

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 the will of the people », 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 quia 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 États-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 États-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 États 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 Etats membres. Et, dès lors que les activités commerciales n'exigeaient pas assujettissement à des règles uniformes, Congrès et Etats membres pouvaient intervenir concurremment. Mais l'intervention des Etats 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'Etat 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 Etats 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 Etats 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 helle 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 ts 341.

3. 1976, 426 ts 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 reléguerait 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 — prévoyait 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, concurrentement, 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 concurrentement 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 empiètements 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 empiètements des autorités nationales sur les autorités locales, ou des autorités locales sur les autorités nationales ; elle est d'empêcher les empiètements 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 réglementer 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 dépeçées ; 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.*