte ou d'un même corpus de normes, il peut y avoir des dispositions d'inégale valeur, et qu'il n'y a pas de « droits de » ni de « droits à » qui tiennent face à la protection de la santé, de la vie et de la dignité

humaines ? Mais il reste à savoir s'il appartient précisément au juge de porter de tels jugements de valeur.

Dans la « juridictionomania » ambiante, face à des textes vagues et fourre-tout, face également à des recours qui revendiquent n'importe quoi et n'honorent pas leurs auteurs, face encore à ses propres montages jurisprudentiels dont il se trouve ensuite prisonnier, le juge se trouve appelé à porter des jugements de valeur qui devraient rester le monopole du souverain. Empêtré dans ce rôle qui n'est évidemment pas le sien, on le voit alors se contorsionner pour donner l'apparence de contrôler ce que, ne pouvant censurer, il est dès lors inutile qu'il examine. Le juge peut censurer une disposition privant la détention des étrangers de contrôle judiciaire, il ne peut évidemment pas invalider un programme de nationalisations. Il peut annuler un arrêté d'expulsion, il ne peut évidemment pas récuser un programme nucléaire, ni priver d'application la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Dans ces conditions, pourquoi ne pas le dire clairement au lieu de « faire semblant » ? Le juge français a cette particularité de ne pas savoir parler en équité et d'être tellement convaincu qu'il doit dire le droit, qu'il ne sait plus dire les choses. Il y a pourtant des domaines où l'aspect philosophique et politique est tel qu'il devrait argumenter et « bavarder » ne serait-ce que pour expliquer que la démocratie et le respect du souverain lui interdisent d'interdire. Laurent Cohen-Tanugi a bien montré cette tendance contestable du Conseil constitutionnel à donner dans le raisonnement syllogistique et l'affirmation péremptoire en occultant les débats de fond, les considérations de politique juridique et les opinions dissidentes¹. Les juristes français se félicitent généralement de voir le Conseil constitutionnel emprunter les méthodes du Conseil d'Etat alors que le « style empire » est certainement le plus mauvais emprunt qu'on puisse faire quand on doit confronter l'expression de la souveraineté nationale à des déclarations de droits. La décision de 1982 sur les nationalisations constitue, à cet égard, un modèle du genre. Après sept considérants « maoussekostos » d'un credo libéral plaçant le droit de propriété parmi les valeurs fondamentales et semblant effectivement vouloir établir une hiérarchie entre les droits, on s'attend, le cœur battant, à voir invalider les nationalisations, quand un dernier considérant « toutirikiki » nous informe qu'en l'absence d'erreur manifeste le Conseil n'est pas en mesure de récuser l'appréciation du législateur ! Il n'était évidemment pas possible au Conseil constitutionnel de censurer la partie essentielle d'un programme politique sur lequel une majorité de français venait d'élire le Président de la République et les députés. Pourquoi prétendre vouloir imposer le libéralisme quand on n'a pas la légitimité suffisante pour arrêter le socialisme ? Il était inutile, dans ces conditions, de simuler un

1. L. Cohen-Tanugi, Qui a peur du Conseil constitutionnel ?, *Le Débat*, n° 43, 1987.

contrôle et de rédiger une décision en forme de montagne accouchant d'une souris. Il n'appartient pas davantage au Conseil d'État de décider ou non du tout nucléaire, pourquoi, dès lors, se fatiguer à énumérer ses avantages (énormes) et ses inconvénients (limités, comme chacun sait) ? Une majorité de parlementaires français se sont décidés, après de difficiles débats, à dépénaliser l'avortement. Imagine-t-on le juge de l'administration française fêter son entrée tant attendue dans l'internationale juridique en décidant d'écarter l'application de cette loi ? C'est au constituant et au législateur et non au juge qu'il appartient d'effectuer clairement la hiérarchisation des valeurs et les choix de société. Il n'y a pas de honte à respecter la souveraineté, il faut seulement savoir le dire comme il faut et quand il faut, et ne pas laisser croire au citoyen que la hiérarchie des normes garantira son bonheur dans un monde « juridicisé et aseptisé »¹. Le juge peut consentir sans remords à laisser à César ce qui est à César, mais précisément, en matière d'éthique, où est donc passé César ?

II - UNE RESPONSABILITÉ POLITIQUE

Les commissions de sages, le Conseil d'État et le corps médical réclament tous désormais l'intervention du législateur sur certains aspects de la bioéthique. Une proposition de loi et un avant-projet ont été rédigés qui ne sont pas encore forcément parfaits mais qui ont au moins le mérite d'exister et de permettre, l'un ou l'autre, au débat parlementaire de s'ouvrir. Il va de soi que sur une telle question, la plus grande liberté d'initiative et de réflexion doit être laissée aux élus, et les techniques de rationalisation parlementaire seraient ici particulièrement mal venues. Mais comme si cette rationalisation allait jusqu'à mettre en doute la raison des parlementaires, l'exécutif ne semble pas encore décidé à inscrire le sujet à l'ordre du jour, hésitant toujours sur la nécessité d'une intervention législative. C'est qu'en effet cette intervention a des adversaires, dont l'hostilité semble en réalité correspondre à deux attitudes différentes. Pour les uns, il s'agit d'un refus de réglementation et donc d'un engagement sur le fond en faveur des *droit à* et du *laisser-faire*. Pour les autres, il s'agit davantage d'un doute sur la compétence du politique, et d'une invitation à *faire faire* par d'autres ce qu'il n'a pas le courage de décider lui-même.

Laisser-faire

Les adversaires de l'« acharnement législatif » invoquent la nécessité de laisser le débat public se mener avant toute réglementation, car l'évolution des mœurs rendrait incertaine l'opinion générale en la matière et les intéressés comme les praticiens feraient de toute façon

1. Y. Mény, *Politique comparée*, Montchrestien, 1987, p. 427.

preuve d'une grande sagesse¹. Ces partisans de la « non-loi » affirment également défendre une éthique de la responsabilité plutôt qu'une éthique de la conviction, ce qui signifierait, si l'on comprend bien, que contrairement aux « légiférateurs » qui feraient le choix d'interdire, ils proposent seulement d'attendre parce qu'ils n'ont pas encore fait leur choix. En résumé, alors que légiférer dès aujourd'hui serait choisir sur le fond, ne pas légiférer serait simplement se donner un délai de réflexion supplémentaire ne préjugant pas du fond. Il n'est pas certain, cependant que ces arguments soient tout à fait honnêtes.

D'une part, il va de soi que, sur certaines des questions posées, tout report législatif revient à accepter le développement de pratiques qu'il deviendra ensuite plus difficile d'interdire. En ce qui concerne par exemple, les mères porteuses, il est clair que faute de sanctions civiles et pénales expresses, les juges se trouvent dès aujourd'hui placés devant des faits accomplis contre lesquels ils sont démunis. On risque, à terme, de se trouver dans la même situation que pour l'IVAD, c'est-à-dire qu'en l'absence de choix législatif rapide, les pratiques se multiplieront et, devant la banalisation, on n'ose plus revenir en arrière. C'est certainement ce qu'espèrent les adversaires de la loi : gagner du temps. La proposition de loi de Mme Boutin, tendant à interdire le don d'ovocyte mais non celui du sperme, ne révèle évidemment pas une attitude « sexiste », mais tout simplement la crainte d'interdire ce qui se pratique déjà. Il y a peut-être, aujourd'hui, un désir de sagesse chez certains protagonistes, il n'en demeure pas moins que l'on constate parallèlement une prolifération des dérives. Le code de déontologie des CECOS ne s'applique qu'à eux-mêmes et non à la médecine libérale, la sagesse actuelle ne préjuge pas de l'avenir, et le sentiment que l'autorité politique est elle-même hésitante et incapable de décider est évidemment de nature à encourager les écarts. La peur du gendarme n'a peut-être pas été le commencement de la sagesse mais elle est certainement la condition de son maintien. Il ne s'agit pas ici d'interdire des « recherches » ni d'empêcher la science de progresser, mais de mettre un terme à des applications délirantes de progrès médicaux déjà achevés. L'insémination de femmes vierges ou de mères porteuses n'a plus rien à voir avec le progrès médical, elle démontre seulement à quelles régressions peuvent conduire certaines applications du progrès.

D'autre part, certains arguments des adversaires du passage de l'éthique au droit sont très révélateurs du choix de fond qu'ils opèrent. Ils se félicitent ainsi des sondages indiquant une évolution de l'opinion publique vers une plus grande « permissivité », préfèrent encore l'avant-projet Braibant à la proposition Boutin parce que « plus permissif », approuvent les inséminations sans anonymat du donneur, et redoutent que le vote d'une loi ne vienne figer en son état actuel l'opinion majori-

1. M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, Contre l'acharnement législatif, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique », p. 121.

taire. Autant dire qu'on espère voir cette majorité s'inverser parce que l'on est favorable sur le *fond* au principe et au développement de ces pratiques. Il s'agit ici également de l'expression d'une conviction idéologique.

Enfin l'argument selon lequel, parmi les partisans de l'interdit législatif, seuls les croyants seraient logiques parce que également hostiles à l'avortement est franchement provocant¹. Réduire (implicitement mais sûrement) les sceptiques de l'avortement aux traditionalistes, intégristes, et autres grenouilles de bénitier n'est guère très objectif. La loi de 1975 est apparue à beaucoup (croyants et non croyants) comme un texte de nécessité mettant provisoirement en parenthèses un principe éthique, en attendant que les femmes françaises se décident à prendre leurs responsabilités en exerçant leur libre choix avant de concevoir un enfant plutôt qu'après. Nombreux sont également ceux qui ont eu la naïveté de croire que les dispositions de cette loi seraient effectivement appliquées c'est-à-dire que médecins, parquet et tribunaux contrôleraient l'existence des conditions légales. Il suffit également de constater les contradictions de la loi de 1975 et les quelques décisions juridictionnelles françaises et étrangères pour comprendre que l'existence d'un *droit* à l'avortement est loin d'être évidente pour tous ceux qui ont à prendre une position officielle et juridique sur la question. Dès lors, l'application en la matière de l'adage « qui ne dit mot consent » est parfaitement abusive. Il n'est nullement incohérent de s'abstenir de manifester dans les rues contre l'avortement tout en appelant l'intervention du législateur pour interdire la maternité de substitution, l'insémination artificielle des femmes célibataires ou les manipulations d'embryons. Ce n'est sans doute pas le moindre génie du christianisme que d'avoir érigé la dignité humaine en valeur fondamentale, mais on peut encore, et c'est heureux, défendre ces valeurs dans la laïcité. On pourrait d'ailleurs relever également quelque incohérence chez ceux qui dénoncent, à raison, l'ignominie de la peine de mort tout en prônant le droit à l'avortement au nom de la liberté sexuelle.

Faire faire

Aux partisans du laisser-faire s'ajoutent ceux qui, tout en admettant qu'il faut fixer des bornes à la liberté, préféreraient voir le politique déléguer cette lourde responsabilité à des acteurs plus courageux et compétents que lui-même². On propose alors de s'en remettre aux sages, aux juges, aux conventions internationales ou au référendum. En un mot, à tous plutôt qu'à l'autorité compétente... courage, fuyons !

1. M. Flis-Trèves, D. Mehl, E. Pisier, précité, p. 133 ; L. Ferry, Tradition ou argumentation ?, *Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », p. 6.

2. Sondage Louis Harris, *L'Express*, 26 janvier 1990 ; M. Barzach, Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie, *Pouvoirs*, n° 56, « Bioéthique », 1991, p. 135 ; L. Ferry, Tradition et argumentation, *id.*, p. 9.

— *Les sages* ne peuvent en tout état de cause qu'exercer un rôle consultatif ou de proposition, et le Comité d'éthique français l'a bien compris en refusant toute compétence normative. Les gouvernants ont actuellement tendance à s'en remettre un peu trop facilement à des instances de régulation indépendantes par une démarche dont on a déjà pu s'interroger sur ce qu'elle révèle de « ponce-pilatierie » politique¹. En tout état de cause, un pouvoir de réglementation confié en la matière à une autorité indépendante serait inconstitutionnel. Le législateur peut confier à une telle instance le soin de veiller, aux côtés des juges, à l'application des dispositions qu'il édicte, il ne peut lui en déléguer l'adoption proprement dite qui relève du domaine exclusif de la loi². De plus, sur bien des points examinés, les sages et les conseils se sont déjà prononcés. Le Comité national d'éthique comme le Conseil d'Etat ont précisément fait appel au législateur pour qu'il interdise certaines pratiques. Cela ne semble toujours pas suffire aux gouvernants qui font encore auditionner des sages par un membre du Conseil d'Etat ! Le politique aurait-il des doutes sur sa propre sagesse ?

— *Les juges* (faut-il le rappeler ?) ont également pour rôle d'appliquer la loi, non de la faire. Déjà, en 1950, au sujet de la réglementation du droit de grève dans les services publics, domaine où le législateur s'est également toujours montré peu téméraire, le commissaire du Gouvernement Gazier déclarait amèrement : « Lorsque, dans un Etat, l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation. »³ Effectivement ce n'est pas *au* juge de le faire et, en offrant aux responsables politiques de se substituer à eux, il ne les encourage pas à prendre leurs responsabilités. La jurisprudence Dehaene, loin d'avoir redressé la situation, a contribué à pérenniser des solutions contraires à la Constitution à tel point que quarante-cinq ans après le préambule de 1946, le droit de grève est encore, à quelques exceptions près, réglementé par des circulaires de chefs de service⁴. Il risque d'en aller de même pour les activités de procréation assistée si le législateur ne prend pas conscience de l'urgence de son intervention. Déjà, l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 juillet 1989 est un premier pas en ce sens⁵. En admettant que les activités de PMA, n'étant contraires à aucun texte législatif en vigueur, puissent être « techni-

1. G. Dupuis, in *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, « Les voies du droit », 1988, p. 17.

2. CE, 21 juillet 1989, Association des médecins pour le respect de la vie, *RDP*, 1990, p. 279, concl. Stirn.

3. Conclusions pour CE, Ass. 7 juillet 1950, Dehaene, *RDP*, 1950, p. 691.

4. J. Rivero, Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Droit social*, 1951, p. 592 ; A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, *Les substitutions de compétence en droit public français*, thèse, Paris I, 1985, p. 151 et s.

5. Précité, *RDP*, 1990, p. 279, concl. Stirn.

quement » réglementées par décret, sans que le législateur ait d'abord défini les conditions et limites de ces activités ni leurs conséquences sur le plan de la filiation et de la famille, le juge administratif n'a pas su mettre, une fois de plus, le législateur devant ses responsabilités. De surcroît, en matière de bioéthique, les jurisprudences judiciaire et administrative ont déjà montré leurs limites, leurs contradictions et leur inadaptation¹.

— *Les conventions internationales* peuvent éventuellement déterminer un minimum de principes à respecter par les législateurs nationaux mais ne peuvent non plus se substituer aux lois pénales des Etats auxquels elles laisseront toujours une marge d'appréciation. De plus, on sait qu'au niveau européen les différences de comportement politique sont déjà très importantes et, sauf à pratiquer l'alignement systématique sur les « sociétés libérales avancées » et à abdiquer sa souveraineté par un comportement mimétique et complexé, on voit mal comment on pourrait « négocier » des exigences éthiques avec des Etats qui n'en ont pas. Qu'on le veuille ou non, faire appel aux conventions internationales, c'est toujours, plus ou moins, s'en remettre à l'opinion des autres comme si l'on n'était plus capable de faire la loi chez soi. On rétorquera que l'ouverture des frontières « oblige » à harmoniser les législations, car les individus iront chercher chez le voisin ce qu'ils ne peuvent obtenir en France. On sait, en effet, qu'après le tourisme d'avortement se développe actuellement un tourisme d'insémination en direction des Pays-Bas. D'une part, cela prouve bien qu'une convention internationale ne réglerait rien pour les Etats qui souhaitent s'en tenir à des principes éthiques. D'autre part, admettre que pour des raisons d'ordre pratique, un Etat soit dans l'obligation systématique de suivre un modèle étranger, même s'il le conteste, est pour le moins effrayant. Peu importe que les rigueurs d'une loi française débouchent sur des tourismes en tous genres, on ne transige pas avec l'honneur et la déontologie d'une Nation. Il conviendrait plutôt d'espérer qu'en matière éthique la France constitue le modèle sur lequel finiront peut-être par s'aligner les Etats qui auront pris conscience des dangers de leur laxisme et de leur rôle peu glorieux de super-marchés de l'humain.

— *Le référendum*, enfin, serait selon certains, la panacée géniale². Mme Barzach suggère à cet égard plusieurs solutions. La première consisterait en l'adoption d'une initiative populaire qui conduirait immédiatement à un débat législatif. Mais il existe déjà une initiative parlementaire et un avant-projet de loi, qu'est-ce qu'une initiative populaire apporterait de plus et qui téléguiderait cette initiative ? Il faut une certaine naïveté pour imaginer que, dans un pays comme le nôtre, l'initiative populaire serait un phénomène de bons citoyens actifs uniquement préoccupés par l'intérêt général. Elle serait évidemment la

1. G. Braibant, Pour une grande loi, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique ».

2. Sondage Louis Harris, *L'Express*, 26 janvier 1990 ; M. Barzach, Les lacunes du droit et les faiblesses de la démocratie, précité, p. 145 et s.

porte ouverte à tous les lobbies sectaires, des plus écervelés aux plus réactionnaires, récupérés, pour la bonne cause, par les appareils partisans. La seconde solution consisterait en un référendum portant seulement sur l'opportunité de l'intervention du législateur. Mais il existe déjà des sondages indiquant une prétendue méfiance à l'égard de l'intervention du Parlement. Faut-il s'en contenter et se satisfaire de cet anti-parlementarisme ou constater que la génération sondée n'a sûrement pas bénéficié de l'excellente réforme introduisant l'éducation civique à l'école ? La troisième solution consisterait en un référendum « sanctionnant et couronnant » *a posteriori* le processus législatif sur la base d'une initiative elle-même populaire après, évidemment, une révision de la Constitution ! Quelle galère ! Le temps d'y arriver les mères porteuses auront proliféré comme des lapines. S'il s'agit là de la « Nouvelle démocratie » avouons qu'elle ne se démarque guère, par son courage, de la précédente. Ce ne sont évidemment pas les dangers plébiscitaires du référendum existant qui sont en cause sur les questions de bioéthique, on se doute que sur un pareil sujet ces dangers seraient nuls. C'est le principe même d'un référendum en la matière qui est contestable. Croit-on vraiment que le peuple soit ici le plus apte à statuer ? Il y a bien souvent chez lui une tendance au voyeurisme à l'égard des sujets scabreux, et surtout une propension certaine à faire du misérabilisme sur les souffrances individuelles plutôt qu'à envisager de façon prospective l'intérêt social et général. Il est vrai que cette médiocrité est largement entretenue par des médias sous influence dont l'impartialité, la déontologie et l'éthique sont sujettes à caution, et dont le parti pris en faveur de certains lobbies est parfaitement visible par l'observateur averti. On objectera que ce manque de confiance dans la sagesse populaire n'est guère démocratique et qu'on ne peut refuser la parole au peuple souverain quelle que soit la qualité de son verdict. L'auteur du contrat social affirmait ainsi : « Un peuple est toujours le maître de changer ses lois, même les meilleures ; car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui peut l'en empêcher ? » Ses représentants, sans nul doute ! Car la démocratie n'est pas seulement et bêtement le gouvernement par le peuple. C'est aussi le gouvernement pour le peuple auquel on ne saurait reconnaître le *droit* à l'autodestruction. Celui qui se contente de demander à la foule « Qui voulez-vous crucifier ? » ne sait pas gouverner. Gouverner c'est décider, et décider c'est souvent déplaire dans l'immédiat en ayant le courage de dire non. Les adversaires de l'interdit législatif s'appuient sur des sondages indiquant une évolution de l'opinion publique vers une plus grande permissivité. Si l'on s'était inspiré des sondages on aurait très « démocratiquement » maintenu la peine de mort en France. Pourtant nos représentants ont eu, sur ce point, le courage d'imposer une éthique de la conviction plutôt qu'une éthique de la responsabilité reposant sur la confiance dans les cours d'assises et le Président de la République. C'est un noble précédent dont on ferait bien de s'inspirer. La loi ne doit pas seulement suivre une opinion en déroute

elle doit être capable de créer le consensus et d'éduquer le citoyen¹. A trop vouloir plaire à ses électeurs le politique risque d'entraîner la société dans le caniveau... « le nez dans le ruisseau, c'est la faute à Rousseau ! ».

L'intervention nécessaire du législateur ne signifie d'ailleurs pas qu'il faille absolument une « grande loi » sur la bioéthique². La politique-spectacle est certainement à éviter quand il s'agit de promouvoir la dignité humaine, et à vouloir mélanger dans un même texte des problèmes très éloignés les uns des autres et ne présentant pas le même degré de gravité, de complexité et d'urgence, on risque d'hésiter encore et de prendre du retard sur l'ensemble alors que certaines questions sont immédiatement traitables. On a déjà vu ce que l'exigence inutile d'une réglementation d'ensemble a entraîné en matière de droit de grève dans les services publics.

Mais encore faut-il que la loi soit appliquée. Nos gouvernants ont parfois une attitude hypocrite consistant à voter des lois dont ils savent à l'avance qu'ils ne feront rien pour les faire respecter. Dans les domaines de l'avortement, des mères porteuses ou de l'insémination artificielle, la principale victime ne peut malheureusement pas se constituer partie civile. Ouvrir ici l'action civile aux associations serait extrêmement dangereux. La répression repose donc essentiellement sur l'action publique et la détermination politique se jugera non seulement à la décision mais à son exécution.

Au politique, donc, de montrer qu'on ne saurait confondre liberté et licence, libéralisme et laxisme, démocratie et démagogie. Malraux prophétisait que le *xxi*^e siècle serait spirituel ou ne serait pas : son existence est donc entre les mains de l'élite guidant le peuple. La montée des intégrismes, des sectarismes et la mise en cause de la civilisation occidentale ont des causes qu'il faut accepter de regarder en face. Les intellectuels européens, dit-on, ayant perdu leur idéologie, arrêteraient désormais leur pensée aux droits de l'homme³. C'est très bien, mais encore faut-il qu'ils y fassent également preuve de discernement. On ne leur reconnaîtra pas éternellement le *droit* à l'erreur.

1. C. Labrusse-Riou, La maîtrise du vivant : matière à procès, *Pouvoirs*, n° 56, 1991, « Bioéthique », p. 107.

2. G. Braibant, précité, p. 109 et s.

3. « Les aventures de la liberté », série documentaire, Antenne 2, par B.-H. Lévy.

Cherchons l'erreur

EVELYNE PISIER

Le texte d'A.-M. Le Bos-Le Pourhiet a un mérite : il incite à poursuivre un débat et en prouve donc l'utilité. Les mots parfois trahissent plus la pensée qu'ils ne la traduisent. Au nom de la dignité, A.-M. Le Bos-Le Pourhiet s'indigne. Mais de quoi ? L'auteur crie haut et fort mais finalement pour réclamer quoi ? Au-delà des protestations, on ressent quelque malaise, on cherche l'erreur...

L'auteur ne manque certes ni d'autorité, ni de conviction : contre l'immobilisme et l'indécision, elle pourfend les Ponce Pilate ; contre l'égoïsme et le matérialisme forcenés des sociétés modernes elle stigmatise la militance du *droit* à la déviance et son apologie, contre l'évolution permissive des mœurs d'une société névrosée et décadente elle disqualifie la dictature rampante des Pères Noël en blouse blanche plus soucieux de *scoop* médiatique que de serment d'Hippocrate. Son indignation indique dans le détail l'ampleur des dégâts : l'homme qui se prête à l'IAD est l'humilié dévirilisé qui recourt à l'étalon ; le procédé des mères porteuses constitue un sommet de prostitution et d'esclavage ; les femmes vierges ou homosexuelles demandent le beurre et l'argent du beurre ; la procréation des détenus méconnaît l'esprit de pénitence, l'avortement est si souvent dû au refus d'une pilule contraceptive qui fait grossir. Et puisque la même mode domine, les partisans du droit au bonheur seraient logiquement conduits à défendre le droit au suicide...

Face à ce noir tableau, il faut d'urgence agir. Aussi les adversaires de l'acharnement législatif, hypocrites ou naïfs partisans de sagesse, de prudence, de responsabilité et de débat sont suspects de malhonnêteté ou rappelés aux bienfaits de la peur du gendarme. Vite agissons et fermement avant que les mères porteuses aient proliféré comme des lapins.

Mais là tout se complique heureusement car la digne indignation de l'accusateur accouche heureusement de sa propre souris : pas de grande loi sur la bioéthique qui risquerait de mélanger dans un même texte des problèmes très éloignés les uns des autres ou ne présentant pas le même degré de gravité, de complexité ou d'urgence et qui risquerait de prendre du retard sur les évolutions. Bref une loi minimale, peut-être même quelques

lois précises et modestes qui pourraient bien convenir aux adversaires de l'acharnement législatif si l'on prenait la peine de les lire. Des lois s'il le faut, quand on le peut, pas de loi tranchante ni de loi fourre-tout.

On se demande du coup ce qui a bien pu dicter une telle indignation contre les adversaires de l'acharnement législatif, un tel acharnement contre les adversaires de l'acharnement.

Parfois même les arguments relevés sont bien proches. Au moins sur deux points majeurs : la peine de mort et l'avortement. Comme A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, nous sommes heureux de vivre dans un régime qui a aboli la peine de mort, heureux et surtout soulagés. Et il est évident aussi que, comme elle, nous préférons que la dépénalisation de l'avortement ait évité aux femmes les souffrances que l'on sait. Nous en serons heureux tant qu'aucune loi ne nous obligera à avorter. Décidément l'enjeu de la dispute s'obscurcit.

Il est en effet des valeurs que l'on peut défendre dans la laïcité. Non, nous ne réduisons pas les sceptiques de l'avortement aux grenouilles de bénitier. Et pour cause ! Ici encore le malentendu prospère : à aucun moment nous n'avons réduit le débat à celui du *Droit à* : ni droit à l'avortement, ni droit à l'enfant. En revanche, nous n'avons pas hésité à souligner l'incohérence de certains indignés, grenouilles ou pas, lorsque, acharnés à réglementer dans le détail les PMA, ils invoquent le statut de personne humaine de l'embryon mais en préfèrent la destruction au don. Argument certes un peu rhétorique mais destiné moins à faire autorité qu'à ébranler les dures certitudes des partisans de l'interdit systématique.

A.-M. Le Bos-Le Pourhiet n'en est pas. Tant mieux, mais parce qu'elle croit que le simple bon sens suffit à évacuer d'un revers de manche les interminables débats éthiques, elle risque de rejoindre le camp des fanatiques de l'interdit. C'est ici le lieu exact de nos divergences. D'ailleurs dans sa grande sagacité A.-M. Le Bos-Le Pourhiet découvre et révèle le fond du problème : les adversaires de l'acharnement législatif, devenus sous sa plume adversaires du passage de l'éthique au droit, expriment tout simplement une conviction idéologique permissive. Certes, mais c'est découvrir une évidence que personne ne prenait la peine de cacher. Ferme partisans au contraire du passage de l'éthique au droit, ce qui nous sépare est en effet de l'ordre — non de l'idéologie — mais à tout le moins du tempérament, de l'attitude, de l'état d'esprit. L'invective ne peut tenir lieu d'enquête : que sait-on exactement des femmes qui choisissent une PMA : faut-il les imaginer livrées à leurs caprices, à leurs pulsions et leurs désordres psychiques ou décrire leur courage, leur détermination et parfois aussi leur bonheur. Que sait-on des couples qui pratiquent l'IAD : peut-on se contenter de ne les apercevoir qu'au travers des actions en désaveu de paternité, etc. ? Et faut-il mettre ces remarques au compte

1. Cf. au contraire : L. Ferry, E. Pisier, Les fondements des droits de l'homme, *Encyclopedia Universalis*.

idéologique d'une permissivité débridée et irresponsable ? Mais au nom de quoi faut-il que le législateur décide, en notre âme et conscience, pour nous, sans nous et à notre place ? Ici encore le devoir d'enquête s'impose. Pourquoi décider *a priori* que ces enfants désirés sont forcément plus malheureux que tant d'autres dont on n'interroge pas l'origine. Laissez-les donc vivre...

Personne, ni A.-M. Le Bos-Le Pourhiet, ni aucun législateur ne peut affirmer aujourd'hui que les choses sont claires. N'est pas forcément Ponce Pilate celui qui préfère attendre un peu plutôt qu'attendre tout du législateur. Les exemples donnés par A.-M. Le Bos-Le Pourhiet relèvent-ils bien tous du législateur ? Interdire a-t-il jamais suffi à empêcher ? Interdire légalement le suicide c'est un geste à la Ponce Pilate si l'on ne s'efforce de le prévenir. Interdire légalement l'avortement a eu l'effet que l'on sait. Face aux mystères du désir d'enfant, l'assouplissement des procédures d'adoption fera plus et mieux que la meilleure loi répressive de PMI et acharnée à en réglementer les cas d'exception faute de pouvoir appréhender l'ensemble et dire l'éthique. Écrit voici quelques mois l'article de A.-M. Le Bos-Le Pourhiet est déjà dépassé sur un point : le juge n'a pas attendu le législateur pour sanctionner le recours aux mères porteuses. D'appel en cassation, ce juge humain a hésité, s'est dit puis contredit et se contredira peut-être encore.

Cette hésitation jurisprudentielle est précieuse. C'est un indicateur de complexité donc de prudence. Elle incite à la réflexion plus qu'un revers de manche.

L'auteur conclut qu'elle ne nous reconnaîtra pas éternellement le droit à l'erreur. Mais ce faisant elle se l'octroie. Dans la précipitation à dicter le vrai, entre deux erreurs ne risque-t-elle pas de choisir déjà la sienne ?

Réponse à Evelyne Pisier

ANNE-MARIE LE BOS-LE POURHIET

Nous ne ferons pas ici un *remake* de la controverse Edelman/Ferry¹ puisqu'il est évident que les arguments sont identiques même si les vôtres sont plus implicites et si j'ai choisi pour exposer les miens des termes plus violents, à la mesure, effectivement, de mon indignation.

Quelques mots donc, simplement.

1) Interdire n'a évidemment jamais suffi à empêcher. Mais alors, pourquoi aggraver les sanctions du viol ou réprimer le racisme et le harcèlement sexuel ? Tout simplement pour indiquer à travers la loi, expression de la volonté générale, ce qu'une société n'accepte pas, quelle que soit l'efficacité de ses interdictions. La répression ne s'oppose pas à la prévention, elle y participe. La Déclaration de 1789 indique que la loi ne doit prévoir que les peines « nécessaires ». Nécessaires à quoi ? si ce n'est à la prévention par l'éducation et la dissuasion. Toute autre finalité pénale, purement vengeresse, ne serait que barbarie.

2) Les choses ne sont pas claires, dites-vous. Certaines le sont, d'autres non. Nul, sur cette terre, aussi haut placé qu'il soit, ne pourra jamais dire si l'embryon est une personne (et donc l'avortement un meurtre). Ce qui est certain, en revanche, c'est qu'il est déjà, si petit soit-il, une personnalité, une individualité unique au monde, et donc irremplaçable. Et cela suffit amplement pour qu'on n'accepte pas qu'il soit donné, vendu ou jeté.

3) La prévention ? c'est l'idée dominante de mes propos : agir dans la difficulté en amont plutôt que de choisir la facilité en aval. Prévenir la stérilité, dont un bon nombre de cas est dû à des maladies sexuellement transmissibles, est possible si l'on accepte une certaine discipline comportementale. Prévenir l'homosexualité ou le transsexualisme est également possible au prix d'un énorme effort de préoccupation, d'éducation et de psychothérapie adéquates. Mais cela coûte plus cher à nos esprits paresseux et à la sécurité sociale qu'une banalisation indifférente ou une muti-

1. *Droits*, n° 13, « Biologie, personne et droit », p. 55.

lation expéditive. « Ce qui distingue la fausse morale de la saine morale, nous dit Kant, c'est que la première cherche à remédier au mal, tandis que la seconde veille à ce que les causes n'en existent point. »¹ Quant à l'assouplissement des procédures d'adoption, tout le monde est d'accord, à condition qu'elle ne concerne que des couples hétérosexuels stables.

4) J'aurai développé une montagne d'arguments accusateurs pour exiger « seulement » une loi minimale. Si l'on appelle minimale l'interdiction des mères porteuses, de l'insémination de femmes célibataires, du don, de la vente, de la destruction et des manipulations d'embryons, c'est déjà beaucoup après des années de néant législatif. Il fallut à Robert Badinter beaucoup plus d'invectives encore pour obtenir une « simple » rature dans le Code pénal. La force d'une conviction ne se mesure pas au nombre de pages du *Journal officiel*.

1. Observations sur le sentiment du beau et du sublime.

Repères étrangers

15 mars - 20 juin 1991

PIERRE ASTIÉ et DOMINIQUE BREILLAT*

AFRIQUE DU SUD

5 et 17 juin 1991 : **Apartheid**. Après avoir abrogé le 5 juin les « Land Acts » de 1913 et 1936, le « Group Areas Act » de 1966 et le « Black Communities Act » de 1984, permettant ainsi aux Sud-Africains de résider où bon leur semble, le Parlement décide quelques jours plus tard l'abrogation de la « mère de toutes les lois de l'apartheid », le « Population Registration Act », qui classait par catégories les Sud-Africains en fonction de la couleur de leur peau. Les 38 députés du Parti conservateur ont voté contre et il y a eu 11 abstentions pour ce dernier vote.

Le Président De Klerk a ainsi conduit à leur terme les réformes proposées au Parlement lors de son discours du 2 février dernier (cf. *RE*, 58). Il reste encore à élaborer maintenant une nouvelle Constitution. L'enjeu sera d'importance pour la minorité blanche (*Le Monde*, 7, 18 et 19 juin 1991 ; *Libération*, 28 mai 1991).

ALBANIE

31 mars et 7 avril 1991 : **Elections législatives**. A la suite de la reconnaissance du multipartisme (cf. *RE*, 59), 95 % des Albanais ont participé aux premières élections pluralistes depuis 1945, afin de désigner les 250 députés qui composent l'Assemblée populaire. Elles mettaient en présence 1 047 candidats appartenant à 11 partis ou organisations politiques diverses.

Le Parti du Travail (PTA, communiste), au pouvoir depuis le 11 janvier 1946, l'emporte largement, grâce aux campagnes, avec 168 sièges. Le

* Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers.

Parti démocratique albanais (PDA, opposition) en recueille 75, le Mouvement Omonia (minorité grecque) 5 et l'Union des vétérans (proche du PTA) 1. A l'exception du Premier ministre, M. Fatos Nano, la plupart des responsables modérés et réformateurs du PTA ont été battus. Le chef de l'Etat, M. Ramiz Alia, a également perdu son siège de député à Tirana.

Lors des élections de 1987, le PTA avait obtenu 100 % des suffrages et il y avait eu un bulletin nul !... (*Le Monde*, 31 mars - 1^{er} avril, 2, 9 avril 1991).

30 avril 1991 : **Chef de l'Etat** (Président du Praesidium de l'Assemblée populaire). Chef de l'Etat de l'Albanie depuis le 22 novembre 1982, M. Ramiz Alia a été réélu à la tête de l'Etat par l'Assemblée populaire avec 68 % des voix. Il était opposé à un autre communiste, M. Namik Dokle. L'opposition n'avait pas présenté de candidat et s'est abstenue. Le 4 mai, M. Ramiz Alia démissionne de ses fonctions de Premier secrétaire du Comité central du Parti du Travail albanais, fonction qu'il cumulait depuis le 13 avril 1985, à la suite du décès d'Enver Hoxha (*Le Monde*, 3 et 7 mai 1991).

11 juin 1991 : **Gouvernement**. Afin de faire face à la crise née de la grève générale qui affecte l'Albanie depuis le 16 mai, M. Fatos Nano démissionne de ses fonctions de chef de Gouvernement le 4 juin. Il est remplacé le lendemain par M. Ylli Bufi, 42 ans, communiste « modéré », qui constitue un gouvernement de coalition comprenant 12 communistes, 8 membres du Parti démocratique, 2 du Parti républicain, 1 du Parti social-démocrate et 1 du Parti agrarien. Depuis les élections législatives du printemps, l'Albanie n'a pu retrouver sa stabilité et elle semble connaître une situation à la bulgare (*Le Monde*, 7 et 13 juin 1991).

ALGÉRIE

5 juin 1991 : **Elections - Etat de siège - Gouvernement**. A la suite de l'adoption d'une nouvelle loi électorale le 2 avril 1991, dont les modalités sont contestées par l'opposition, et notamment le Front islamique du Salut (FIS), l'Algérie connaît une situation troublée. Les élections législatives devaient avoir lieu le 27 juin au scrutin uninominal majoritaire à deux tours afin de désigner les 542 députés de l'Assemblée nationale populaire. Le découpage électoral favorisait le Front de Libération nationale (FLN). La loi interdisait toute propagande électorale dans les lieux de culte et tentait de limiter le vote par procuration.

Un appel à la grève illimitée lancé par le FIS (dont l'écho a été pourtant faible) et des marches de protestation contre la loi électorale ont amené le Président Chadli Bendjedid à proclamer l'état de siège pour quatre mois et à renvoyer le Gouvernement de M. Mouloud Hamrouche, Premier ministre depuis le 10 septembre 1989. Ce dernier est remplacé par M. Sid Ahmed Ghazali, 54 ans, ingénieur des Ponts et Chaussées, jusqu'alors ministre des affaires étrangères. Le nouveau Gouvernement est constitué le 18 juin. Le FLN, pour la première fois depuis l'indépendance, n'y a plus de position pri-

vilégiée. Un ministre délégué aux droits de l'Homme est institué et deux femmes font partie de ce Gouvernement (*Le Monde*, 3 avril, 6, 9-10, 11, 19, 20 juin 1991).

ALLEMAGNE

21 avril 1991 et 2 juin 1991 : **Elections régionales - Bundesrat**. La popularité du chancelier Kohl s'effondre depuis les élections triomphales du 2 décembre en raison des conséquences financières et fiscales de la réunification. En Rhénanie-Palatinat, *Land* que le chancelier avait dirigé pendant sept ans, le « mensonge fiscal » (*Steuerlüge*) a été fatal à la CDU qui chute de 45,1 % à 38,7 % et passe de 48 à 40 sièges tandis que le SPD progresse de 38,8 à 44,8 et voit sa représentation évoluer de 40 à 47 mandats. Les libéraux perdent 0,4 %, recueillant 6,9 % des suffrages et 7 sièges tandis que les Verts avec 6,5 % (+ 0,6) ont également 7 députés. Carl-Ludwig Wagner, ministre-président sortant, doit céder son poste à Rudolf Scharping, 43 ans, qui dirige une coalition SPD-FDP. Ce sont quarante-quatre ans de domination CDU qui prennent fin à Mayence.

Cette détérioration de la situation électorale du parti du Chancelier se confirme à Hambourg. Progressant de 3 points, les sociaux-démocrates avec 48 % des suffrages atteignent la majorité absolue des sièges (61 sur 121). Les chrétiens-démocrates avec 35,1 % chutent de 5,4 % tandis que les Verts atteignent 7,2 % et les libéraux réussissent à passer la barre fatidique des 5 %. Le maire sortant, Henning Voscherau, devrait former un gouvernement social-démocrate homogène, dans ce Land-ville, bastion SPD depuis trente-quatre ans.

Les résultats de Rhénanie-Palatinat bouleversent le jeu politique allemand en donnant la majorité aux sociaux-démocrates au Bundesrat. En outre, les piètres résultats de la CDU pourraient inciter les libéraux à remettre en cause leur alliance avec le chancelier Kohl. Actuellement le jeu des coalitions locales est plus que varié. Les CDU dirigent 7 *Länder* dont 3 seuls, 3 avec les libéraux et un avec le SPD (Berlin), ce qui leur assure 31 voix, tandis que les SPD dirigent 10 *Länder* dont 5 seuls, 2 avec les Verts, 1 avec les libéraux et un avec les libéraux, les Verts, et B.90, ce qui représente 37 voix (*Le Monde*, 23 avril et 4 juin 1991).

20 juin 1991 : **Capitale fédérale**. L'incertitude quant au choix de la capitale fédérale de l'Allemagne réunifiée est désormais levée (cf. *RE*, 58). Berlin, après avoir été la capitale de la Prusse, puis du Reich, redevient capitale réelle de l'Allemagne. Ainsi en ont décidé les députés à une très faible majorité, par 338 voix contre 320 sur 660 votants et 662 membres du Bundestag. Ce sont les petits partis qui ont fait triompher Berlin. 164 CDU/CSU sur 319 — le chancelier Kohl s'était prononcé cependant pour Berlin —, et 126 SPD sur 239 ont opté pour Bonn. 53 FDP sur 79, 15 PDS sur 17 et 6 (les Verts) sur 8 ont voté pour Berlin.

Le Gouvernement et le Bundestag s'installeront dans les bâtiments du

Reichstag dans un délai de quatre ans. Le Bundestag a recommandé au Bundesrat, la chambre représentant les 16 *Länder*, d'établir son siège à Bonn (*Le Monde*, 22 juin 1991 ; *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22 juin 1991).

BELGIQUE

12 juin 1991 : **Monarchie**. Le Sénat entérine la révision de la Constitution modifiant l'article 60 et permettant à une femme d'accéder au trône. L'héritier actuel du trône est le frère du roi Baudouin I^{er}, le prince Albert de Liège, qui a trois enfants : Philippe, Astrid et Laurent (*Le Monde*, 16-17 juin 1991).

CHINE

14 mai 1991 : **Personnalité politique**. Ce n'est que le 4 juin que les autorités chinoises ont confirmé le suicide de la veuve de Mao Zedong, Jiang Qing. Arrêtée le 7 octobre 1976, moins d'un mois après la mort du Grand Timonier, avec les autres membres de la « bande des Quatre » (Zhang Chunqiao, Yao Wen yuan et Wang Hong wen), elle est condamnée à mort le 25 janvier 1981, peine commuée en détention à perpétuité deux ans plus tard. Elle avait été libérée pour raisons médicales. Quatrième épouse de Mao, elle avait joué un rôle de premier plan lors de la révolution culturelle (*Le Monde*, 6 juin 1991).

ESPAGNE

26 mai 1991 : **Elections locales**. Les élections municipales et régionales qui ont eu lieu en Espagne traduisent, par rapport à celles de juin 1987, le maintien des socialistes (38,5 % des voix contre 37,2 %), la poussée de la droite (le Parti populaire, PP, conservateur, améliore son score de 5 points avec près de 25 % des voix et obtient la majorité dans 22 capitales de province — contre 9 en 1987, notamment à Madrid) et l'effondrement du centre (le CDS, Centre démocratique social), qui chute de 6 % avec seulement 3,8 % des suffrages, ce qui entraîne la démission de son président, M. Adolfo Suarez (premier chef de Gouvernement de l'Espagne démocratique en 1976). Izquierda Unida (gauche unie, Parti communiste) devient la troisième force du pays (*Le Monde*, 28 mai 1991 ; *Le Figaro*, 28 mai 1991).

ÉTATS-UNIS

16 avril, 13 et 23 mai 1991 : **Cour suprême**. Le 16 avril, la Cour suprême réduit la possibilité, pour les condamnés à mort, de déposer des

appels à répétition. Cette décision est rendue par 6 voix contre 3. Le 13 mai, elle considère que les arrestations effectuées sans mandat doivent recevoir l'accord d'autorités judiciaires dans les quarante-huit heures.

Après avoir admis le 22 janvier 1973 dans l'arrêt *Roe v. Wade* la constitutionnalité de l'avortement, la Cour suprême par cinq voix contre quatre en limite de nouveau la possibilité le 23 mai, en confirmant la validité de la législation fédérale faisant interdiction aux centres de planning familial, financés par des fonds fédéraux, de toute discussion sur ce sujet avec des femmes enceintes. Dans une précédente décision du 23 juillet 1989, elle avait déjà reconnu la possibilité d'interdire d'apporter des aides publiques aux femmes désirant avorter.

Le juge David Souter, nommé en 1990 et dont les positions sur l'avortement étaient ignorées, a voté avec la majorité (*Le Monde*, 18 avril, 15 et 25 mai 1991).

ÉTHIOPIE

Du 21 mai au 18 juin 1991 : **Exécutif.** Le 12 septembre 1974, les militaires déposaient l'empereur Haïlé Sélassié I^{er}, au pouvoir depuis 1930. Le 13 février 1977, l'un d'entre eux, le lieutenant colonel Mengistu Haïlé Mariam, prend le pouvoir lors de l'assassinat du général Téferi Bante. Après une période dite de « terreur rouge », il fonde, le 12 septembre 1984, une démocratie populaire.

S'ouvre alors une longue période de guerre, de guérilla, de rébellion et de famine. La situation s'aggravant et dans l'incapacité d'y faire face, malgré la proclamation le 22 avril par le Parlement du multipartisme, le Président Mengistu Haïlé Mariam quitte brusquement le pouvoir le 21 mai.

Le général Tesfaye Gabre Kidane, en vertu de la Constitution de 1987, assure l'intérim de la présidence de la République. En dépit de la conclusion d'un cessez-le-feu, à Londres, avec les forces du Front démocratique et révolutionnaire du peuple éthiopien (Front populaire de libération de l'Erythrée, Front populaire de libération du Tigré, Front populaire de libération Oromo), celles-ci envahissent la capitale, Addis Ababa. Le 6 juin un Premier ministre « provisoire » est nommé en la personne de M. Tamrat Laïne. Mais le pouvoir réel semble entre les mains de Meles Zenawi, 36 ans, président du Conseil suprême du FDRPE. L'accord de Londres prévoit un référendum d'autodétermination en Erythrée. Est-ce le début d'une balkanisation en Afrique après les événements de Somalie ? (*Le Monde* du 22 mai au 8 juin 1991).

FINLANDE

17 mars 1991 : **Elections législatives.** Les élections législatives à l'Eduskunta (Parlement finlandais) sont marquées par un très beau

succès du Parti du centre (ex-agrarien) qui progresse de près de dix points. La coalition sortante, bleu-rouge, composée du Parti conservateur, du Parti social-démocrate et du Parti libéral suédophone, doit laisser le pouvoir et le Parti social-démocrate doit entrer dans l'opposition. Il perd son rôle dirigeant qu'il détenait depuis 1966, retombant à son résultat de 1958. En fait, le plus grand parti semble encore celui des abstentionnistes puisque la participation est tombée à 72 % (*Le Monde*, 17-18 et 19 mars 1991).

GRANDE-BRETAGNE

27 mars 1991 : **Parti communiste.** Le Parti communiste britannique, qui ne compte plus que 7 000 membres, décide lui aussi de changer de dénomination. Il sera désormais la Gauche démocratique (*Libération*, 28 mars 1991).

2 mai 1991 : **Elections locales.** Les élections locales, sauf en Ecosse, en Irlande du Nord et à Londres, ont vu la victoire très nette du Parti travailliste et de très bons résultats pour les libéraux démocrates. Le Labour bénéficie d'un transfert de voix en sa faveur, par rapport à 1987, de l'ordre de 5 %. Sur les 12 370 postes mis en jeu, les conservateurs obtiennent 36 % des suffrages et perdent environ 780 sièges sur les 5 000 qu'ils détenaient alors que les travaillistes, avec 38 % des suffrages, en gagnent 447 et les libéraux démocrates, 451.

Le transfert le plus important de voix, près de 10 % en faveur du Parti travailliste, s'est surtout opéré dans le Sud, traditionnel fief des conservateurs (*Le Monde*, 4 mai 1991 ; *Le Figaro*, 4-5 mai 1991).

1^{er} mai 1991 : **Bicaméralisme.** Quarante-cinq ans après la fin de la seconde guerre mondiale, le Parlement britannique adopte une loi sur la poursuite des criminels de guerre contre la volonté de la Chambre des Lords. Le Gouvernement doit recourir à une procédure très exceptionnelle : le Parliament Act de 1911/1949 limite le veto des Lords à un an et remet à l'assentiment royal le vote des Communes pour surmonter l'objection de la Chambre Haute. A cette occasion, le Speaker a décidé que le Parliament Act s'appliquait automatiquement. La dernière fois où cette procédure avait été utilisée remonte à 1949... lors de l'adoption du Parliament Act de 1949 (*Le Monde*, 3 mai 1991) !

INDE

21 mai 1991 : **Elections législatives — leader politique.** A la suite de la démission du Premier ministre, M. Chandra Shekhar, au pouvoir depuis le 16 novembre 1990 (cf. *RE*, 57), et du refus de M. Rajiv Gandhi de constituer un gouvernement, le Président de la République, M. Ramaswamy Venkataraman, avait dissous la Lok Shaba (Chambre du peuple compre-

nant 544 membres, élus pour cinq ans au suffrage universel direct), le 13 mars 1991. Les élections qui devaient se dérouler les 20, 23 et 26 mai dans les différentes parties de l'Inde, afin d'utiliser au mieux les forces de sécurité, sont interrompues le 21 mai par l'assassinat à Sriperumpudur, dans le Tamil Nadu, de M. Rajiv Gandhi. Il avait été la troisième génération de la famille Nehru à la tête du pays en tant que Premier ministre du 1^{er} novembre 1984 au 26 novembre 1989. Il avait alors succédé à sa mère, Indira Gandhi, Premier ministre du 19 janvier 1966 au 25 mars 1977 et du 14 janvier 1980 au 31 octobre 1984, date à laquelle elle avait également été assassinée. Elle-même avait pris la suite de son père Jawaharlal Nehru au pouvoir de 1946 à 1964.

Après le refus de la veuve de l'ancien Premier ministre, Mme Sonia Gandhi, d'origine italienne, de prendre la présidence du Parti du Congrès, à laquelle elle avait été élevée à l'unanimité, c'est M. Narasimha Rao, 70 ans, homme d'appareil, très proche de Rajiv Gandhi, ancien ministre des affaires étrangères et de l'intérieur, qui assure la direction du plus important parti indien. A la suite de ce drame, les élections sont reportées aux 12 et 15 juin. Les résultats définitifs ne sont pas connus à ce jour, compte tenu notamment du fait qu'elles ont été de nouveau reportées dans l'Etat du Pendjab. 470 sièges seulement ont été pourvus. Ils se répartissent de la manière suivante : Congrès (I) 216, Bharatiya Janata Party (BJP, hindouiste de droite) 109, Janata Dal (de l'ancien Premier ministre M. V. P. Singh) 46, communistes 46. En dépit de son succès, le Congrès (I) n'obtient pas la majorité absolue à la Chambre. S'il conforte ses positions dans le Sud, il subit une véritable déroute en Inde du Nord, notamment dans les Etats d'Uttar Pradesh et du Bihar qui, à eux seuls, représentent plus du quart des sièges (*Le Monde*, 8 et 15 mars, 22 au 31 mai, 18, 19 et 21 juin 1991).

21 juin 1991 : **Premier ministre.** Le pays étant dépourvu de Premier ministre depuis le 6 mars (cf. *RE*, 58), M. V. P. Narasimha Rao, 70 ans, nouveau leader du Parti du Congrès (I), proche conseiller de Rajiv Gandhi et de sa mère, a été désigné à cette fonction. Bien qu'à la tête d'un gouvernement minoritaire, il devrait disposer d'une « période de grâce », ses adversaires s'étant engagés à ne pas provoquer de crise dans l'immédiat (*Le Monde*, 22 juin 1991).

ITALIE

Du 29 mars au 19 avril 1991 : **Gouvernement.** Le 29 mars, le président du Conseil italien, M. Giulio Andreotti, en fonction depuis le 30 juillet 1989 (cf. *RE*, 52), remet la démission de son gouvernement, les cinq partis qui le constituaient (démocrate-chrétien, socialiste, républicain, social-démocrate et libéral) étant en désaccord notamment sur le mode d'élection du chef de l'Etat et le rôle joué par l'actuel Président de la République, M. Francesco Cossiga, dans la vie politique italienne (menace

de dissoudre l'Assemblée nationale alors que la pratique voulait que celle-ci ne soit utilisée qu'avec l'accord des partis). Le Gouvernement qui a duré six cent quinze jours avait été maintenu en survie en raison de la présidence italienne de la Communauté européenne, puis des événements du Golfe. Chargé de former son septième gouvernement, M. Giulio Andreotti, 72 ans, réussit en quinze jours à le constituer sur des bases politiques identiques (12 avril). Mais, trois jours plus tard, le Parti républicain annonce qu'il refusera sa confiance, au motif que les trois portefeuilles accordés à ses représentants ne sont pas assez importants.

M. Andreotti décide alors de mettre fin à plus de dix années de *pentapartito* et se limite à un gouvernement de coalition quadripartite (démocrate-chrétien, socialiste, social-démocrate et libéral). Il obtient la confiance de la Chambre des députés par 349 voix contre 207, le 19 avril 1991.

C'est le cinquantième gouvernement de l'après-guerre (*Le Monde*, 30 et 31 mars ; 1^{er} avril, 7-8, 13, 14-15, 16, 17, 19, 21-22 avril 1991).

9 et 10 juin 1991 : **Référendum, loi électorale**. Les députés italiens sont élus à la représentation proportionnelle avec une modalité de vote préférentiel, largement appliquée : les électeurs avaient la possibilité de modifier l'ordre des candidats figurant sur les listes établies par les partis, en plaçant en tête de celles-ci trois — voire dans certaines régions quatre — d'entre eux qui n'y figuraient pas.

Sur une initiative populaire (près de 700 000 signatures ont été recueillies), une écrasante majorité de citoyens vient de décider de limiter cette possibilité à un seul candidat dont le nom doit être manuscrit par l'électeur lui-même.

Cela constitue une simplification du système électoral italien et limite les fraudes et les ententes entre candidats.

Référendum des 9 et 10 juin 1991 : taux de participation : 62,5 % ; OUI : 26 922 176 (95,6 %) ; NON : 1 247 951 (4,4 %).

Le taux de participation ayant été supérieur à 50 % rend valide ce référendum qui constitue la dix-huitième initiative populaire en un quart de siècle (cf. *RE*, 55) (*Le Monde*, 9-10, 12 juin 1991).

LIBAN

22 mai 1991 : **Souveraineté**. La signature par le Liban et la Syrie du traité de « fraternité » consacre la mise en tutelle du Liban par son puissant voisin. Cela s'inscrit dans la suite logique des accords de Taef (cf. *RE*) et du choix anti-irakien fait par M. Hafez el Assad lors de la guerre du Golfe. Israël critique vivement cette « annexion »...

Le Parlement libanais approuve l'accord par 46 voix contre 1 (sur 67 membres actuels) (*Le Monde* du 21 au 31 mai 1991).

6 juin : **Parlement**. Le Gouvernement, ainsi qu'il y avait été autorisé par le Parlement, nomme 40 nouveaux députés par décret présidentiel

afin de compléter le Parlement dont les effectifs n'ont pas été renouvelés depuis 1972. L'Assemblée nationale ne compte plus que 67 parlementaires sur les 99 élus à cette date (54 chrétiens et 45 musulmans). 29 sont décédés, 2 ont été élus Présidents de la République, 1 a démissionné. Ce sont les accords de Taef qui avaient décidé de faire passer le nombre des députés de 99 à 108 afin qu'il y ait un nombre égal de chrétiens et de musulmans (*Le Monde*, 8 juin 1991).

SÉNÉGAL

7 avril 1991 : **Premier ministre — Opposition.** Le Président Abdou Diouf, au pouvoir depuis le 1^{er} janvier 1981, rétablit la fonction de Premier ministre supprimée en 1983 et nomme à ce poste M. Habib Thiam, qui l'avait déjà occupé de 1981 à 1983. Celui-ci constitue son Gouvernement dans lequel figurent, pour la première fois, plusieurs opposants, notamment M. Abdoulaye Wade, adversaire malheureux du Président Diouf lors des élections présidentielles de 1988 (cf. *RE*, 46) (*Le Monde*, 9 avril 1991).

TAÏWAN

22 avril 1991 : **Etat d'urgence.** L'Assemblée nationale de Taïwan a mis fin à quarante-trois ans d'état d'urgence en abrogeant les dispositions instaurant l'état de guerre contre la « rébellion communiste » qui avait contraint les nationalistes chinois à se réfugier dans l'île. Ceci devrait permettre le retour à un régime constitutionnel normal, préparé par la décision de procéder à des élections pluralistes en 1993 (*Le Monde*, 24 avril 1991).

URSS

17 mars 1991 : **Référendum.** Le premier référendum de l'URSS n'a pas vu la participation de toutes les Républiques. Les Républiques baltes, l'Arménie, la Georgie et la Moldavie, ont refusé d'y prendre part. Le « oui » à la question ainsi formulée : « Jugez-vous indispensable le maintien de l'Union des Républiques socialistes soviétiques en tant que Fédération renouvelée de Républiques souveraines et égales en droits, dans laquelle seront pleinement garantis les droits et libertés des hommes de toutes nationalités », a recueilli 76,4 % des voix. Cependant les résultats ont été assez disparates. Le Turkménistan a voté « oui » à 98 % tandis que l'Ukraine ne se prononçait qu'à 70 % et la Russie à 71 %. Résultats du référendum : I. : 185 647 355 ; Vot. : 148 574 606 ; OUI : 113 519 812 (76,4 %) ; NON : 32 303 977 (21,7 %) (*Le Monde*, 19, 20 mars 1991 ; *Libération*, 16-17 mars 1991 ; *Etudes soviétiques*, mai 1991).

Du 17 mars au 22 mai 1991 : **Républiques** ; 17 mars 1991 : **Russie**. En même temps que les Soviétiques étaient invités à participer au référendum devant se dérouler dans toute l'URSS, les électeurs de Russie devaient se prononcer sur le principe de l'élection du Président de la République de Russie au suffrage universel direct. 75,09 % des électeurs ont pris part au vote. Le « oui » a recueilli 69,86 %. On remarquera que quatre Républiques autonomes et quelques districts ont refusé d'organiser cette consultation (*Le Monde*, 20 et 23 mars 1991).

31 mars au 14 avril, 26 mai : **Georgie**. Le 31 mars, 90 % des électeurs se prononcent pour que « soit rétablie l'indépendance étatique de la Georgie sur la base de l'acte d'indépendance du 28 mai 1918 » qui lui accordait le droit d'autodétermination. L'Ossétie du Nord et l'Abkhazie n'ont pas pris part au référendum.

Le 9 avril, le Parlement adopte à l'unanimité une déclaration proclamant l'indépendance. La Georgie devient ainsi la quatrième République à s'engager sur la voie de l'indépendance.

Le 14 avril, le Parlement adopte plusieurs modifications constitutionnelles instaurant la fonction de Président de la République. M. Zviad Gamsakhourdia est désigné à ce poste. Il est réélu le 26 mai, au suffrage universel direct, avec 87 % des suffrages (*Le Monde*, 2, 11, 16 avril, 26-27, 28 et 30 juin 1991).

22 mai 1991 : **Russie**. Le Congrès des Députés de Russie adopte, à l'initiative de M. Boris Eltsine, par 690 voix contre 121 et 87 abstentions, une révision de la Constitution instaurant un régime présidentiel : le chef de l'Etat y détient l'essentiel du pouvoir exécutif mais ne peut dissoudre le Parlement (*Le Monde*, 24 mai 1991).

12 juin 1991 : **Russie**. Pour la première fois, les 105 millions d'électeurs russes ont pu choisir au suffrage universel direct le Président de la République de Russie. M. Boris Eltsine, président du Parlement de Russie, a été élu avec une majorité assez large de 57,3 %. Le taux de participation a atteint 74,66 %. Il devance les cinq autres candidats, Nikolai Ryjkov, ancien chef du Gouvernement soviétique (16,85 %), Vladimir Jirinovski, « populiste », président du Parti libéral-démocrate (7,81 %), Aman Gueldy Touleiev, Kazakh (6,81 %), le général Albert Makachov (3,74 %) et Vadim Bakatine, ancien ministre de l'intérieur, « gorbatchevien » (3,42 %).

Le nouveau Président, qui est élu pour cinq ans et n'est rééligible qu'une fois, incarne le changement radical et démocratique. Du fait de cette nouvelle légitimité, il voit son autorité accrue dans ses relations déjà « délicates » avec le chef de l'Etat soviétique, Mikhaïl Gorbatchev (*Le Monde*, 14, 16-17 et 21 juin 1991 ; *Libération*, 20 juin 1991).

YOUGOSLAVIE

15 mars au 18 mai : **Chef de l'Etat — Présidence collégiale**. Le 15 mars, M. Borisav Jovic, serbe, démissionne de ses fonctions de président de la

direction collégiale de la Fédération yougoslave, deux mois avant l'expiration de son mandat. Il entendait protester contre le refus de faire appel à l'armée pour rétablir l'ordre en Croatie.

Le lendemain, il est suivi par deux autres membres de la présidence, MM. Nenad Bucin, représentant du Monténégro, et Jugoslav Kostic, représentant de la Voïvodine.

Le 18 mars, M. Riza Sapundzida, représentant de la province autonome de Kosovo, est limogé par 207 voix contre 9 et 6 votes nuls par le Parlement de Serbie.

En application de la règle de la présidence tournante, tous les ans, entre les six Républiques et les deux provinces autonomes, c'est M. Stipe Mesic, ex-communiste, représentant de la Croatie, qui aurait dû succéder à M. Barisav Jovic, démissionnaire. Mais pour accéder à cette fonction, il lui était nécessaire d'être élu par au moins cinq des huit membres composant la direction collégiale. Cette majorité n'a pas été obtenue, du fait du désaccord entre les fédéralistes, partisans d'un pouvoir central fort (Serbie, Kosovo, Voïvodine et Monténégro) et les décentralisateurs, favorables à la transformation de l'actuelle Fédération en une Communauté d'Etats souverains (Croatie, Slovénie, Bosnie-Herzégovine et Macédoine).

Pour sortir de cette impasse — quatre contre quatre —, M. Mesic, le 18 mai, s'est lui-même proclamé « Président désigné » en vertu de la coutume constitutionnelle... (*Le Monde*, 17-18, 19, 20 mars, 17, 18, 19-20 mai 1991).

19 mai 1991 : **Fédéralisme.** 95 % des 2 520 000 votants (sur 3 600 000 inscrits) ont approuvé par référendum le principe d'une Croatie, « Etat souverain et indépendant », libre de s'associer aux autres Républiques de la Fédération yougoslave. A la suite de ce vote, la Croatie proclame sa souveraineté le 29 mai (*Le Monde*, 21 et 31 mai 1991).

Chronique constitutionnelle française

(20 mars - 20 juin 1991)

PIERRE AVRIL et JEAN GICQUEL

Les références aux 23 premières chroniques sont données sous le sigle CCF suivi du numéro correspondant de Pouvoirs et de la page du recueil qui les réunit : Chroniques constitutionnelles françaises, 1976-1982 (PUF, 1983).

REPÈRES

- 29 mars. Accord des quatre composantes de France unie sur l'organisation du mouvement.
- 6-7 avril. Convention nationale du PS à Cachan.
- 10 avril. Le bureau politique de l'Union pour la France adopte un manifeste affirmant l'union de l'opposition RPR-UDF.
- 13 avril. Au Conseil national du RPR, M. Pasqua annonce la dissolution de son courant, et M. Juppé est réélu secrétaire général.
- 14 avril. La Nouvelle Action royaliste se félicite de participer à la majorité présidentielle dans le cadre de France unie.
- 15 avril. Publication du manifeste « Refondations » par des communistes et socialistes « critiques ».
- 19 avril. La chambre d'accusation de la cour d'Angers estime « conforme au droit » la procédure engagée par le juge Thierry Jean-Pierre qui avait perquisitionné le 7 au siège parisien d'Urbatechnic.
- 23 avril. L'opposition réclame la dissolution de l'Assemblée nationale.
- 12 mai. M. Kouchner annonce le lancement du mouvement « Société civile ».
- 22 mai. Septième réunion des Etats généraux de l'opposition, sur la justice.
- 27 mai. Mme Edith Cresson accède au « Bébête Show ».
- 28 mai. MM. Mexandeau et Vivien, secrétaires d'Etat, ont participé, aux côtés du PS, à l'anniversaire de la Commune de Paris.
- 2 juin. 1^{er} tour de l'élection partielle de Belfort (1^{re}) où M. Chevènement est en ballottage.
- 4-5 juin. Comité central du PCF : les communistes ne censureront pas le gouvernement de Mme Cresson.
- 6 juin. Déjeuner de retrouvailles de MM. Mauroy et Marchais.
- 7-8 juin. Colloque de « Refondations ».

- 9 juin. M. Chevènement est élu au second tour à Belfort avec 52,05 % des suffrages exprimés.
- 12-14 juin. Devant le comité confédéral de la CGT, M. Henri Krasucki condamne la conception du syndicat « courroie de transmission ».
- 12 juin. Signature par le RPR et l'UDF de la charte de l'Union pour la France.
- 13 juin. M. François Bayrou devient secrétaire général de l'UDF dont le Conseil national adopte les nouveaux statuts.
- 19 juin. M. Jacques Chirac estime qu'en matière d'immigration il y a « overdose ».

AMENDEMENT

— *Bibliographie.* Slimane Lakrouf, Le droit d'amendement, *RDP*, 1991, 437.

— *Article 44, alinéa 2 C.* Cette disposition, qui permet au Gouvernement de s'opposer à la discussion d'un amendement non soumis à la commission (cette *Chronique*, n° 49, p. 192), a été appliquée à deux reprises par le ministre des affaires sociales, M. Jean-Louis Bianco, le 4-6, lors de l'examen du projet de loi portant diverses mesures d'ordre social (p. 2754).

V. *Bicamérisme. Règlement.*

ASSEMBLÉE NATIONALE

— *Bibliographie.* Jean Foyer, *Le député dans la société d'aujourd'hui*, Economica, 1991 ; Marianne, *Député, député chéri*, Editions de l'Espace européen, 1991 (la verve de Jacques Georgel a rendez-vous avec le droit parlementaire) ; Statistiques 1990, *BAN*, numéro spécial, mars 1991.

Le service de la communication a publié un *Petit guide du téléspectateur parlementaire*, *ibid.*, 73, p. 37.

— *Circonscriptions électorales.* A l'issue du recensement général de la population de 1990, le ministre de l'intérieur dresse la liste des cantons, dont la population est supérieure à 40 000 habitants (cette *Chronique*, n° 40, p. 163) (*AN, Q*, p. 1436).

— *Composition.* M. Jean-Pierre Chevènement (s) a recouvré son siège de député du territoire de Belfort (2^e), à l'issue du 2^e tour, le 9-6 (p. 7705), après que sa suppléante, Mme Gilberte Marin-Moskovitz, eut démissionné de son mandat, le 23-4 (p. 5448).

— *Configuration.* L'Assemblée nationale n'est pas un stade de football, a répliqué, le 12-6, le président Laurent Fabius, à des députés de l'opposi-

tion brandissant des cartons rouges à l'adresse du Premier ministre, lors de la séance des questions au Gouvernement (p. 3017).

— *Exposition*. A l'occasion du bicentenaire de la mort de Mirabeau, la bibliothèque de l'Assemblée a organisé, en avril, une exposition (*BAN*, 70, p. 38).

— *Règlement*. Présentée par M. Laurent Fabius et les présidents de groupe (sauf celui du groupe communiste), la proposition de résolution tendant à modifier les art. 43, 44, 81, 83, 87, 91, 103 à 108, 126, 127 et 146 RAN, a été adoptée le 7-5 (p. 2096).

— « *Séminaire hongrois* ». L'AN a accueilli du 22 au 30-4 des députés et des fonctionnaires parlementaires hongrois, dans le cadre d'une initiative d'*ingénierie démocratique* (*BAN*, 77, p. 23). Dans le même ordre d'idées, le bureau a décidé l'envoi au Népal d'une mission d'information, à l'occasion des élections législatives du 12-5 (*ibid.*, 79, p. 28).

V. *Commissions. Ordre du jour. Parlement. Parlementaires. Parlementaires en mission. Règlement. Séance. Vote sans débat.*

AUTORITÉ JUDICIAIRE

— *Bibliographie*. J.-D. Bredin, L'indépendance de la justice, c'est quoi ?, *Libération*, 6-5 ; G. Soulier, Le palais et l'écume, *Le Monde*, 26-3 ; Fondation Jean-Jaurès : La justice et l'Etat, Paris, 13-4 ; Sénat, rapport de la commission de contrôle sur l'autorité judiciaire, n° 357, 1991.

— *Accès à la magistrature*. Après déclaration de conformité du CC (décision 91-289 DC), la LO 91-358 du 15-4 modifie celle du 29-10-1980, s'agissant de l'ouverture d'un concours exceptionnel de recrutement.

— *Événement*. En accord avec la chancellerie, pour la première fois, l'instruction et le jugement d'un procès de cour d'assises (à l'exception du délibéré) ont été filmés et diffusés, le 12-6 sur la Cinq, dans la série « Justice en France » de MM. Karlin et Lainé (*Le Monde*, 9/10-6).

— *Indépendance*. Au conseil des ministres du 24-4, le chef de l'Etat, après avoir assuré le garde des Sceaux de sa *totale confiance*, a réaffirmé (cette *Chronique*, n° 57, p. 173) *de la manière la plus claire et la plus ferme, que la justice est indépendante* (*Le Monde*, 25-4).

— *Journée d'action*. A nouveau (cette *Chronique*, n° 57, p. 173), l'action revendicatrice de certains magistrats s'est manifestée, le 16-5 (*ibid.*, 18-5).

— *Saisine pour avis de la Cour de cassation.* A l'instar du Conseil d'Etat (art. 12 de la loi du 31-12-1987, cette *Chronique*, n° 45, p. 171), la loi 91-491 du 15-5 (p. 6790) autorise dorénavant une juridiction de l'ordre judiciaire, confrontée à une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse, à solliciter, par une décision insusceptible de recours, l'avis de la Cour de cassation (nouvelle rédaction de l'art. L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire). Cette procédure n'est pas applicable à la matière pénale.

On se prend à songer *mutadis mutandis* à l'extension de cette procédure au Conseil constitutionnel qui, on le sait, est consulté officieusement à l'occasion des différentes lectures auxquelles donnent lieu le processus de formation de la loi.

BICAMÉRISME

— *Amendement adopté par le Sénat.* Le 4^e alinéa de l'art. 45 C, qui dispose que lorsque l'AN statue définitivement, elle se prononce soit sur le texte de la CMP, soit sur le dernier texte voté par elle, « modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat », ne précise pas de quelle *lecture* du Sénat il s'agit. La Haute Assemblée ayant opposé la question préalable en nouvelle lecture du projet portant statut de la Corse et aucun amendement n'ayant été adopté pour cette raison, M. Mazeaud (RPR) a voulu reprendre des amendements votés en première lecture, que le service de la séance a déclarés irrecevables conformément à la jurisprudence suivie jusque-là. Dans sa décision 91-290 DC du 9-5, le CC a confirmé cette interprétation en précisant que « ne peuvent être adoptés que les amendements votés par le Sénat lors de la dernière lecture par lui du texte en discussion ».

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

— *Bibliographie.* J.-F. Flauss, Droit local alsacien-mosellan et droit international, *Le Quotidien juridique*, 4/6-4 ; Des réformes ! Quelles réformes institutionnelles pour la Corse ? Actes du colloque d'Ajaccio, 1990, *RSAMO*, n° 29/30, 1990.

— *Département.* Le ministre de l'intérieur indique pour chacun d'entre eux, le nombre de ses cantons et le chiffre moyen de la population moyenne par canton, à l'issue du recensement général de la population de 1990 (AN, *Q*, p. 1439), ainsi que les rapports entre la population du canton le plus peuplé et celui du canton le moins peuplé, entre les deux recensements de 1982 et de 1990 (*ibid.*, p. 1645 et 1648). Au surplus, il est fait mention des cantons dont la population est supérieure au double de la

population moyenne des cantons du département (p. 1642) ; de ceux dont la population est inférieure à 1 000 habitants (p. 1648).

— *Harmonisation entre le droit local alsacien-mosellan et le droit général.* Par suite d'une nouvelle initiative parlementaire (cette *Chronique*, n° 57, p. 175), la loi 91-412 du 6-5 (p. 6074) opère des mesures d'adaptation en matière d'assurances à la loi du 1^{er}-6-1924 (S, rapport Haenel, n° 330).

— *Libre administration (art. 72 C).* Le CC a considéré, le 23-5 (décision 91-291 DC, p. 6236) que la réduction de la garantie de progression minimale de la dotation globale de fonctionnement, pour certaines catégories de communes disposant d'un potentiel fiscal par habitant élevé, n'affectait point leur autonomie constitutionnelle, dès lors que la diminution de progression était minime (art. 10). De la même façon, l'institution d'un prélèvement sur les ressources fiscales des communes ne saurait être censurée. Le juge, après avoir rappelé qu'en matière fiscale *le législateur n'est pas tenu de laisser à chaque collectivité territoriale la possibilité de déterminer seule le montant de ses impôts locaux*, estime qu'il est dans ces conditions, loisible à la loi, à titre *exceptionnel [de] décider que le produit d'un impôt communal pourra en partie être attribué à une autre collectivité territoriale ; qu'un prélèvement sur les ressources fiscales d'une collectivité est assimilable par ses effets à une charge obligatoire.* Ce prélèvement étant défini avec précision, quant à son objet et sa portée ne porte pas atteinte au principe énoncé à l'art. 72 C (cette *Chronique*, n° 56, p. 202). En l'occurrence, la loi a satisfait à ces exigences classiques : critères objectifs du prélèvement, qui ne peut excéder 5 % du montant des dépenses réelles de fonctionnement de la commune.

Quant au moyen tiré de l'art. 14 de la Déclaration de 1789, qui a valeur constitutionnelle, déclare pour la première fois la CC, en cette circonstance, il doit être entendu *en fonction des dispositions de la Constitution, qui fondent la compétence du législateur*, c'est-à-dire au sens des art. 34 et 72 C. Par voie de conséquence, le conseil municipal de la commune bénéficiaire a le pouvoir de régler par ses délibérations les sommes qui lui seront allouées par le fonds de solidarité, compte tenu de la compétence du législateur d'affecter le produit d'une imposition au profit d'une catégorie de collectivités.

A tous égards, la loi 91-429 du 13-5 (p. 6329) a pu être promulguée.

— *Libre administration (suite).* Les compétences dévolues à la collectivité territoriale de Corse, substituée à la région de Corse, n'ont pas pour conséquence, selon le CC (décision du 9-5, p. 6350) d'*affecter de façon substantielle* les attributions des deux départements de Corse (loi 75-356 du 13-5-1975). Dès lors, il n'est pas porté atteinte à l'art. 72 C.

— *Nouvelle catégorie de collectivité territoriale.* En application de l'art. 72 C, la Corse a été érigée, d'une nouvelle manière (CCF, 22, p. 55),

aux termes de la loi 91-428 du 13-5 (p. 6318), en une collectivité territoriale, ne comprenant qu'une unité, après déclaration de conformité du CC, le 9-5 (décision 91-290). La censure relative au *peuple corse, composante du peuple français* (V. République) ayant été jugé séparable du texte de loi, au vu de sa rédaction et de son adoption.

A prendre les choses dans leur ensemble, ladite collectivité, qui se substitue à la région, a pour organes : l'Assemblée de Corse et son président ; le conseil exécutif et son président (innovation fondamentale) assistés du conseil économique, social et culturel de Corse (art. 2). Une manière de régime parlementaire rationalisé *mutatis mutandis* est mis en place, tel celui d'un territoire d'outre-mer.

L'Assemblée de Corse est composée de 51 membres, élus pour six ans (nouvelle rédaction de l'art. L. 364 du code électoral), au scrutin de liste à deux tours (le même jour que les élections régionales) combinant à la manière de la loi municipale du 19-11-1982 (cette *Chronique*, n° 25, p. 190), le scrutin majoritaire et la représentation proportionnelle (nouvelle rédaction de l'art. L. 366 du code électoral).

L'Assemblée règle par ses délibérations les affaires de la collectivité territoriale de Corse et contrôle le conseil exécutif (art. 25 de la loi du 13-5). Elle est consultée sur les projets de loi et de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse (art. 26). Elle dispose d'un pouvoir de proposition (art. 26) (V. Loi).

Le conseil exécutif et son président sont élus par l'Assemblée de Corse, parmi ses membres, au scrutin de liste avec dépôt de listes complètes, à la majorité absolue au premier et second tour, et à la majorité relative au troisième tour. Le président est le candidat figurant en tête de la liste élue (art. 30 de la loi du 13-5). Les fonctions de membre du conseil exécutif sont incompatibles avec celle de conseiller de Corse (art. 30 *in fine*).

L'Assemblée de Corse peut mettre en cause la responsabilité du conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance, *constructive*, à l'instar du fameux art. 67 de la Loi fondamentale de la RFA : cette motion mentionne de façon topique, la liste des candidats aux mandats de président et de conseillers exécutifs (art. 37). En contrepartie (syndrome de la mante religieuse cher à Claude Emeri), le Gouvernement peut prononcer la dissolution de l'assemblée, en conseil des ministres, lorsque son fonctionnement normal se révèle impossible (art. 27).

Le conseil exécutif dirige l'action de la collectivité, dans la perspective ouverte par la loi 82-214 du 2-3-1982 (CCF, 23, p. 57) dans les domaines du développement économique et social, de l'action éducative et culturelle et de l'aménagement de l'espace (art. 28). Le représentant de l'Etat en Corse conserve la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et du contrôle administratifs dans les termes du droit commun (art. 47). Aux yeux du CC (décision 91-290 DC) cette *organisation spécifique à caractère administratif* respecte l'art. 72 C, en n'empiétant pas sur les compétences de la loi, à l'instar de celle relative aux TOM (art. 74 C).

Ce gage de *bonne administration* qu'appelait de ses vœux Jean-Jacques

Rousseau, en 1760, dans son *Projet de constitution pour la Corse*, enrichit la catégorie des collectivités territoriales *sui generis*, après Paris (loi du 31-12-1975), Mayotte (loi du 24-12-1976) et Saint-Pierre-et-Miquelon (loi du 11-6-1985). De même que la Corse avait servi de *banc d'essai* aux régions, dès 1982 (*CCF*, 23, p. 55), cette technique législative augure de la modernisation de leurs structures, à l'heure communautaire, et de celles des départements d'outre-mer, au sein de la République.

V. *Conseil constitutionnel. Libertés publiques. Loi. Parlement. Sénat.*

COMMISSIONS

— *Bibliographie.* J.-P. Camby et D. Meunier, Commission des finances, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, t. I, p. 320, Economica, 1991.

— *Ouverture des travaux.* Depuis la modification de l'art. 46 RAN (cette *Chronique*, n° 49, p. 195) jusqu'au 26-3, les commissions de l'AN ont ouvert à la presse les auditions de 14 ministres et de 18 personnalités diverses. Leurs réunions ont été ouvertes à tous les députés à quatre reprises à l'occasion de la guerre du Golfe (*ibid.*, n° 58, p. 135), selon une pratique inaugurée en 1975 pour la discussion budgétaire (*CCF*, 1, p. 280) et étendue à l'audition de personnalités (tableaux dans *BAN*, n° 70).

Au Sénat, la commission des affaires culturelles s'est ouverte à la presse pour la première fois le 10-4 pour des auditions consacrées aux problèmes d'information soulevés par la crise du Golfe (*BIRS*, n° 487) ; la commission des affaires sociales pour l'audition des ministres sur la réforme hospitalière le 17-4 (*ibid.*, n° 488) ; la commission des affaires économiques pour des auditions de professionnels sur la publicité comparative le 15-5 (*ibid.*, n° 491).

— *Présidence.* A la suite de l'entrée au Gouvernement de MM. Sapin et Strauss-Kahn, MM. Henri Emmanuelli (s) et Gérard Gouzes (s) ont été respectivement élus président de la commission des finances et de la commission des lois, le 17-5 (*JO*, p. 7030).

— *Rapporteurs de la commission des finances.* Le dernier alinéa de l'art. 146 RAN, selon lequel les pouvoirs de contrôle sur pièces et sur place des rapporteurs spéciaux ne peuvent être utilisés que dans le cadre de l'examen de la loi de finances, à l'exclusion de rapports d'information, a été abrogé par la proposition présentée par M. Laurent Fabius et les présidents de groupe (V. *Assemblée nationale*). Le nouvel alinéa précise au contraire que les travaux des rapporteurs peuvent faire l'objet de rapports d'information en cours d'année.

— *Saisine pour avis.* Les commissions permanentes peuvent désormais se saisir pour avis d'un texte renvoyé à une autre commission permanente

en informant simplement le président de l'Assemblée, sans que cette dernière ait à se prononcer, comme c'était le cas dans la rédaction de l'art. 87 RAN, qui a été modifiée le 7-5 (V. *Assemblée nationale*).

— *Travaux entre les sessions.* Afin de permettre la saisine et la réunion des commissions lorsque l'Assemblée ne siège pas, la proposition présentée par M. Laurent Fabius et les présidents de groupe supprime les dispositions de l'art. 43 RAN exigeant le quorum pour la tenue des réunions en intersession des commissions permanentes. Les dispositions relatives au quorum sont applicables aux votes dans les conditions de droit commun énoncées par les deux premiers alinéas de l'art. 44 qui forment le nouvel art. 43. Dans le même esprit, les projets et propositions de loi seront renvoyés à l'examen d'une commission dès leur enregistrement (et non plus après leur annonce en séance publique). En déclarant ces nouvelles dispositions conformes, la décision 91-292 DC du 23-5 prend soin de rappeler que la moitié des membres d'une commission peut demander l'annulation d'une réunion et que la règle du quorum s'applique aux votes émis en intersession.

COMMISSIONS D'ENQUÊTE ET DE CONTRÔLE

— *Commission d'enquête.* L'AN a adopté à l'unanimité le 14-5 (p. 2121) la proposition de résolution présentée par M. Auroux à l'initiative du bureau exécutif du Parti socialiste (*Le Monde*, 26-4), tendant à créer une commission d'enquête de 30 membres « chargée d'étudier les modalités de financement des campagnes électorales et des partis et groupements politiques ayant soutenu des candidats aux élections nationales, depuis 1958 ». La proposition prévoyait de fixer le terme de la période d'investigation à l'entrée en vigueur de la loi 90-55 du 15-1-1990 (cette *Chronique*, n° 54, p. 202), mais cette limite a été écartée par un amendement de M. Jean-Louis Debré (RPR). La commission a élu président M. Jean-François Deniau (UDF), et M. Jean Le Garrec (S) rapporteur.

— *Commission de contrôle.* Le même jour (p. 2125) a été adoptée la proposition de M. Méhaignerie et du groupe UDC tendant à créer une commission de contrôle de 30 membres sur le fonctionnement et le devenir des premiers cycles universitaires. Repoussée en commission, cette proposition a été adoptée grâce à l'abstention du groupe socialiste. La commission a élu président M. Yves Fréville (UDC) et M. Jean Giovanelli (S) rapporteur.

— *Rapports sur les propositions de résolution.* Conformément à la nouvelle pratique qui a mis fin au monopole de la commission des lois (cette *Chronique*, n° 57, p. 176), la proposition de M. François Léotard tendant à créer une commission d'enquête sur les exportations de matériels d'armement (n° 1908) a été renvoyée à la commission de la défense nationale, laquelle a d'ailleurs conclu à son rejet sur le rapport de M. Bertrand Gallet (n° 2016).

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

— *Bibliographie.* R. Badinter, Pour une Cour de la grande Europe, *Le Monde*, 21-6 ; Th. Brehier, Le Conseil constitutionnel, gardien vigilant, *ibid.*, 12/13-6 ; D. Chagnollaud, La « longue marche » du Conseil constitutionnel, *Bilan politique de la France (BPF)*, Hachette, 1991, p. 174 ; J. Gicquel, Le Conseil constitutionnel en 1990, *ibid.*, p. 37 ; B. Mathieu, *Le contrôle de constitutionnalité en France*, p. 168 ; J. Fers-temberg, Le contrôle par le Conseil constitutionnel de la régularité constitutionnelle des lois promulguées, *RDP*, 1991, p. 339 ; F. Goguel, Anticonstitutionnel, *Le Figaro*, 5-4 et Une décision d'indépendance, *ibid.*, 11/12-5 ; Chr. Houteer, Le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse, *PA*, 21-6 ; L. Philip, Conseil constitutionnel et finances publiques, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, t. I, p. 408, *Economica*, 1991 ; G. Vedel, L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite, *La vie judiciaire*, 11-3.

CC, *Rec.*, 1990 : une version en langue anglaise de la table analytique est introduite. Mais, *seul le texte français d'origine fait foi.*

Notes : J.-Cl. Douence, sous 90-277 DC, 25-7-1990, *RFDA*, 1991, p. 345 ; F. Luchaire, 90-280 DC, 6-12-1990 ; *RDP*, 1991, p. 265 ; X. Prétot, 90-284 DC, 16-1-1991, *D*, 1991, p. 321.

— *Décisions.*

91-289 DC, 11-4 (p. 4989). LO modifiant la LO 80-844 du 29-10-1980 relative au statut de la magistrature. V. *Autorité judiciaire. Loi organique.*

91-291 DC, 6-5 (p. 6236 et 6240). Loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France, réformant la dotation globale de fonctionnement des communes et des départements et modifiant le code des communes. V. *Collectivités territoriales. Libertés publiques.*

91-290 DC, 9-5 (p. 6350 et 6240). Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse. V. *Bicamérisme. Collectivités territoriales. Incompatibilités. Libertés publiques. Loi. Loi de finances. Parlementaires. République. Sénat.*

91-292 DC, 23-5 (p. 7160). Résolution modifiant les art. 43, 44, 81, 83, 87, 91, 103 à 108, 126 et 146 RAN. V. *Commissions. Irrecevabilité. Loi. Loi de finances. Séance.*

91-1140, 23-5 (p. 7162). Sénat, Paris. V. *Contentieux électoral.*

91-166 L, 13-6 (p. 7957). Délégation. V. *Pouvoir réglementaire.*

— *Consultation et intervention du président.* M. Robert Badinter s'est rendu en Bulgarie dans le cadre d'une expertise constitutionnelle en avril (*Le Figaro*, 4-4). Il a clôturé, le 24-4, à l'Assemblée nationale, le « séminaire hongrois » (*BAN*, 77, p. 23) et a participé à l'émission télévisée d'information de la Cinq, le 12-5. Membre de la délégation française, ainsi que M. Maurice Faure, aux Assises de la confédération européenne à Prague, le 12-6 (*Le Monde*, 13-6), il devait prendre l'initiative avec le président de la Cour suprême de Tchécoslovaquie, de créer l'association Masaryk pour le développement des relations juridiques entre les deux pays (*ibid.*, 21-6).

Reste qu'en sa qualité d'*ancien ministre*, M. Robert Badinter, à l'unisson de M. Maurice Faure, a signé « l'appel des 150 pour les Kurdes » (14-6), et refusé d'être entendu par la commission sénatoriale de contrôle sur l'autorité judiciaire. (Rapport n° 357, t. II, p. 7, 1991).

— *Procédure.* M. Robert Badinter empêché, le Conseil s'est réuni sous la présidence de son doyen d'âge, M. Daniel Mayer, le 13-6 (décision 91-166 L), conformément à l'art. 13 de l'ord. du 7-11-1958. C'est le troisième précédent depuis 1959 (cette *Chronique*, n° 25, p. 189). Pour la cinquième fois (*ibid.*), le président du Sénat, parallèlement aux parlementaires, a déféré, en totalité, mais sans argumentation juridique, le projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse (p. 6350). Avant que le Conseil ne statue en l'espèce, au terme de trois jours de délibération, le 9-5 (décision 91-290 DC), le ministre de l'intérieur s'était rendu à Ajaccio. *Il n'y a plus de projet Joxe, il y a une loi de la République*, y lançait-il, dès le 2-5 (*Le Monde*, 3-5).

Dans un rappel au règlement, à l'AN, le 6-5 (p. 2003), M. Mazeaud (RPR) devait critiquer cette attitude : *Cette loi est soumise, avant sa promulgation, au Conseil constitutionnel. Elle ne saurait donc s'appliquer avant la décision de ce dernier. Acceptera-t-on qu'un membre du Gouvernement viole non seulement la loi, mais la Constitution ?*

En dernière analyse, le juge a soulevé d'office des moyens de droit à l'encontre de ce texte (*infra*).

V. Elections.

CONSEIL DES MINISTRES

— *Communiqués.* Le porte-parole de l'Élysée a fait connaître derechef (cette *Chronique*, n° 56, p. 205) la pensée présidentielle à l'issue des réunions du 27-3 et du 3-4, s'agissant des impératifs de rigueur budgétaire et de justice sociale, d'une part, et de la question kurde d'autre part (*Le Figaro*, 28-3 et 4-4). La fonction d'*aiguillon* du Gouvernement trouve ici une illustration.

— *Composition.* La tautologie conserve son autorité sous le Gouvernement Edith Cresson : le conseil des ministres est le conseil des ministres (décret du 16-5, p. 6545). Il est à noter qu'à l'opposé du récapitulatif du

2-10-1990 (cette *Chronique*, n° 57, p. 181), les secrétaires d'Etat y sont invités par prétériton (décret du 17-5, p. 6789).

— *Déroulement*. Conformément à la tradition, le dernier mot appartient au chef de l'Etat, hormis le précédent de la cohabitation (cette *Chronique*, n° 39, p. 165). A ce titre, le 20-3, M. Le Penec, ministre des DOM-TOM s'est vu refuser, à deux reprises, la parole par le Président, au motif que la réunion était close (*Le Monde*, 22-3). Une audience sera accordée à l'intéressé, peu de temps après.

— *Recommandations présidentielles*. Lors du premier conseil des ministres du Gouvernement Edith Cresson, le 17-5, le Président Mitterrand a souhaité que ce dernier fasse preuve d'*homogénéité, d'impulsion et d'autorité sur l'ensemble des rouages de l'Etat pour assurer une plus grande rapidité d'exécution des décisions prises*. (*Le Monde*, 19/20-5). Il a demandé, par surcroît, aux ministres de *se comporter en citoyens, de se rappeler qu'ils sont au service des Français et de faire preuve de modestie dans leur manière d'être* (*ibid.*). Ensuite, le 12-6, le chef de l'Etat a prodigué de nouveaux conseils aux ministres. *Eclairez l'opinion, les Français, avec vigueur, clarté et simplicité. Continuez à agir dans l'esprit qui est celui du Gouvernement. Les Français ont besoin de comprendre avec des mots clairs ce qui est décidé par le Gouvernement* (*Le Figaro*, 13-6).

— *Retrait de l'ordre du jour*. Le projet de loi portant modification de la répartition des sièges dans les conseils régionaux a été retiré de l'ordre du jour du conseil du 12-6 (*Le Monde*, 14-6). Sous ce rapport, par suite de l'opposition du chef de l'Etat, le Premier ministre avait renoncé à y inscrire le projet relatif au mode de scrutin régional (*ibid.*, 18-4).

— *Réunions*. Deux conseils se sont tenus, en une semaine : le 15-5, pour le Gouvernement Michel Rocard et le 17, à l'occasion de la formation du Gouvernement Edith Cresson (*Le Monde*, 17 et 19/20-5). Le dernier précédent était lié aux circonstances de guerre (cette *Chronique*, n° 58, p. 137).

V. *Gouvernement. Premier ministre. Président de la République. Responsabilité du Gouvernement.*

CONSTITUTION

— *Appréciations*. Dans un entretien accordé à RTL, le 3-5, M. Michel Rocard a estimé qu'il *vaut mieux ne pas toucher* à la Constitution (en dehors du septennat), qui *a donné à la France une grande stabilité et une grande autorité internationale*. Toutefois, le Premier ministre a relevé qu'elle peut être *rude à vivre* et que le partage des compétences avec le chef de l'Etat est un *jeu d'équilibre parfois compliqué* (*Libération*, 4/5-5).

V. *Premier ministre. Président de la République.*

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

— *Bibliographie.* R. Ghevontian, note sous CE, 4-2-1991, Pourvoyeur et autres, D, 1991, p. 264.

— *Annulation d'élections.* Depuis 1980, les départements dans le cadre desquels le plus grand nombre d'annulations ont été prononcées sont : la Haute-Corse (31), l'Aisne (22) et la Corse-du-Sud (19). Toutefois, en dehors des scrutins municipaux, la Haute-Corse reste la plus touchée (7), puis le Val-de-Marne (5) et les Bouches-du-Rhône (4). Ces statistiques, indique le ministre de l'intérieur, ne dessinent pas nécessairement une carte de la fraude (AN, Q, p. 1234).

— *Annulation de l'élection de conseillers municipaux associés.* Le TA de Versailles, sur recours de M. Wiltzer, député (UDF) (Essonne, 4^e) a annulé, le 15-5 (*Le Monde*, 24/25-5) l'élection desdits conseillers à Longjumeau et aux Ulis, élus en novembre dernier (cette *Chronique*, n° 57, p. 179), au motif qu'en l'absence d'une délibération du conseil municipal lui donnant le pouvoir d'agir [le maire] n'était pas compétent pour organiser la représentation permanente des ressortissants étrangers habitant la commune auprès du conseil municipal.

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

— *Election sénatoriale.* Par une décision 91-1140 du 23-5, le CC a rejeté la requête visant l'élection de M. Camille Cabana (cette *Chronique*, n° 58, p. 139) au motif que les dispositions des art. L. 264 et L. 272 du code électoral sur le fondement desquelles ont été élus les conseillers de Paris qui constituent, avec les délégués supplémentaires qu'ils désignent, le collège électoral sénatorial, seraient incompatibles avec les stipulations du protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Le requérant n'a pas invoqué d'irrégularités concernant la désignation des délégués supplémentaires, et l'élection des conseillers de Paris ne peut être contestée que devant le tribunal administratif.

— *Financement de la campagne présidentielle.* M. Antoine Waechter, ancien candidat à la présidence de la République, a assigné en référé le 22-5, MM. Mitterrand, Nallet, Bérégovoy, Jospin et Monate afin d'obtenir communication des procès-verbaux concernant la SORMAE et Urba-Gracco, ainsi que les comptes de la campagne de 1988. La demande des plaignants a été jugée irrecevable le 4-6, car elle aurait dû être portée devant le juge de l'élection, c'est-à-dire le CC, le parquet étant seul compétent au surplus pour poursuivre les délits invoqués (*Le Monde*, 25-5 et 8-6). En revanche, le tribunal administratif de Marseille a autorisé un député des Verts à déposer une plainte dans l'affaire Urba (*ibid.*, 19-6).

DROIT CONSTITUTIONNEL

— *Bibliographie*. D. Maus, *La pratique constitutionnelle française (1989-1990)*, PUF, 1991.

— *Bienvenue au « Bilan politique de la France » (BPF)*. Sous la direction de Dominique Chagnollaud, un bilan annuel des institutions et de l'activité des partis politiques, est publié par Hachette. Nouvelle manifestation de vitalité de la discipline et de la science politique.

ÉLECTIONS

— *Bibliographie*. R. Huard, *Le suffrage universel en France, 1848-1946*, Aubier, 1991 ; P. Bacot, Les élections partielles en 1990, *BPF*, 1991, p. 134 ; E. Dupin, Les familles cultivent l'héritage électoral, *Libération*, 9-4.

— *Condamnation pour fraude fiscale*. Le tribunal correctionnel de Bastia a prononcé, le 26-3 (*Le Monde*, 28-3), de lourdes peines à propos des élections cantonales de 1988. Pour sa part, celui de Châlons-sur-Marne a condamné, le 3-4, à une peine de prison ferme, trois militants communistes pour fraude, à l'occasion des élections municipales de Romilly-sur-Seine (Aube), en mars 1989 (*Libération*, 5-4).

— *Conseil supérieur des Français de l'étranger*. Le décret 91-449 du 14-5 (p. 6490) modifie celui du 6-4-1984 portant statut du CSFE et fixe les modalités d'élection de ses membres. Le scrutin s'est déroulé du 26-5 au 9-6 (*Le Monde*, 12-6) dans 48 circonscriptions.

— *Election partielle*. M. Jean-Pierre Chevènement, qui avait démissionné du Gouvernement le 29-1 (cette *Chronique*, n° 58, p. 139), a été réélu à Belfort (1^{re}) à la faveur de l'élection provoquée par la démission de sa suppléante, au second tour, le 9-6 (*Le Monde*, 11-6).

— *Incapacité électorale*. Au 1^{er}-9-1989, indique le garde des Sceaux, 222 533 personnes étaient privées du droit de vote, en raison d'une condamnation (cette *Chronique*, n° 54, p. 191). Le casier judiciaire national gère lesdites incapacités seulement depuis 1986 (AN, Q, p. 1443).

— *Refonte des listes électorales des communes des départements de Corse*. L'art. 85 de la loi 91-428 du 13-5 (p. 6318) portant statut de la collectivité territoriale de Corse dispose qu'il y sera procédé avant la première élection de l'Assemblée de Corse. Les électeurs satisfaisant aux conditions visées aux art. L. 11 à L. 14 du code électoral devront présenter leur demande entre la publication de la loi précitée et le 31-12-1991. Lesdites opérations de refonte sont contrôlées par une commission composée paritairement de membres du Conseil d'Etat et de magistrats de l'ordre judiciaire. A l'occa-

sion de sa décision 91-290 DC, du 9-5 (p. 6350), le juge constitutionnel avait fait justice du grief articulé contre cette disposition « moralisatrice ».

V. *Libertés publiques. Sénat.*

ENGAGEMENT INTERNATIONAL

— *Bibliographie.* L. Dubouis, Règlement communautaire et loi nationale postérieure (CE, 24-9-1990, Boisdet), *RFDA*, 1991, p. 172 ; Th. Brehier, L'Europe au secours des immigrés, *Le Monde*, 26-4.

— *Hiérarchie des normes.* Par un arrêt *Belgacem* du 19-4 (*Le Monde*, 26-4), le CE a annulé un arrêté de reconduction à la frontière, frappant un étranger, motif pris de ce qu'il méconnaissait l'art. 8 CEDH, aux termes duquel *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale.* (Cette *Chronique*, n° 54, p. 187). En l'espèce, le juge a estimé que la mesure portait une *atteinte disproportionnée* à la vie familiale du requérant.

Il suit de là que le CE parachève la mise en place du contrôle de conventionnalité des normes nationales : après la loi (20-10-1989, Nicolo, cette *Chronique*, n° 53, p. 173), l'acte administratif est entré dans son champ d'attraction.

V. *Libertés publiques.*

GOVERNEMENT

— *Bibliographie.* J.-L. Quermonne, La bizarrerie des structures gouvernementales, *BPF*, 1991, p. 28.

— *Composition.* Nommé par décrets des 16 et 17-5 (p. 6545 et 6789), le Gouvernement Edith Cresson compte 19 ministres, 10 ministres délégués (participant à ce titre au conseil des ministres), et 16 secrétaires d'Etat. Les secrétaires d'Etat autonomes disparaissent. La principale innovation concerne l'extension des attributions de M. Bérégoz qui, outre celles qu'il détenait comme ministre de l'économie et des finances, recueille celles du ministre du commerce extérieur, du ministre de l'industrie et du ministre des postes et des télécommunications.

On mentionnera que 6 femmes figurent aux côtés de Mme Cresson : 3 ministres de plein exercice (Mmes Aubry, Avice et Bredin) ; 2 ministres délégués (Mmes Guigou et Tasca) et un secrétaire d'Etat (Mme Neiertz), comme en 1988 (Cette *Chronique*, n° 47, p. 199).

Au surplus, le 22^e Gouvernement de la V^e République accueille 9 députés (s) : MM. Guyard (Essonne, 1^{ère}) ; Strauss-Kahn (Val-d'Oise, 8^e) ; Cathala (Val-de-Marne, 2^e) ; Sueur (Loiret, 1^{ère}) ; Vivien

(Seine-et-Marne, 9^e) ; Mexandeau (Calvados, 2^e) ; Sapin (Hauts-de-Seine, 4^e) ; Le Drian (Morbihan, 5^e) ; Mme Bredin (Seine-Maritime, 9^e) et un seul sénateur M. Debarge (s) (Seine-Saint-Denis) à la différence de 1988 (cette *Chronique*, n° 47, p. 199).

— *Le nouveau Gouvernement*. Il se présente ainsi (*Le Monde*, 19/20-5) :

Premier ministre : Mme Edith Cresson, PS (*).

Ministres d'Etat : Education nationale : M. Lionel Jospin, PS ; Economie, finances et budget : M. Pierre Bérégovoy, PS ; Affaires étrangères : M. Roland Dumas, PS ; Fonction publique et modernisation de l'administration : M. Jean-Pierre Soisson, France unie (**) ; Ville et aménagement du territoire : M. Michel Delebarre, PS (**).

Ministres : Garde des Sceaux, ministre de la justice : M. Henri Nallet, PS ; Défense : M. Pierre Joxe, PS ; Intérieur : M. Philippe Marchand, PS ; Culture et communication, porte-parole du Gouvernement : M. Jack Lang, PS (**) ; Agriculture et forêt : M. Louis Mermaz, PS ; Affaires sociales et intégration : M. Jean-Louis Bianco (*) ; Travail, emploi et formation professionnelle : Mme Martine Aubry (*) ; Equipement, logement, transports et espace : M. Paul Quilès, PS (**) ; Coopération et développement : Mme Edwige Avice, PS (**) ; Départements et territoires d'outre-mer : M. Louis Le Pensec, PS (**) ; Recherche et technologie : M. Hubert Curien, PS ; Relations avec le Parlement : M. Jean Poperen, PS ; Jeunesse et sports : Mme Frédérique Bredin, PS ; Environnement : M. Brice Lalonde, Génération écologique (***)).

Ministres délégués : auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie des finances et du budget, chargé du budget : M. Michel Charasse, PS ; auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, chargé de l'industrie et du commerce extérieur : M. Dominique Strauss-Kahn, PS (*) ; auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, chargé du commerce et de l'artisanat : M. François Doubin, France unie-MRG ; auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, chargé de la poste et des télécommunications : M. Jean-Marie Rausch, France unie (**) ; auprès du garde des Sceaux, ministre de la justice, chargé de la justice : M. Michel Sapin, PS (*) ; auprès du ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères, chargé des affaires européennes : Mme Elisabeth Guigou, PS ; auprès du ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères, chargé de la francophonie : Mme Catherine Tasca (**) ; auprès du ministre des affaires sociales et de l'intégration, chargé de la santé : M. Bruno Durieux ; auprès du minis-

(*) Nouveau membre du Gouvernement.

(**) Membre du Gouvernement précédent ayant changé d'attribution.

(***) Membre du Gouvernement précédent ayant changé de titre sans changer d'attribution.

tre de la culture et de la communication, chargé de la communication : M. Georges Kiejman (**); auprès du ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, chargé du tourisme : M. Jean-Michel Baylet, France unie-MRG.

Secrétaires d'Etat : auprès du Premier ministre, chargé des anciens combattants : M. Louis Mexandeau, PS (*); auprès du ministre d'Etat, ministre de l'éducation nationale, chargé de l'enseignement technique : M. Jacques Guyard, PS (*); auprès du ministre d'Etat, ministre des affaires étrangères, chargé de l'action humanitaire : M. Bernard Kouchner; chargé des affaires étrangères : M. Alain Vivien, PS (*); auprès du ministre d'Etat, ministre de la ville et de l'aménagement du territoire, chargé de la ville et de l'aménagement du territoire : M. André Laignel, PS (**); auprès du ministre de la défense, chargé de la défense : M. Jacques Mellick, PS (**); auprès du ministre de l'intérieur, chargé des collectivités locales : M. Jean-Pierre Sueur, PS (*); auprès du ministre de la culture et de la communication, porte-parole du Gouvernement, chargé des grands travaux : M. Emile Biasini; auprès du ministre des affaires sociales et de l'intégration, chargé des affaires sociales et de l'intégration : M. Kofi Yamgnane, PS (*); chargé de la famille et des personnes âgées : M. Laurent Cathala, PS (*); chargé des handicapés et des accidentés de la vie : M. Michel Gillibert; auprès du ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, chargé des droits des femmes : Mme Véronique Neiertz, PS (**); auprès du ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, chargé du logement : M. Marcel Debarge, PS (*); chargé des transports routiers et fluviaux : M. Georges Sarre, PS; chargé de la mer : M. Jean-Yves Le Drian, PS (*); auprès du ministre délégué à l'industrie et au commerce extérieur, chargé du commerce extérieur : M. Jean-Noël Jeanneney (*).

— *Condition des membres.* La 17^e chambre du tribunal correctionnel de Paris a condamné le 15-5, *Le Parisien* pour avoir diffamé M. Kouchner (*Le Monde*, 17-5) (cette *Chronique*, n° 56, p. 207).

— *Déclaration.* Tel son prédécesseur (cette *Chronique*, n° 47, p. 198), Mme Edith Cresson a présenté une déclaration à l'Assemblée, conformément à l'art. 132 RAN, le 22-5 (p. 2189), suivie d'un débat. M. Lionel Jospin en a donné lecture au Sénat.

— *Démission du Gouvernement Michel Rocard II.* A la veille de ses trois ans, ce dernier a vécu (cette *Chronique*, n° 47, p. 199). Le Premier ministre a remis sa démission au chef de l'Etat, le 15-5 (p. 6472).

— *Fin d'une tradition.* Il était admis que le remplacement du Gouvernement, sous la V^e République, n'intervenait jamais en session. Cette tradition avait connu une première dérogation lors de la démission du Gouvernement Mauroy le 17-7-1984, le Parlement étant alors réuni en session extraordinaire (cette *Chronique*, n° 32, p. 172). Cette fois, le changement s'est produit au cours de la session ordinaire.

— *Pouvoirs de crise*. Le décret 91-338 du 5-4 (p. 4679) fixe le régime des ports de commerce d'intérêt majeur en temps de crise ou de guerre. Le Gouvernement a décidé d'affréter des navires civils pour venir en aide aux réfugiés kurdes (*Le Monde*, 26-4).

— *Séminaire*. M. Rocard, a présidé le 11-4 le troisième séminaire sur le renouveau du service public auquel participaient une quinzaine de ministres (*Le Monde*, 11-4).

V. *Conseil des ministres. Premier ministre. Président de la République. Responsabilité du Gouvernement.*

GROUPES

— *Démission*. M. Marcel Wacheux (Pas-de-Calais, 10^e) a cessé d'appartenir au groupe socialiste de l'Assemblée, le 10-4 (p. 4844).

IMMUNITÉ PARLEMENTAIRES

— *Limite à l'irresponsabilité*. En appel, la cour de Versailles a aggravé le 18-3 (*Le Monde*, 20-3), la peine à laquelle M. Jean-Marie Le Pen avait été condamnée pour le *point de détail de l'histoire* (cette *Chronique*, n° 55, p. 214).

— *Limite à l'inviolabilité*. M. Jeambrun, sénateur du Jura (RDE) a été inculpé, en mars, par un juge d'instruction à Lyon, dans le cadre d'une affaire de fausses factures (*Le Monde*, 12-4).

INCOMPATIBILITÉS

— *Bibliographie*. Y. Mény, Cumuls et incompatibilités, *BPF*, 1991, p. 45.

— *Cumul des mandats de conseillers à l'Assemblée de Corse et de conseiller général*. Le juge constitutionnel a censuré, le 9-5 (décision 91-290 DC, p. 6350) l'art. 7 de la loi portant création de la collectivité territoriale de Corse, motif pris de ce qu'il méconnaissait le principe d'égalité, en édictant une incompatibilité *spécifique* aux élus insulaires. Le mandat de conseiller à l'Assemblée de Corse étant assimilé à celui de conseiller régional (art. 8 de la loi) est, à tous égards, cumulable avec celui de conseiller général, au sens de l'art. L. 46.1 du code électoral (rédaction de la loi du 30-12-1985) (cette *Chronique*, n° 37, p. 143).

IRRECEVABILITÉS

— *Bibliographie.* J.-P. Camby et D. Meunier, Irrecevabilités financières, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, t. II, p. 980, Economica, 1991.

— *Application de l'article 40 C.* Un amendement abrogeant les restrictions apportées par la loi Falloux au financement des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, a été présenté au cours de l'examen par le Sénat du projet sur l'administration territoriale de la République, le 13-6. Le secrétaire d'Etat aux collectivités locales, M. Sueur, lui opposa l'art. 40 C, mais le président de la commission des finances, M. Poncelet (RPR) indiqua que celle-ci avait estimé que l'art. 40 n'était pas applicable (p. 1643).

— *Vigilance.* Dans sa décision 91-292 DC du 23-5, le CC déclare que les nouvelles dispositions du RAN permettant le renvoi à la commission compétente des textes déposés durant l'intersession ne sont pas contraires aux exigences de l'art. 40 C dès lors que demeurent applicables les prescriptions relatives au contrôle de la recevabilité des propositions par le Bureau.

V. Commissions.

LOI

— *Avis du Conseil d'Etat.* Les projets de loi, aux termes de l'art. 39 C, « sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat », mais cet avis demeure confidentiel, en dépit des fuites invoquées par MM. Mazeaud et Pandraud (RPR) dans une proposition de loi (n° 1860, 19-12-1990) pour en réclamer la publicité. M. Mazeaud a contesté à ce propos que le ministre de la ville ait fait référence à l'avis rendu sur la réforme de la dotation globale de fonctionnement, le 20-3 (p. 86), et le rapporteur à l'avis sur le statut de la Corse, le 3-4 (p. 661).

— *Avis du Conseil économique et social.* Saisi par le Gouvernement du projet de loi d'orientation sur l'administration territoriale de la République, le CES a désigné, conformément à l'art. 69 C, un rapporteur pour présenter le 25-3 son avis devant l'AN (p. 316).

— *Conformité de la loi instituant une dotation de solidarité urbaine et un fonds de solidarité des communes de la région d'Ile-de-France.*

V. Collectivités territoriales. Libertés publiques.

— *Conformité de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse.* Après censure de la notion de peuple corse, composante du peuple

français, par le CC, le 9-5 (décision 91-290 DC), le nouveau statut de la Corse a été promulgué, par la loi 91-428 du 13-5 (p. 6318).

A bien y réfléchir, le succès des requérants, pour important qu'il soit, et au-delà de l'attachement sentimental d'insulaires, est celui, pour une part, d'une bataille de diversion. Car, à n'en pas douter, l'essentiel a été franchi, en cette circonstance, par la reconnaissance de la spécificité institutionnelle de la Corse.

V. Collectivités territoriales. Conseil constitutionnel.

— *Consultation de l'Assemblée de Corse.* L'art. 26 de la loi du 13-5 portant création de la collectivité territoriale de Corse confère à cette assemblée un pouvoir de proposition en matière législative et réglementaire dans les matières ressortissant à sa compétence. Dans l'esprit de sa décision *Réforme de la planification* (27-7-1982, *Rec.*, p. 52), le CC a estimé, en l'occurrence, que cette consultation ne limitait en rien le droit d'initiative gouvernemental (art. 39 C) (décision 96-290 DC).

— *Injonction.* Les propositions présentées par l'Assemblée de Corse au Premier ministre, lui enjoignant d'y donner suite (art. 26 de la loi susmentionnée), empiètent sur ses compétences. Le CC a donc censuré *proprio motu* cette injonction (91-290 DC), comme naguère (cette *Chronique*, n° 54, p. 199).

— *Tradition malmenée.* La pratique selon laquelle le Sénat, qui assure la représentation des collectivités territoriales de la République (art. 24, al. 2 C), était appelé à se prononcer, en première lecture, sur les projets de loi y afférents, est évanescence depuis 1981 (*CCF*, 19, p. 51). La priorité accordée récemment aux députés, s'agissant des textes relatifs à la Corse et à l'administration territoriale de la République, a provoqué une réaction des sénateurs. Tour à tour, MM. Larché (président de la commission des lois) et Poncelet (président de la commission des finances) ont critiqué l'*inégalité de traitements* entre les deux assemblées, le 12-6.

V. Sénat.

LOI DE FINANCES

— *Bibliographie.* L. Philip (sous la direction), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, 2 t., Economica, 1991 : une véritable somme ; J.-P. Camby et D. Meunier, *Cavalier budgétaire*, *ibid.*, t. 1, p. 264.

— *Domaine exclusif.* L'art. 78 de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, qui prévoit qu'une annexe à la loi de finances retracerait l'évolution des ressources spécifiques attribuées à la Corse, a « pour objet d'organiser l'information du Parlement sur la gestion des finances

publiques » et empiète donc sur le domaine exclusif d'intervention des lois de finances » tel qu'il résulte de l'ordonnance 59-2 du 2-1-1959, a décidé le CC (91-290 DC du 9-5).

LOI ORGANIQUE

— *Conformité de la LO modifiant la LO 80-844 du 29-10-1980 relative au statut de la magistrature.* Le CC a statué sur la régularité de cette loi qui, de manière désormais rituelle, ouvre un concours à titre exceptionnel de recrutement (décision 91-289 DC).

V. Autorité judiciaire.

LIBERTÉS PUBLIQUES

— *Bibliographie.* E. Derieux, *Le droit de la communication*, LGDI, 1991 ; R. Baclet-Hainque, le CE et l'extradition en matière politique, *RDP*, 1991, p. 197 ; R. Goy, La garantie européenne de la liberté de religion, L'art. 9 de la Convention de Rome, *ibid.*, p. 5 ; Y. Gaudemet, L'Université vue de la Constitution, *Commentaire*, n° 54, 1991, p. 369 ; Th. Celerier, Dieu dans la Constitution, *PA*, 5-6 ; J. Pradel, Les écoutes téléphoniques : un statut en voie de formation, *RFDA*, 1991, p. 83 ; J.-F. Flauss, Ecoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg, *ibid.*, p. 89 ; V. Berger, H. Labayle, F. Sudre, *Droit administratif et CEDH*, p. 101 ; D. Turpin, Le statut constitutionnel de l'étranger, *PA*, 15-3.

Notes. J.-M. Auby, sous CE, 17-10 ; 21-12-1990 et 25-1-1991 (RU, 486), *RDP*, 1991, p. 525 ; P. Sabourin, *ibid.*, *D*, 1991, p. 283 ; B. Mathieu, Cass. civ., 15-1-1991, Conseil départemental de l'ordre des médecins c. Layet (droit de grève), *PA*, 5-6.

— *Droit d'asile.* Le ministre de l'intérieur fait état du nombre de réfugiés politiques ressortissant des États de l'Afrique noire (AN, *Q*, p. 1710), et de l'activité de l'OFPRA (*ibid.*, p. 1175). A cet égard, l'Office a statué positivement, en 1990, sur 15,4 % des demandes présentées (p. 2374). A l'opposé, au cours de l'année 1990, 18 238 décisions de reconduite à la frontière pour séjour irrégulier (soit 9 641 arrêtés préfectoraux et 8 597 décisions judiciaires) ont été prises (p. 2423).

V. Engagement international.

— *Droit de propriété.* Une fois encore (cette *Chronique*, n° 52, p. 185), le *ni, ni* en matière économique n'exclut point l'intangibilité : le décret 91-332 du 4-4 (p. 4567) autorise certaines opérations d'ouverture minoritaires du capital d'entreprises publiques.

— *Droit de suffrage*. La refonte des listes électorales des communes de Corse, indépendamment de la révision annuelle opérée dans les autres communes françaises, ne constitue pas une privation dudit droit, estime le CC le 9-5 (décision 91-290 DC). Il est, en effet, toujours possible (ou... souhaitable) pour toute personne de solliciter son inscription sur la liste *d'une autre commune*, du continent par exemple, si l'on traduit l'intime conviction du juge de la moralité électorale.

V. Elections.

— *Egalité devant la loi*. Fidèle à son interprétation (cette *Chronique*, n° 57, p. 184), le CC a rappelé, le 23-5 (décision *Dotation de solidarité urbaine*) que ce principe constitutionnel *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit*. Sous ce rapport, la spécificité de la région d'Ile-de-France justifie l'existence d'un mécanisme propre de redistribution des ressources en faveur des communes disposant d'un faible potentiel fiscal.

— *Egalité devant la loi (suite)*. Un manquement a été relevé par le CC (décision 91-290 DC, 9-5) s'agissant d'une incompatibilité édictée par les élus de Corse, jugée discriminatoire par le Sénat, sans aucune justification découlant de la spécificité de la collectivité territoriale insulaire (art. 7).

En revanche, l'enseignement de la langue et de la culture corses ne contrevient pas au principe d'égalité, dès lors qu'il ne revêt pas un caractère obligatoire ; de la même façon que les élèves scolarisés dans les établissements de ladite collectivité territoriale sont soumis aux droits et obligations de tous les usagers du service public de l'enseignement (art. 53 al. 2) (décision précitée). S'agit-il de la refonte des listes électorales de l'île, le législateur est fondé à déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, selon l'interprétation classique du juge constitutionnel.

Dans une mise en perspective, celui-ci indique (décision 91-290 DC), que *la législation électorale ne confère pas aux citoyens une totale liberté de choix de leur lieu d'inscription sur les listes électorales (art. L. 11 du code électoral)*, de même que le principe constitutionnel de l'égalité du suffrage interdit les inscriptions multiples (art. L. 10). Or, en l'état des informations fournies lors des débats parlementaires, relève le CC (à défaut d'évoquer la commune renommée), les listes électorales des communes de Corse présentent des *particularités* (qu'en termes pudiques, les choses sont dites !) qui autorisent la loi (art. 85) à arrêter des *modalités spécifiques* de refonte des listes électorales. Le vote des contribuables corses qui résident sur le continent pourrait, à bon droit, être rationalisé, si l'on ose s'exprimer ainsi.

V. République.

— *Egalité des sexes*. La nomination de Mme Edith Cresson à la fonction de Premier ministre (décret du 15-5, p. 6472) consacre une réelle

avancée. Les femmes seraient-elles sur le point de ne plus entrer en politique par *effraction*, comme le prétendait jadis Léon Blum ?

Après le département de la Lozère, celui du Calvados a élu président du conseil général Mme Anne d'Ornano, le 26-4 (*Le Monde*, 28-4).

V. Gouvernement.

— *Liberté d'aller et venir*. L'art. 78-2 du code de procédure pénale prévoit qu'une personne interpellée à l'occasion d'un contrôle d'identité peut justifier de son identité par tout moyen. La preuve par témoignage est également admise, précise le ministre de l'intérieur (AN, Q, p. 1338).

— *Liberté de communication*. M. Igor Barrère ayant démissionné du CSA, le président Fabius a nommé le 16-4 (p. 5040), en remplacement, Mme Monique Dagnaud, chargée de recherches au CNRS.

En outre, pour la première fois, l'instance de régulation a infligé, le 17-5 (décision 91-391), une sanction à la société TFL, en la condamnant à diffuser immédiatement avant le journal de 20 heures, le 28-5, un communiqué dénonçant des scènes de violence ou de sadisme d'émissions destinées aux enfants (p. 6807).

— *Solidarité nationale*. La décision *Dotation de solidarité urbaine*, rendue par le CC, le 23-5 (91-291 DC, p. 6236), consacre la valeur constitutionnelle de ce principe proclamé par le préambule de la Constitution de 1946 (al. 12).

MAJORITÉ

— *Discipline*. La convention nationale du PS a confirmé les sanctions prononcées par le premier secrétaire à l'encontre des parlementaires qui n'avaient pas voté en faveur de la déclaration sur laquelle le Gouvernement avait engagé sa responsabilité le 16-1 à propos de la guerre du Golfe (cette *Chronique*, n° 58, p. 146) : 7 députés et 2 sénateurs sont suspendus de délégation jusqu'à la fin de la session ; MM. Dray, Mélenchon, Carraz et Gallo subiront le même sort jusqu'à la convention de rentrée du PS (*Le Monde*, 9-4).

— *Intermittences*. La pratique des majorités tournantes s'est poursuivie, avec quelques difficultés : le 16-4, M. Bérégovoy a dû ainsi ajourner la suite de la discussion du projet sur les caisses d'épargne jusqu'au 6-5, et le vote de la réforme hospitalière, prévu le 22, a été reporté au 29 avec recours au 49-3 (v. *Responsabilité du Gouvernement. Vote personnel*). En revanche, M. Bruno Durieux, demeuré ministre de la santé dans le Gouvernement Edith Cresson, a été plus heureux pour la nouvelle lecture de ce dernier texte qui a été adopté le 19-6 avec la seule opposition

des communistes et de 2 UDC, le RPR et l'UDF ne prenant pas part au scrutin (pour un bilan des majorités législatives du Gouvernement Rocard : J.-L. Andréani, *Le Monde*, 9/10-6).

OPPOSITION

— *Bibliographie.* F. Goguel, Les « primaires à la française », *BPF*, 1991, p. 191.

— *Nomination de présidents de commissions d'enquête et de contrôle.* Pour la première fois, sous cette législature, deux députés de l'opposition ont été élus, le 29-5 : M. Jean-François Deniau (UDF) préside la commission d'enquête sur le financement des campagnes électorales et des partis politiques depuis 1958 (*JO*, p. 7222), tandis que M. Yves Fréville (UDC) dirige la commission de contrôle sur les premiers cycles universitaires. Cependant, les deux rapporteurs appartiennent à la majorité (MM. Jean Le Garrec et Jean Giovannelli) (*ibid.*).

— *Nomination de rapporteurs.* A nouveau (cette *Chronique*, n° 57, p. 190) la commission des lois de l'AN a jeté son dévolu sur un membre de l'opposition. M. Jean-Jacques Hyst (UDC) a été, à cet effet, désigné rapporteur du projet de loi instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation (AN, p. 1339). Mme Nicole Catala (RPR) avait préalablement rapporté le projet de loi portant réforme des procédures civiles d'exécution (p. 981).

En revanche, selon une pratique courante, la qualité de rapporteur budgétaire est attribuée à des membres de l'opposition ; de la même façon en ce qui concerne des projets de loi portant autorisation de ratifier des engagements internationaux.

ORDRE DU JOUR

— *Adoption simplifiée.* La modification du RAN adoptée le 7-5 substitue aux procédures abrégées (v. *Vote sans débat et débat restreint*) une procédure d'adoption simplifiée qui peut être demandée en conférence des présidents par le président, le Gouvernement, le président de la commission saisie au fond ou un président de groupe ; elle est décidée si aucune opposition ne s'est manifestée, au plus tard la veille de la discussion du texte. Les amendements sont recevables jusqu'à l'expiration du délai d'opposition ; passé ce délai, si le Gouvernement dépose un amendement, le texte est retiré de l'ordre du jour, mais, pour respecter la priorité de l'art. 48 C, il peut être inscrit à l'ordre du jour de la séance suivante et la discussion se déroule alors dans les conditions de droit commun. La discussion générale est supprimée ; lorsque le texte n'a fait l'objet d'aucun amendement, le président met aux voix l'ensemble ; dans le cas contraire,

le président n'appelle que les articles qui font l'objet d'amendements sur lesquels peuvent seuls intervenir le Gouvernement, la commission, l'auteur de l'amendement et un orateur contre ; sont seuls mis aux voix les amendements et les articles concernés (sous réserve du vote bloqué), et l'ensemble (art. 103 à 107 RAN).

La nouvelle procédure a été inaugurée le 7-6 pour l'examen en deuxième lecture du projet sur l'institution nationale des invalides (p. 2908). En revanche, le président du groupe communiste s'est opposé le 12-6 (p. 3028) à son application au projet autorisant l'approbation d'un accord sur la transmission des procédures répressives.

— *Ajournement.* La démission du Gouvernement de M. Rocard le 15-5 a entraîné l'annulation de la séance des questions à l'Assemblée, qui a laissé à son président le soin de la convoquer (p. 2185). Il en a été de même au Sénat.

— *Les limites de la priorité.* La conférence des présidents ayant refusé que le Sénat siège le samedi 15 et le lundi 16 pour terminer l'examen du projet relatif à l'administration territoriale de la République, le ministre chargé des relations avec le Parlement publia un communiqué estimant que la Haute Assemblée avait « créé les conditions d'une suspension *sine die* de la discussion » de ce texte (l'ordre du jour prioritaire qu'il avait fixé ne permettant pas d'insérer la fin de sa discussion). Dans un rappel au règlement, le 13-6, le président de la commission des lois, M. Jacques Larché (UREI), a constaté que le Gouvernement avait fondé les prévisions de l'ordre du jour sur des délais de délibération sans rapport avec la réalité (p. 1640).

— *Ordre du jour complémentaire.* La conférence des présidents a proposé l'inscription le 7-5 de la résolution modifiant le RAN (v. *Assemblée nationale*) et de la proposition déposée par les mêmes signataires tendant à instituer la publicité des auditions des commissions d'enquête et de contrôle.

PARLEMENT

— *Bibliographie.* H. Message, Budget et Parlement, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, t. II, p. 196, Economica, 1991 ; D. Quinty et G. Joly, Le rôle des parlements européens et nationaux dans la fonction législative, *RDP*, 1991, p. 391.

— *Conférence des présidents des assemblées parlementaires des Etats membres de la Communauté et du Parlement européen.* Elle s'est tenue à Berlin, les 10/11-5 (*BAN*, 78, p. 26).

V. *Assemblée nationale. Sénat.*

PARLEMENTAIRES

— *Condition d'anciens parlementaires.* Depuis 1981, six d'entre eux (s) ont été nommés aux fonctions d'inspecteur général dans diverses administrations, indique le Premier ministre (AN, Q, p. 2276).

— *Représentants du peuple.* L'art. 26 de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, qui confère à l'Assemblée de Corse un pouvoir de proposition en matière législative et réglementaire, prévoyait que ces propositions, transmises au Premier ministre, étaient communiquées aux « parlementaires élus dans les départements de Corse ». La décision 91-290 DC censure cette disposition au motif que *les membres du Parlement ont la qualité de représentant du peuple*, appelés à ce titre à voter la loi dans les conditions fixées par la Constitution et les dispositions ayant valeur de LO, et qu'il n'appartient pas au législateur de faire bénéficier certains parlementaires de prérogatives particulières dans l'élaboration législative pour la seule raison qu'ils ont été élus dans une circonscription déterminée. Ainsi la doctrine traditionnelle de la représentation, à laquelle le CC n'a pas toujours été fidèle lorsqu'il prenait en considération non les électeurs mais la population des circonscriptions (note Jean Boulouis sous CC, 1^{er} et 2-7-1986, *AJDA*, 1987, 267), retrouve-t-elle toute sa vigueur dans le domaine privilégié de la loi, « expression de la volonté générale ».

— *Rôle.* Le ministre chargé des relations avec le Parlement rappelle les modalités selon lesquelles la représentation nationale a été associée et informée du déroulement de la crise et de la guerre du Golfe C AN, Q, p. 1239). Le dernier exemple étant celui de la réunion ouverte, à l'AN, le 7-3-1991 (p. 3252), de la commission des affaires étrangères, qui a auditionné M. Roland Dumas (cette *Chronique*, n° 58, p. 135).

V. Gouvernement.

PARLEMENTAIRES EN MISSION

— *Nomination.* M. Roger Léron (s), député (Drôme, 1^{er}), a été nommé, par décret du 7-5 (p. 6151) auprès du secrétaire d'Etat à la communication.

PARTIS POLITIQUES

— *Bibliographie.* Eric Dupin, *L'après-Mitterrand. Le Parti socialiste à la dérive*, Calmann-Lévy, 1991 ; Partis et groupements politiques (François Borella, Jean Baudouin, Hugues Portelli, Colette Ysmal, Jean Charlot, Nonna Mayer, Guillaume Sainteny et Michel Offerlé), *BPF*, 1991, p. 84 et s.

— *Comptes*. Après le PS (cette *Chronique*, n° 58, p. 147), le RPR a rendu public son budget (*Le Monde*, 27-4) dont les recettes s'élèvent à 106 millions (64 millions provenant du financement public, 21 millions des cotisations, 16 millions de souscriptions et 3 millions de dons).

— *Financement privé*. La commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques a pris une série de décisions d'agrément d'association de financement (cette *Chronique*, n° 58, p. 147) les 19-4 (p. 6752), 17-5 (p. 7472) et 30-5 (p. 7703). Il s'agit essentiellement de fédérations départementales des partis.

— *Financement public*. Le décret 91-174 du 18-2 répartissant entre les partis les crédits pour 1991 (cette *Chronique*, n° 58, p. 147) a été modifié par le décret 91-420 du 10-5 (p. 6205) pour tenir compte des variations (minimes) du nombre des parlementaires ayant déclaré leur rattachement.

— *Visite présidentielle*. M. François Mitterrand a participé à la réception donnée le 21-5 au siège du PS pour le dixième anniversaire de son élection à la présidence de la République (*Le Monde*, 23-5).

POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

— *Délégation*. Le CC a été appelé à se prononcer, sur le fondement de l'art. 37, al. 2 C, sur la nature juridique de certaines dispositions de l'art. L. 513-13 du code de travail relatif à l'établissement des listes électorales pour l'élection des conseillers prud'hommes. Sachant que les conseils de prud'hommes forment un *ordre de juridiction* et que les *principes fondamentaux* du droit du travail ressortissent à la compétence législative (art. 34 C), le CC a jugé, le 13-6 (décision 91-166 L, p. 7957), que la désignation de l'autorité administrative destinataire d'informations et de la liste des électeurs avait un caractère réglementaire, selon la démarche ordinaire. En revanche, l'obligation faite à tout employeur d'établir la liste des salariés, ainsi que le droit de tout salarié intéressé de présenter des observations sur ladite liste, appartiennent à la loi.

V. Loi.

PREMIER MINISTRE

— *Bibliographie*. J.-M. Colombani, Faire oublier M. Rocard, *Le Monde*, 26/27-5 ; P. Servent, Fausses démissions et vrais licenciements, *ibid.*, 19/20-5 et Les seconds des septennats, 21-5 ; M. Dagnaud, Matignon et les médias, 3/4-4.

— *Condition*. A Chartres, le 23-4, le Premier ministre a résumé, d'une certaine manière, la *méthode Rocard* : *Je suis le spécialiste des coups qui ne*

se voient pas... Je préfère éviter tous [les] gros coups de cymbale et travailler sur ce qui est long, progressif, mais qui marche bien (*Le Monde*, 25-4). M. Rocard devait apporter, le 1^{er}-5, sa contribution à la difficulté existentielle de la fonction : *J'ai le bail locatif le plus précaire de Paris... Je suis dans la position d'un salarié sous contrat à durée déterminée, renouvelable tous les quinze jours* (*Le Figaro*, 17-5). L'avenir devait lui en donner acte.

— *Démission*. Quelques jours après que M. Michel Rocard eut confié : *Le Président a fini par découvrir que j'étais capable de loyauté et je m'aastreins à obéir à ses injonctions* (*Le Monde*, 4-5), l'occasion lui en fut donnée, si l'on en juge par les termes de sa lettre de démission : *A l'heure où il me faut vous présenter la démission de ce gouvernement...* (*ibid.*, 17-5). A ce propos, M. Giscard d'Estaing révèle dans le 2^e tome du *Pouvoir et la vie* que M. Jacques Chirac lui avait remis le 28 mai 1974, au moment d'être nommé Premier ministre, une lettre de démission non datée (p. 80), se conformant ainsi au précédent créé par le général de Gaulle avec Georges Pompidou, en 1967 semble-t-il, et que Georges Pompidou lui-même aurait renouvelé en nommant M. Pierre Messmer en 1972 (Pierre Servent, *Le Monde*, 19/20-5).

— *Intérim*. Deux décrets successifs du 25-4 (p. 5757 et 5853) confient la suppléance du Premier ministre, respectivement à MM. Durafour et Bérégovoy, à l'occasion de ses voyages en Nouvelle-Zélande et en Corée du Sud. En l'absence d'une date de passation des pouvoirs, faut-il se rapporter au changement de méridiens ?

— *Méthode de travail*. Mme Edith Cresson a déclaré renoncer, le 28-5, au petit déjeuner des « éléphants », le mardi, pour le remplacer par un entretien hebdomadaire avec le premier secrétaire du PS et les présidents des groupes socialistes à l'AN et au Sénat. Elle a marqué son désir de réunir une fois par semaine un *groupe de ministres* sur un thème ponctuel (*Le Monde*, 30-5).

— *Nomination*. Pour la première fois, une femme accède à la fonction de Premier ministre : Mme Edith Cresson a été nommée par un décret du 15-5 (p. 6472) en remplacement de M. Michel Rocard. Le 11^e Premier ministre de la V^e République est également le 3^e non-parlementaire, après les précédents de Georges Pompidou en avril 1962 et de Raymond Barre en août 1976. Mais l'intéressée avait naguère occupé un siège de député de la Vienne.

— *Services*. Un décret 91-293 du 19-3 (p. 3928) crée un Conseil national d'aménagement du territoire.

V. *Constitution. Gouvernement. Président de la République. Responsabilité du Gouvernement.*

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

— *Bibliographie.* J.-M. Colombani, Les habits neufs de François Mitterrand, *Le Monde*, 20-3, et Le mandat américain de François Mitterrand, *ibid.*, 14-5 ; E. Plenel, Les cachotteries de l'Élysée, 21-3, et La triste vérité, 23-3 ; Chr. Fauvet-Mycia, Élysée, maison des fidèles, *Libération*, 6-5 ; J. Massot, Le Président de la République et le Premier ministre, *BPF*, 1991, p. 21 ; Th. Pfister, Mitterrand-Rocard : le couple impossible, *Le Figaro*, 17/18-4.

— *Admonestations.* Après que M. Michel Rocard, de passage à Saint-Denis-de-la-Réunion, le 17-3, eut déclaré, face au phénomène de la violence, qu'il n'avait pas de rapport, pas de lien de cousinage, ni de lien de parenté avec le Père Noël (*Le Monde*, 19-3), le chef de l'Etat, au conseil des ministres du 20-3, a incité le Premier ministre et le ministre des DOM-TOM à intensifier la politique de lutte contre l'exclusion (*ibid.*, 22-3), comme naguère (cette *Chronique*, n° 57, p. 193). Sur ces entrefaites, au moment où une réunion des parlementaires insulaires se tenait à Matignon, le 16-4, le maire du chef-lieu était reçu en audience, à l'Élysée (18-4).

— *Collaborateurs.* L'amiral Lanxade, nommé chef d'état-major des armées, est remplacé par le général Quesnot à la tête de l'état-major particulier du Président de la République (p. 5041). A la suite du départ de M. Jacques Attali, conseiller spécial du Président de la République, pour la présidence de la BERD (p. 5215), c'est Mme Anne Lauvergeon, secrétaire général adjoint de la présidence (cette *Chronique*, n° 57, p. 194), qui le remplace dans ses fonctions de représentant personnel du chef de l'Etat, chargé notamment de la préparation des sommets des pays industrialisés (*Le Monde*, 12-4). M. Jean-Louis Bianco, nommé ministre des affaires sociales, a été remplacé au secrétariat général de l'Élysée par M. Huhert Védrine (p. 6790).

— « *Conclaves* ». A l'issue du conseil des ministres du 3-4, le chef de l'Etat a organisé une réunion restreinte à laquelle ont participé le Premier ministre, quelques ministres et le chef d'état-major des armées (*Le Figaro*, 4-4). De la même façon, le 19-6, au terme du *conseil vert*, consacré à l'écologie, un conseil restreint a été consacré à la préparation du Conseil européen de Luxembourg (*ibid.*, 20-6).

— *Conjoint du chef de l'Etat.* Mme Danielle Mitterrand a poursuivi son œuvre humanitaire, en séjournant à la Réunion, au lendemain de manifestations de violence, le 21-3 (*Le Monde*, 22 et 29/30-3) : *L'essentiel, c'est la réinsertion sociale*, devait-elle déclarer, à ce sujet, au *Figaro*, le 2-4. Elle a témoigné par la suite de sa sollicitude aux réfugiés kurdes et tibétains, en se rendant successivement en Iran, le 21-4 (*Le Monde*, 23-4) et en Inde, le 25-4 (*ibid.*, 27 et 30-4). V. D. Schneidermann, Les causes de Danielle Mitterrand, 30-5.

Elle accomplira une visite au Vietnam, le 23-5, puis au Laos et au Cambodge. Toutefois, elle s'est vu interdire à Hanoï de rencontrer un écrivain dissident emprisonné (25-5).

— *Chef des armées*. Dans le cadre d'une action humanitaire, des troupes ont été engagées, le 17-4, à la frontière entre l'Irak et la Turquie en vue de venir en aide aux réfugiés kurdes (*Le Monde*, 19-4).

— « *L'aiguillon* ». Fidèle à sa démarche (cette *Chronique*, n° 57, p. 196), le chef de l'État a invité le Gouvernement, lors du conseil des ministres du 27-3 (*Le Monde*, 29-3), à faire en sorte que les impératifs de rigueur budgétaire ne priment pas sur le respect de la justice sociale. Il récidivera, le 3-4, à propos de l'examen du projet de loi sur l'aide judiciaire (*ibid.*, 5-4).

— « *Le nouvel élan* ». Dans une allocution télévisée du 15-5, le Président de la République a placé le changement de gouvernement sous le signe du grand marché européen de 1993 : *C'est pourquoi j'ai jugé que le nouvel élan auquel je vous ai conviés dès la fin de la guerre du Golfe* (cette *Chronique*, n° 58, p. 150) *devait être animé par un gouvernement identifié à cette tâche* (*Le Monde*, 17-5).

— *Président-législateur*. Selon une inclination (cette *Chronique*, n° 55, p. 221), le chef de l'État a annoncé, le 7-4, que le Gouvernement accordait une remise supplémentaire, à la Pologne, de sa dette publique (*Le Monde*, 9-4). Au terme d'une formule caractéristique, le Gouvernement a arrêté des mesures, tendant à doubler le nombre d'ingénieurs, *conformément à la demande du Président de la République*, indique le Premier ministre (AN, Q, p. 1757).

— *Ratification et signature des traités* (art. 52 C). Le ministre des affaires étrangères dresse la liste des 7 traités signés personnellement, à ce jour, par le chef de l'État (AN, Q, p. 1495) : du traité de l'Élysée du 22-1-1963 à celui se rapportant aux forces conventionnelles en Europe, du 19-11-1990.

— *Rectification*. Selon le président de l'Union calédonienne, reçu à l'Élysée le 24-5, M. Mitterrand aurait déclaré que « les accords de Matignon n'aurait jamais été signés » s'il n'avait pas « donné l'ordre à M. Michel Rocard d'aller dans ce sens ». Au conseil des ministres du 29, le chef de l'État a indiqué qu'il n'aurait pas eu « l'indélicatesse de diminuer les mérites » de son ancien Premier ministre, qui avait traité « avec intelligence » le dossier de Nouvelle-Calédonie (*Le Monde*, 31-5).

— *Révolution du rituel ?* A l'opposé des années écoulées (cette *Chronique*, n° 55, p. 221), le chef de l'État a gravi la roche de Solutré, le lundi de Pentecôte, le 20-5, mais en s'abstenant de tout propos (*Le Monde*, 21/22-5).

— *Un dialogue fracassant.* Au maire de Grenoble, M. Alain Carignon, qui souhaitait le 31-5 que les Français relèvent « le défi de la réconciliation », le chef de l'Etat a répondu que la réconciliation ne doit pas empêcher que « la vie civique s'aiguise » et qu'il fallait que « s'engage un dialogue quelquefois fraeassant afin de passionner les masses et de mobiliser un pays comme le nôtre » (*Le Monde*, 2/3-6).

V. *Autorité judiciaire. Conseil des ministres. Gouvernement. Premier ministre.*

QUESTION PRÉALABLE

— *Au Sénat.* Cette motion de procédure a été votée une nouvelle fois (cette *Chronique*, n° 57, p. 197) le 11-4 à l'encontre du projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, en nouvelle lecture.

V. *Bicamérisme.*

QUESTIONS

— *Question orale européenne.* Le Sénat a mis en œuvre pour la première fois, le 23-5, la nouvelle procédure de question orale avec débat portant sur un sujet européen instituée le 13-12-1990 (cette *Chronique*, n° 57, p. 197), avec une question à Mme Guigou, ministre délégué aux affaires européennes, du président de la délégation pour les communautés, M. Genton (UC), sur les modalités permettant aux Parlements nationaux de jouer leur rôle dans le développement de la Communauté.

QUORUM

— *Applications.* Le vote sur les amendements à l'art. 1^{er} du projet de loi portant statut de la région de Corse (*le peuple corse*) ayant été réservé, le président du groupe UDF, M. Charles Millon, demanda la vérification du quorum le 3-4 à 1 h 45. Le quorum n'étant pas atteint, la séance a été levée à 2 h 05 (p. 698). A la reprise, à 3 h 05, la nouvelle rédaction de l'art. 1^{er} a été adoptée par scrutin unique. La précédente application du quorum remontait au 30-5-1990 (cette *Chronique*, n° 55, p. 222). L'art. 61, al. 2 et 3 RAN, a été de nouveau invoqué par M. Millon le 19-6 avant le vote bloqué sur l'ensemble de la réforme hospitalière en nouvelle lecture (p. 3361) ; le scrutin est intervenu à l'ouverture de la séance suivante, le quorum n'étant pas réuni (p. 3365).

V. *Vote. Vote bloqué.*

RAPPEL AU RÈGLEMENT

— *Interpellation*. Le détournement de procédure se consolide au Sénat (cette *Chronique*, n° 57, p. 198). C'est ainsi que le 23-4, après les interventions de MM. Lucotte (UREI), Huchon (UC), Lederman (C) et Pasqua (RPR) sur le malaise de la justice, M. Kiejman, ministre délégué auprès du garde des Sceaux, leur a répondu. La Haute Assemblée a décidé de suspendre ses travaux momentanément en signe de protestation.

En ce qui concerne les événements de Mantes-la-Jolie, M. Sueur, secrétaire d'Etat aux collectivités locales, a répondu aux demandes d'explications de MM. de Catuelan (UC) et Lederman (C), le 11-6.

RÉFÉRENDUM

— *Consultations locales*. Les habitants de Libercourt (Pas-de-Calais) ont refusé, le 28-4 (*Libération*, 29-4), l'extension de la mosquée ; de la même façon que ceux de Marchais (Aisne) s'opposaient, le 2-6 (*ibid.*, 3-6), à un échange de terres avec le prince Rainier de Monaco.

RÉPUBLIQUE

— *Bibliographie*. Th. Celerier, Peuple et peuples en droit français, *PA*, 1^{er}-4 ; D. Chagnollaud, L'évolution des institutions de la V^e République, *BPF*, 1991, p. 16 ; O. Duhamel, L'année politique, *Universalis*, 1991, p. 268 ; J. Foyer et G. Lardeyret, Dérive institutionnelle, *Le Monde*, 18-4 ; Le discours de Bayeux. Hier et aujourd'hui. Actes du colloque de Bayeux, 1990, *Economica*, 1991.

— *Indivisibilité (art. 2 C)*. L'art. 1^{er} du projet de loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse qui consacrait l'existence du *peuple corse*, *composante du peuple français* a été déclaré non conforme, le 9-5, par le CC (décision 91-290 DC).

Au terme d'une recherche historique et sémantique, le juge, après avoir relevé la permanence de la référence faite au peuple français dans l'histoire constitutionnelle, est fondé à estimer que ce *concept juridique* a valeur constitutionnelle. On sait que les fondateurs du droit public français, en 1789-1791, ont lié, de manière indissoluble, ce concept à ceux de souveraineté nationale et d'égalité entre les membres de la nation. L'art. 2 C s'inscrit, à l'évidence, dans cette démarche en posant *le principe de l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ; au même titre l'art. 3 C confère au peuple la qualité de titulaire de la souveraineté nationale. Ainsi replacé dans son contexte, la notion de *peuple corse* aboutit à nier l'égalité des citoyens français devant la loi. Le Conseil, tout en se déclarant ouvert à toute adaptation administrative, ne pouvait

affecter l'unité du corps politique, sans redouter demain d'autres applications ou pis encore, des exclusions.

— *Tradition républicaine.* Des parlementaires ayant suggéré que des contingents alliés, ayant participé à la guerre du Golfe, défilent aux côtés de l'armée française, le 14 juillet, se sont vu opposé un refus par le Premier ministre : *Selon la tradition, seules les troupes étrangères ayant combattu sur le sol français peuvent être admises à l'honneur de défilé sur les Champs-Élysées (Le Figaro, 10-4).*

L'impression du papier à en-tête officiel de la commune n'est soumise à aucune règle particulière, précise le ministre de l'intérieur (AN, Q, p. 2210).

RESPONSABILITÉ DU GOUVERNEMENT

— *Article 49, al. 2 C.* La motion de censure déposée par les trois groupes de l'opposition le 9-4 pour dénoncer « la confusion des pouvoirs », a recueilli 261 voix le 11 (p. 1101) : 126 RPR sur 127, 89 UDF sur 90, 39 UDC sur 39, et 7 NI sur 21.

— *Article 49, al. 3 C.* Pour la 28^e fois, la responsabilité du Gouvernement de M. Michel Rocard a été engagée le 29-4, sur la réforme hospitalière (12^e texte adopté selon cette procédure), par lettre du Premier ministre en voyage officiel en Nouvelle-Zélande lue par le ministre chargé des relations avec le Parlement : « Un 49-3 des antipodes ! » (M. Toubon, p. 1847). Bien que l'art. 155, 1 RAN dispose que dans ce cas le débat est suspendu, M. Hage qui présidait a donné la parole pour un rappel au règlement à MM. Pandraud (RPR), Clément (UDF) et Calmat (S) en les invitant à ne pas « rouvrir le débat ». Aucune motion de censure n'a été déposée.

Mme Edith Cresson a engagé la responsabilité du Gouvernement le 12-6 sur le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (p. 3100). Une motion de censure déposée le 13 par les trois groupes de l'opposition (p. 3126) a recueilli 265 voix le 17 : 126 RPR sur 127 (tous sauf M. de Bénouville), les 90 UDF, les 39 UDC et 10 NI.

SÉANCE

— *Motions de procédure.* Les modalités de discussion des exceptions d'irrecevabilité et des questions préalables, qui s'inspiraient de la discussion des amendements, ont été modifiées le 7-5 (v. *Assemblée nationale*). Dans la nouvelle rédaction de l'art. 91 RAN, l'intervention d'un orateur « contre » est remplacée par une explication de vote de 5 minutes par groupe ; mais l'accord n'a pu être obtenu pour une limitation du temps de

parole de l'auteur comme l'avait instituée le Sénat (cette *Chronique*, n° 39, p. 177).

L'application des nouvelles dispositions a donné lieu à une certaine confusion, M. Robert-André Vivien (RPR) s'étonnant que personne ne réponde à la question préalable opposée par M. Michel Giraud (RPR) au projet de loi d'orientation sur la ville le 28-5 (p. 2329). La première exception d'irrecevabilité a été soulevée par M. Mazeaud sur la convention d'application de l'accord de Schengen le 3-6 (p. 2662).

SÉNAT

— *Bibliographie*. Sénat, analyse des discussions législatives et des scrutins publics, 1990-1991, 1^{re} session ordinaire et 1^{re} session extraordinaire, 1991.

— *Informatique*. Le Sénat a ouvert son fonds documentaire sur minitel (BIRS, 491, p. 20).

— *Organisation*. Le bureau a institué le 17-4 un service de la communication qui comprend une division de l'information et une division de la presse (BIRS, 489).

— *Réception*. Le président du Sénat et Mme Alain Poher ont donné, le 10-4, au Palais du Luxembourg, une réception que le Président de la République et Mme François Mitterrand ont honoré de leur présence, pour la première fois depuis 1981 (*Le Figaro*, 11-4). Le chef de l'Etat s'y était rendu, cependant, en 1983, à l'occasion d'une exposition consacrée à René Coty.

— *Représentations de la collectivité territoriale de Corse*. Dans la ligne de sa décision du 25-2-1982 (GD, p. 504), le CC a jugé, le 9-5 (91-290 DC) que l'entrée en vigueur d'une loi instituant une nouvelle catégorie de collectivités territoriales n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'une LO, visée à l'art. 25 C, s'agissant du nombre de chaque assemblée parlementaire. Par surcroît, la Haute Instance interprète, en ces termes, l'art. 24 C : *J's'il/ impose que les différentes collectivités territoriales soient représentées au Sénat, il n'exige pas que chaque catégorie de collectivités dispose d'une représentation propre.*

A tout prendre, l'art. LO 274 du code électoral implique le principe que les sénateurs soient élus dans le cadre du département. Au cas particulier, les conseillers de l'Assemblée de Corse sont substitués aux conseillers régionaux, au soin des collèges électoraux sénatoriaux (nouvelle rédaction des art. L. 280 et s., et L. 293-1 à L. 293-3) du code électoral.

V. *Collectivités territoriales. Contentieux électoral. Elections. Question préalable. Rappel au règlement.*

SESSION EXTRAORDINAIRE

— *Clôture*. Le décret du 28-3 (p. 4352) met un terme à la seconde session extraordinaire (cette *Chronique*, n° 58, p. 155).

VOTE

— *Bibliographie*. E. Peuchot, Droit de vote et condition de nationalité, *RDP*, 1991, p. 481.

— *Erratum*. Le CE a rendu, le 16-11-1990, un arrêt Chapius et Klein (cette *Chronique*, n° 58, p. 155).

— *Vote acquis*. Saisi de réclamations contre l'adoption par 287 voix contre 286 du projet sur l'administration territoriale de la République, le bureau de l'AN a confirmé ce résultat le 9-4 en rappelant le principe du vote acquis consacré par l'art. 68, al. 4 du RAN, selon lequel « aucune rectification de vote n'est admise après la clôture du scrutin » (cette *Chronique*, n° 54, p. 209). « Toutefois, le bureau déplore vivement la confusion, à propos d'une instruction de vote, qui a donné lieu à des incidents regrettables » (p. 981). (V. *Vote personnel*). Bien que dépourvues de valeur juridique, les rectifications de vote ont une portée politique, et si, en l'occurrence, l'auteur du vote litigieux, M. Gerrer (UDC), fit savoir qu'il avait voulu ne pas prendre part au scrutin au lieu de voter pour, cette rectification fut suivie d'autres de sens contraires, au terme desquelles il ressortait que le projet disposait bien d'une voix de majorité, comme le constata le ministre chargé des relations avec le Parlement, le 24-4 (p. 1675).

VOTE BLOQUÉ

— *Assemblée nationale*. Le scrutin unique a été demandé une vingtaine de fois depuis le 20-3, et dans deux cas le vote a été remplacé par l'engagement de la responsabilité du Gouvernement : sur la réforme hospitalière le 25-4, et sur les diverses dispositions d'ordre économique et financier le 12-6 (v. *Responsabilité du Gouvernement*). Cette pratique témoigne d'un nouvel usage de l'art. 44, al. 3, qui sert à pallier l'absence de majorité dans l'hémicycle, la réserve de vote remplaçant le recours au scrutin public, naguère employé en pareil cas, mais rendu aléatoire par la situation de majorité relative. En revanche, l'art. 49-3 était prévu pour la nouvelle lecture de la réforme hospitalière, qui a finalement été adoptée par un simple vote bloqué le 19-6 (v. *Majorité*).

VOTE PERSONNEL

— *Application*. La conférence des présidents avait prévu d'expérimenter le vote personnel sur le projet de réforme hospitalière, mais le scrutin sur l'ensemble, plusieurs fois reporté et qui devait intervenir le 30-4, n'a finalement pas eu lieu, le Gouvernement ayant dû recourir à l'article 49-3 C, faute de majorité. V. *Responsabilité du Gouvernement. Vote bloqué*.

— *Incidents*. L'adoption à une voix de majorité du projet sur l'administration territoriale de la République a donné lieu, le 8-4, à un incident entre deux députés socialistes et un député centriste au sujet du vote de M. Gerrer (UDC) qui avait laissé une consigne de vote pour, alors que le président de son groupe avait donné l'instruction de le considérer comme ne prenant pas part au scrutin ; après une bousculade, la clé a été tournée en faveur de l'adoption (p. 932). En nouvelle lecture de la réforme hospitalière, le 19-6, la disparition de certaines clés a provoqué de nouveaux incidents, M. Millon, président du groupe UDF, rappelant qu'il avait été décidé en conférence des présidents que chaque président de groupe devait être responsable des pouvoirs de son groupe (p. 3361). V. *Vote*.

VOTE SANS DÉBAT ET DÉBAT RESTREINT

— *Disparition*. Après que la censure du CC l'eut empêché de faire son entrée dans le règlement du Sénat (cette *Chronique*, n° 57, p. 202), le vote sans débat disparaît de celui de l'AN, au profit de la procédure d'adoption simplifiée (v. *Ordre du jour*).

— *Débat restreint*. Disparu du RAN en même temps que le vote sans débat, le vote après débat restreint a été introduit dans le RS (cette *Chronique*, n° 57, p. 202), et appliqué pour la première fois, le 10-6, pour l'adoption de la proposition tendant à supprimer les sanctions contre les avocats (*BIRS*, n° 495).

Pouvoirs-Biblio

BIOGRAPHIE

Patrick de VILLEPIN, *Victor Marguerite. La vie scandaleuse de l'auteur de « La Garçonne »*. Préface de J.-B. DUROSELLE, Paris, Editions François Bourin, 1991, 390 p. Cette biographie est intéressante à la fois par sa peinture de la bourgeoisie parisienne aisée autour du début du siècle et par l'itinéraire tourmenté d'un écrivain à succès, apôtre du féminisme, ancien officier devenu pacifiste, tenté tour à tour par le communisme et le fascisme, qui choisit pour finir en 1940 la voie de la collaboration pure et dure avec l'Allemagne.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Dominique ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1990, 404 p. L'étude du contentieux constitutionnel est encadrée par une présentation du Conseil constitutionnel et une réflexion sur la formation d'un nouveau droit constitutionnel. Une synthèse complète et intelligente qui ouvre des voies nouvelles.

IDÉES

Jean PETOT, *Le grand dilemme. L'autoritarisme en question*, Paris, La Pensée universelle, 1991, 390 p. L'effondrement des régimes marxistes marque-t-il la fin de la contrainte, du despotisme, de la tyrannie ? L'autoritarisme n'est pas mort avec Brejnev ou Ceaucescu, il dispose encore de justifications propres à séduire les hommes et il prospère de façon souterraine dans nos démocraties.

Jean-Christophe RUFIN, *L'Empire et les nouveaux barbares*, Paris, Lattès, 1991, 250 p. L'effondrement du monde communiste laisse l'Occident sans adversaire, sans repoussoir. Son absence devient incontestablement inconfortable. Le Sud se prépare-t-il alors à assumer ce rôle ? Un nouveau *Limes* se dessine, au nord duquel les démocraties devront défendre leur civilisation.

INSTITUTIONS

Dominique CHAGNOLLAUD, *Bilan politique de la France de 1991. Les Institutions, Les Partis, La vie politique, Les débats*, Paris, Hachette, 1991, 254 p. Synthèses de quelques pages, points de vue et articles d'humeur en une centaine de lignes, statistiques, bibliographies, chronologies. L'année 1991 est étudiée sous tous les angles. Commentaires et réactions s'efforcent d'éclairer l'événement. Bienvenue à cette nouvelle collection.

Georges Pompidou. *Hier et aujourd'hui*. Colloque des 30 novembre et 1^{er} décembre 1989, Paris, Editions Breet, 1990, 352 p. Les témoins retrouvent toujours, sous le feu des questions, au fond de leur mémoire, des souvenirs endormis et contribuent ainsi à l'écriture de l'histoire.

SYSTÈMES ÉTRANGERS

Marie-Claude BERGÈRE, Lucien BIANCO, Jurgen DOMES, *La Chine au XX^e siècle. De 1949 à aujourd'hui*, Paris, Fayard, 448 p. De Tian' An Men 1949 à Tian' An Men 1989, la Chine a connu quarante ans de régime communiste, le temps pour lui de perdre sa légitimité après l'avoir un moment sauvée avec la modernisation tentée par Deng Xiaoping. L'ouvrage fait le bilan, politique, économique et culturel de cette période, sans oublier d'analyser l'insertion de la Chine dans les relations internationales.

Christian COULON et Denis-Constant MARTIN, *Les Afriques politiques*, Paris, La Découverte, 1991, 296 p. Où en est l'Afrique ? Les indépendances s'éloignent et le bilan convenu est triste et pessimiste. Les spécialistes réunis par Christian Coulon et Denis-Constant Martin ont honnêtement tenté d'aller y voir plus près et ils ont découvert un foisonnement d'aspirations et d'initiatives par lesquelles une histoire se fait avec sa part d'emprunts à l'extérieur et au passé, d'improvisations et d'originalités.

François-Charles MOUGEL, *Elites et système de pouvoir en Grande-Bretagne, 1945-1987*, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 1990, 474 p. Il existe 5 à 6 000 personnes qui exercent le commandement dans quatre zones de pouvoir (politique, économique et sociale, administrativo-judiciaire et médiatico-culturelle) que recense l'auteur dans sa première partie. La seconde partie analyse leurs rapports depuis la victoire travailliste de 1945, comme la concurrence entre la *ruling-class* traditionnelle et la contre-élite qui ne l'a pas supplantée.

Summaries

Ronald DWORKIN. — **Constitutional controversy.**

First of all, jurists are divided over fundamental issues of political ethic, such as the proper justification of individual rights. Then, different methods of interpretation are opposed, namely the doctrine of original intent, the doctrine of passive interpretation and the doctrine of constitutional integrity. In the end, two different conceptions of democracy are at stake.

Marie-France TOINET. — **Power and weaknesses of the Supreme Court.**

The weapons which the Supreme Court has to impose its will are next to nothing. This explains why the United States does not have a « judges government ». To be heard, the Court must convince. Its power is moral : there is no political legitimacy without the Supreme Court's legitimatization.

James CEASER. — **The selection process for Justices.**

This article discusses the selection process for Justices of the United States Supreme Court. The process has always involved political considerations in the broadest sense, but it became more highly politicized during the last decade and especially during the bitter struggle over the nomination of Judge Robert Bork, 1987. President Reagan and President Bush nevertheless succeeded in changing the Court's basic direction, and some of the recent characteristics of the process may well prove to be short-lived.

F. L. MORTON. — **The opinion-writing in the Supreme Court.**

A review of the opinion-writing process in the American Supreme Court highlights contradictory developments. As it increasingly chooses to hear very controversial political cases, the Court is less likely to produce a single opinion. But the publication of concurring and dissenting opinions tends to mine the authority of its decisions. This willingness of the Supreme Court to hear controversial political cases has also modified the function of the Justices. They no longer try to determine the « real

sense » of the Constitution but to adapt a series of « constitutional principles » to the values and needs of the contemporary society.

Patrick JUILLARD. — The judicial policy of the Supreme Court : establishment of a single market and furtherance of civil liberties.

Is there anything like a « judicial policy » of the Supreme Court ? Courts do not indulge into politics and judges are not politicians. However, over the years, it is true that the Supreme Court has shown particular concern for certain issues, for no other reason that peaceful resolution of these issues by the judiciary was essential to the maintenance of the social fabric and by the same token of an orderly government. The author focuses on two such issues which she feels to be of particular relevance in connection with the recent developments of the European Communities : one is the establishment of a single, unified market in the United States ; the other is the furtherance of individual freedoms.

Jodie and Laurent COHEN-TANUGI. — « A recent flag-burning case ».

Using the recent flag-burning case as an illustration, this article examines the mechanisms of constitutional review in the United States and the interaction between law and politics that sometimes results. The authors conclude with a few remarks concerning the French system.

Jean BEAUTÉ. — The division of power between Nation and States.

The decisions of the Supreme Court on the division of Power between Nation and States date back to *McCulloch* (1819), the opinion of Chief Justice Marshall in the case being commonly regarded as his greatest state paper. *Garcia* (1985) is now the pathmarking decision and the Xth Amendment is simply a « truism ». The US Congress can operate as it wants ! Only, its self-restraint can protect the States autonomy !

Roger PINTO. — Death and the Supreme Court : The Death Penalty and Abortion.

The suppression of the death penalty and the right of abortion deeply divide the American society. In 1972, the Supreme Court fell short of declaring the death penalty unconstitutional. However it greatly reduced the number of cases to which it could apply. At the same period, it established a woman's constitutional right to have an abortion. But since 1989 a « conservative majority » has seriously backed up on this issue. Without an unforeseeable pressure from the public or developments within the Court itself, the Bill of Rights is unlikely to be firmly reasserted. This may be made easier the strengthening in international

common law of those fundamental human rights which are recognised by all civilized nations.

Pierre BOURETZ. — **Affirmative action or the misfortunes of equality.**

With the technique of Affirmative Action, the Supreme Court has offered America an image of both its ideals and its contradictions. A fragile legal precedent establishes that discrimination can be fought by dealing with citizens in a differentiated fashion. But this raises questions of fairness and justice. The debate on this issue highlights the present controversies about the Constitution and illustrates some of the antinomies of the judicial and political principles.

JOURNAL

Bruno GENEVOIS. — **Is the jurisprudence of the « Conseil constitutionnel » unpredictable ?**

Valérie MAYER. — **The Canadian Supreme Court and the democratic process : Political impact and redefinition.**

Anne-Marie LE BOS-LE POURHET and Evelyne PISIER. — **A debate about Bioethics.**

Pierre ASTIÉ and Dominique BREILLAT. — **Foreign notes, 15 March - 20 June.**

Pierre AVRIL and Jean GICQUEL. — **French constitutional chronicle, 20 March - 20 June.**

Pouvoirs-Biblio.

Le Directeur de la Publication : Jean GICQUEL.

Imprimé en France, à Vendôme
Imprimerie des Presses Universitaires de France
ISBN 2 13 043673 0 — ISSN n° 0152 0768 — Imp. n° 37 579
CPPAP n° 59 303
Dépôt légal : octobre 1991
© Presses Universitaires de France, 1991
108, boulevard Saint-Germain, 75006 Paris

POUVOIRS

revue trimestrielle

- | | | | |
|------|---------------------------------------|------|-------------------------------------------|
| 1977 | 1. l'alternance | 1986 | 36. le ministre |
| | 2. le parlement européen | | 37. la Grande-Bretagne |
| | 3. qui gouverne la Chine?* | | 38. l'armée |
| 1978 | 4. la V ^e République* | | 39. Mai 1968 |
| | 5. le consensus* | 1987 | 40. des fonctionnaires politisés? |
| | 6. l'Union soviétique* | | 41. le Président |
| | 7. le régime représentatif | | 42. la tradition politique |
| 1979 | 8. l'Espagne démocratique | | 43. la Suisse |
| | 9. le giscardisme* | 1988 | 44. le Sénat |
| | 10. les pouvoirs de crise | | 45. l'U.R.S.S. |
| | 11. psychanalyse | | de Gorbatchev |
| 1980 | 12. les régimes islamiques | | 46. droit administratif, bilan critique |
| | 13. le Conseil constitutionnel | | 47. l'immigration |
| | 14. élire un président | 1989 | 48. Europe 1993 |
| | 15. la négociation* | | 49. la V ^e République (30 ans) |
| 1981 | 16. la justice | | 50. 1789-1989 |
| | 17. le pouvoir dans l'Eglise | | histoire |
| | 18. Italie | | constitutionnelle |
| | 19. régions | | 51. télévision |
| 1982 | 20. la gauche au pouvoir | 1990 | 52. démocratie |
| | 21. le système communiste | | 53. le ministère des finances |
| | 22. la R.F.A. | | 54. la Belgique |
| | 23. l'impôt | | 55. droit pénal, bilan critique |
| 1983 | 24. le maire | 1991 | 56. bioéthique |
| | 25. les pouvoirs africains* | | 57. nationalismes |
| | 26. le pouvoir syndical | | 58. la France en guerre |
| | 27. le mendésisme | | 59. la Cour suprême |
| 1984 | 28. le R.P.R. | | |
| | 29. les Etats-Unis* | | |
| | 30. l'école | | |
| | 31. la corruption | | |
| 1985 | 32. la représentation proportionnelle | | |
| | 33. les sondages | | |
| | 34. l'Assemblée | | |
| | 35. le Japon* | | |

A paraître

- | | |
|------|----------------------|
| 1992 | 60. décentralisation |
| | 61. Sport |

la Cour suprême des Etats-Unis

Quelles sont les grandes controverses constitutionnelles aux Etats-Unis ? Ronald Dworkin établit les liens entre les débats juridiques relatifs à l'interprétation de la Constitution et les choix de philosophie politique. Comment la Cour suprême est-elle parvenue à s'imposer alors qu'elle est si désarmée pour imposer ses décisions ? Marie-France Toinet démontre que la puissance est morale, et que c'est elle qui légitime les grandes décisions politiques. Comment sont sélectionnés les juges ? James Ceaser décrit les étapes d'un processus qui se politise de plus en plus. Opinion majoritaire, opinion dissidente, Frederick Morton explique comment se fabriquent les arrêts et les effets de ces types de rédaction sur la Cour. Quelles sont les lignes de force de la jurisprudence ? Patrick Juillard insiste sur l'établissement d'un marché unique et le renforcement des libertés, riches d'enseignement pour la construction européenne. Privilégier le patriotisme ou la liberté d'expression ? En décortiquant l'affaire du drapeau, c'est la démocratie à l'américaine que Jodie et Laurent Cohen-Tanugi mettent en lumière. Quel est le partage des compétences entre les Etats et la Fédération ? Jean Beauté décrit le travail de la Cour suprême en cette matière fondamentale. Elargissement de l'acceptation de la peine de mort, restriction de l'admission de l'avortement, Roger Pinto analyse les évolutions conservatrices de cette fin de siècle. Discriminations positives : derrière des enjeux très concrets de la protection des minorités, Pierre Bouretz retrouve les grandes controverses constitutionnelles exposées par Dworkin et les rapports entre égalité, équité et justice.

Ce numéro de *Pouvoirs* est ainsi indispensable non seulement à la compréhension de la démocratie américaine ou du contrôle de constitutionnalité, mais aussi à la réflexion sur les interrogations essentielles du droit aujourd'hui.

Journal

Bruno GENEVOIS

Valérie MAYER

Anne-Marie LE BOS

Evelyne PISIER

Pierre ASTIÉ

Dominique BREILLAT

Pierre AVRIL

Jean GICQUEL

Imprévisible, le Conseil constitutionnel ?

La Cour suprême du Canada

Pouvoirs-débat : bioéthique

Repères étrangers

(15 mars - 20 juin 1991)

Chronique de la V^e République

(20 mars - 20 juin 1991)

