

## La constitution comme document politique et juridique : la généalogie du constitutionnalisme libéral américain

Le constitutionnalisme américain est responsable de la genèse de la notion de constitution en tant que document juridique suprême dans un ordre juridique étatique. Au XVIIIe siècle, l'idée de la Constitution en tant que document politique limitant le pouvoir public a été introduite sur le sol européen – notamment à la suite de la Révolution française – mais toujours sans la dimension juridique clairement présente, c'est-à-dire sans la possibilité d'un contrôle juridictionnel des actes normatifs.

En 1803, le contrôle diffus est né pour la première fois aux États-Unis d'Amérique avec la célèbre décision de la Cour suprême dans l'affaire *Marbury v. Madison*<sup>1</sup>, dans lequel la constitutionnalité d'un acte normatif ordonné par le secrétaire d'État du président de la République a été analysée. L'affaire a commencé en 1801, lorsque le président de la République de l'époque, John Adams, a nommé, dans les derniers jours de son gouvernement, William

<sup>1</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Il convient, d'emblée, d'expliquer comment est faite la référence aux jugements en droit américain : d'abord, les noms de l'appelant et de l'intimé sont mentionnés, « *Marbury v. Madison* », puis, le premier numéro qui suivra identifiera le volume dans lequel il a été publié, « 5 », puis, les lettres servent à abrégé l'organe de jugement, dans le cas de la Cour suprême, doit être « U.S. », le numéro après ces lettres doit être celui de la première page « 137 », et la référence doit se terminer par l'année du jugement entre parenthèses « (1803) ».

Marbury comme juge de paix. Cependant, comme l'investiture n'a pas eu lieu sous le gouvernement d'Adams, le nouveau président de la République, Thomas Jefferson, a ordonné à son secrétaire d'État, James Madison, d'annuler l'acte d'Adams en ce qui concerne le poste qui serait occupé par Marbury. Non résigné avec cette décision, Marbury fait appel à la Cour suprême pour demander une ordonnance de *writ of mandamus* de lui restituer le droit qu'il avait au regard de la législation en vigueur et valide à l'époque. Dans le jugement qui a eu lieu en 1803, le juge en chef de la Cour suprême, John Marshall, a affirmé que la Constitution

is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

Cependant, la décision finale de la Cour suprême a été de rejeter le *writ of mandamus* demandé par William Marbury, au motif que la Section 12 du *Judiciary Act*, de 1797, serait inconstitutionnelle dans la mesure où il se heurterait à la Constitution de 1787 en établissant pour la Cour suprême une compétence que la Constitution elle-même ne prévoyait pas : celle de prononcer des ordonnances de *mandamus* (*writs of mandamus*) contre le pouvoir exécutif.<sup>2</sup>

Il convient de noter que le contexte de l'époque était l'un des plus défavorables à la Cour suprême, car il s'agissait d'un organe encore peu développé qui n'avait même pas son propre siège – ce qui n'a eu lieu qu'en 1935, lorsqu'il a quitté le Capitole et s'est installé dans ses locaux actuels – et le juge en chef John Marshall n'était en fonction que depuis trois ans, n'ayant jamais, avant cela, occupé aucune fonction dans le système judiciaire. En outre, il y avait de forts soupçons qu'un résultat négatif contre le président Thomas Jefferson pourrait conduire à des demandes de destitution contre les juges de la Cour suprême (Alstynne et Marshall 1969, 2-3).

Bien que l'arrêt en question ait été novateur en ce qu'il a permis la possibilité d'un *judicial review* des actes normatifs ou des actes ayant force de loi pris par les pouvoirs législatif et exécutif, une autre décision en matière de contrôle de constitutionnalité n'a été prise qu'en 1857, dans le cas de *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857). À cette occasion, une loi fédérale qui avait interdit l'esclavage sur l'ensemble du territoire national a été déclarée incompatible avec la Constitution des États-Unis, puisque les noirs, même s'ils étaient libres, ne pouvaient pas être considérés comme des « citoyens » et, par conséquent, n'auraient même pas le droit d'intenter des poursuites contre des citoyens américains « légitimes ». Selon la perspective constitutionnelle en vigueur à l'époque, l'homme noir n'était considéré que comme un objet capable de générer des droits de propriété pour un « citoyen », ne pouvant jamais être le détenteur d'un quelconque droit.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Pour plus d'informations sur ce jugement, voir Alstynne et Marshall 1969 ; Alfange Jr., 1993 ; Eisgruber 2003 ; Corwin 1914 ; Rose 2003 ; aussi Pfander 2001.

<sup>3</sup> Le *Chief Justice* Roger Taney, qui a présidé le jugement du cas *Dred Scott v. Sandford*, a déclaré que : « A free negro of the African race, whose ancestors were brought to this country and sold as slaves, is not a "citizen" within the meaning of the Constitution of the United States ». Pour une étude plus approfondie du cas, voir Ehrlich 1968, 256-65 ; aussi Boman 2000, 405-28.

La manière dont le contrôle de constitutionnalité s'est mis en place (*judicial review*) aux États-Unis peut sembler, à première vue, quelque peu paradoxale, car la Constitution américaine ne prévoit pas clairement l'existence d'une forme de contrôle de la constitutionnalité des lois. Cependant, si l'on y regarde de plus près, on verra que l'absence même de norme en la matière a permis et, avant cela, a contraint les juges américains à inventer un mécanisme, pour ainsi dire « autosuffisant », de contrôle de la constitutionnalité des lois. Il est évident, en effet, que le silence de la Constitution américaine sur le contrôle de la constitutionnalité des lois, tout en éliminant implicitement un mécanisme de contrôle concentré, n'élimine cependant pas un mécanisme de contrôle diffus, puisque ce contrôle peut être exercé par tout juge dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les normes déjà existantes dans le système juridique. D'autre part, l'attribution exclusive à un organe déterminé d'une telle compétence exigerait nécessairement l'existence d'une disposition constitutionnelle établissant positivement une telle attribution.

Le principe du contrôle diffus de la constitutionnalité des lois repose sur la double prémisse de la rigidité de la Constitution des États-Unis et du pouvoir-devoir – la clause dite de « suprématie » présente dans la Constitution des États-Unis, art. 6, par. 2<sup>4</sup> – que chaque juge a pour interpréter et appliquer à la fois la loi et la Constitution.<sup>5</sup> Le juge qui, dans l'exercice de ses fonctions, est confronté à la nécessité d'appliquer une loi à un cas concret, doit vérifier au préalable que cette loi n'est pas contraire à la Constitution. Si, en effet, le conflit entre deux lois peut être résolu, par exemple, par l'application du critère chronologique (*lex posterior derogat priori*), puisqu'il s'agit de dispositions juridiques hiérarchiquement égales et, par conséquent, dotées de la même force normative, en cas de conflit entre la loi et la Constitution, l'infériorité hiérarchique de la première l'empêche de modifier valablement la seconde. Dans ce cas, le juge doit donner préséance à la Constitution et ne peut plus résoudre la controverse soumise à sa décision en recourant à la loi jugée inconstitutionnelle. De cette façon, il doit juger sans tenir compte de cette loi, c'est-à-dire en cessant de l'appliquer dans le cas concret et, d'autre part, en lui appliquant une autre norme déterminée sur la base du critère analogique ou de tout autre critère (par exemple, le recours aux principes généraux du droit, l'interprétation topique-systématique, etc.) possible dans ce système juridique positif.

<sup>4</sup> L'art. 6, par. 2, détermine que : « La présente Constitution, et les lois des États-Unis qui seront faites en vertu de celle-ci, et tous les traités conclus, ou qui seront conclus, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges de chaque État seront liés par celle-ci, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois d'un État. »

<sup>5</sup> La *Supremacy Clause* est née comme une prérogative exclusive de la souveraineté de l'État qui détermine toutes les autorités publiques pour assurer la suprématie de la Constitution dans tout le pays, mais, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, elle finit par constituer un devoir spécifique que le juge a de garantir la suprématie de la Constitution lorsqu'il est appelé à statuer sur une affaire concrète. Sur le sujet, voir Birkby 1966, 123-35.

Toutefois, la désapplication est un instrument d'effets singuliers ; elle n'est valable que pour une controverse spécifique qui est en cours d'analyse, ne produisant donc aucun lien par rapport à un autre juge qui est confronté à la même controverse à laquelle il doit répondre. Il est évident que cela peut facilement déterminer des situations d'incertitude de la loi, si, par exemple, un juge tranche une certaine controverse en n'appliquant pas la norme « A », comme inconstitutionnelle, pour appliquer la norme « B » ; et un autre juge tranche la même controverse en appliquant, au contraire, la règle « A », puisqu'elle est considérée comme conforme à la Constitution. Le remède à cet inconvénient réside, selon le système juridique américain, dans le principe du *stare decisis*, selon lequel les décisions de la Cour suprême sont formellement contraignantes pour tous les juges. Pour revenir à l'exemple illustré ci-dessus, la partie perdante, en raison de l'application de la règle « B », peut faire appel devant la deuxième instance et, si elle n'obtient toujours pas gain de cause, aussi devant la Cour suprême, en faisant valoir que le juge de première instance n'a pas appliqué à tort la règle « A » parce que cette règle, à son avis, n'est pas contraire à la Constitution. Si la Cour suprême rejette l'appel et, confirmant l'inapplication de la règle A en raison de son inconstitutionnalité, déclare la règle B applicable, cette décision s'imposera désormais à tous les juges auxquels pourra être présentée une controverse telle que celle qui a fait l'objet de la décision de la Cour. Par conséquent, aucun juge ne pourra plus appliquer la règle « A », puisqu'elle a été définitivement jugée inconstitutionnelle par la Cour suprême.

Le pouvoir-devoir qu'à tout juge d'interpréter à la fois la loi et la Constitution est l'héritage le plus clair que l'on puisse percevoir, dans le cadre du droit constitutionnel, du *common law* britannique par rapport au *common law* américain. Même si le modèle de Constitution écrite typique du constitutionnalisme d'Europe continentale n'a jamais existé en Angleterre, l'idée de primauté du droit (*rule of law*) a fait de chaque interprète du droit le gardien de son unité et de sa cohérence systématique.<sup>6</sup> Ainsi, le contrôle diffus de la constitutionnalité trouvera son origine dans une époque ancienne où le *rule of law* s'est affirmée comme principe d'organisation constitutionnelle du *common law*, servant de base à la définition de ce qui est ou n'est pas conforme au droit en vigueur. Avec la Constitution des États-Unis de 1787, la primauté du droit a été transmutée en supériorité de la Constitution, de sorte que l'expression *rule of law* assumerait, aux États-Unis, peu après la promulgation de la Constitution, un lien profond avec l'idée de garantir et de protéger la Constitution.

Tout juge qui, dans l'exercice de ses fonctions, est confronté à la nécessité d'appliquer une loi à un cas déterminé, doit vérifier au préalable que cette loi n'est pas contraire à la Constitution. C'est par l'œuvre du juge ordinaire que la Constitution et le *rule of law* sont actuellement garantis sur l'ensemble du territoire des États-Unis. Compte tenu de l'autonomie dont dispose le juge

<sup>6</sup> Cette cohérence systématique a été consacrée depuis l'origine de la *common law* britannique par le principe de la *stare decisis*.

ordinaire pour interpréter et appliquer la Constitution, on a même parlé d'un « gouvernement des juges », notamment avec la critique d'Édouard Lambert (2005), dans les années 1920.

L'élargissement progressif de ce pouvoir-devoir d'interprétation de la Constitution de chaque juge a conduit le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois (*judicial review*) à donner naissance à un phénomène que l'on appellera l'*activisme judiciaire*. Il est d'usage de se référer à la décision *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) de la Cour suprême des États-Unis comme le jalon le plus éloquent de l'intervention judiciaire dans les prérogatives des autres pouvoirs publics. Dans cette décision la Cour suprême a compris que le principe de la liberté contractuelle était implicite dans la notion de droit au procès équitable (*due process of law*) inscrit dans la section 1 du 14<sup>e</sup> amendement de la Constitution des États-Unis. Dans l'affaire en question, la Cour a déclaré inconstitutionnelle une loi de l'État de New York qui établissait à 60 heures la limite de la journée de travail hebdomadaire des boulangers, affirmant qu'une telle limitation de la liberté individuelle de contracter était « déraisonnable, inutile et arbitraire ». <sup>7</sup> En plus de représenter ce qu'on a appelé « l'ère *Lochner* » (1897-1937), au cours de laquelle les interventions de l'État dans le domaine économique ont été continuellement invalidées par la Cour suprême des États-Unis, elle peut également être considérée comme l'un des premiers cas d'activisme judiciaire flagrant exercé par cette Cour. <sup>8</sup>

Mais c'était avec l'historien Arthur Schlesinger Jr., dans un article du magazine *Fortune* intitulé « The Supreme Court : 1947 », que le terme *judicial activism* est entré dans le lexique non seulement juridiquement, mais surtout politiquement et populairement (Kmiec 2004, 1446). Se référant à la capacité de jouer un rôle positif dans la promotion du bien-être social, Schlesinger a qualifiés d'« activistes judiciaires » (*judicial activists*) les juges Hugo Black, William O. Douglas, Frank Murphy et Wiley Rutledge. D'autre part, les juges Felix Frankfurter, Harold Burton et Robert H. Jackson ont été étiquetés « champions de l'autolimitation » (*Champions of Self-Restraint*), parce qu'ils comprennent que le pouvoir judiciaire ne doit pas aller au-delà de son espace limité au sein du système américain. Dans une position intermédiaire, le juge en chef Frederick M. Vinson, ainsi que le

<sup>7</sup> « Section 110 of the labor law of the State of New York, providing that no employes shall be required or permitted to work in bakeries more than sixty hours in a week, or ten hours a day, is not a legitimate exercise of the police power of the State, but an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right and liberty of the individual to contract in relation to labor, and, as such, it is in conflict with, and void under, the Federal Constitution » *Lochner v. People of New York*, 198 US 45 (1905).

<sup>8</sup> À propos de l'ère *Lochner*, Cass Sunstein (1987, 874) soutient que : « The received wisdom is that *Lochner* was wrong because it involved 'judicial activism': an illegitimate intrusion by the courts into a realm properly reserved to the political branches of government. This view has spawned an enormous literature and takes various forms. The basic understanding has been endorsed by the Court in many cases taking the lesson of the *Lochner* period to be the need for judicial deference to legislative enactments. »

juge Stanley F. Reed, ne seraient pas entièrement caractérisables comme l'une ou l'autre des parties (Kmiec 2004, 1446).

Un aspect fondamental de l'activisme judiciaire que Schlesinger a immédiatement détecté est la malléabilité du raisonnement juridique, au détriment de sa scientificité. Keenan D. Kmiec (2004, 1447), commentant l'article susmentionné, souligne que Schlesinger avait déjà détecté que les *judicial activists* comprennent le droit et la politique comme indissociables, ce qui empêcherait qu'il y ait une réponse « correcte » définitive, car chaque décision judiciaire compterait dans un choix politique du juge. Selon cette perspective, l'autolimitation ne serait rien d'autre qu'une prétention illusoire d'objectivité dans l'acte décisionnel, quelque chose d'incompatible avec le sens de la justice et le désir de produire des améliorations sociales qui devraient guider le juge.

Le célèbre texte de Schlesinger est né avec deux problèmes qui semblent être passés inaperçus aux yeux de l'auteur : l'imprécision terminologique de l'expression en débat et l'absence de définition quant à savoir s'il s'agit de quelque chose de positif ou de négatif. Il qualifie les juges de la Cour suprême d'« activistes judiciaires » et de « champions de l'autolimitation », établit des liens avec chacun de ces groupes, mais ne précise pas quelle est la meilleure position, que ce soit d'un point de vue politique ou juridique. Dans un sens similaire à celui mis en évidence par Kmiec (2004, 1463-76), nous voyons que Schlesinger avait déjà détecté les conflits internes que l'activisme judiciaire finit par produire :

- Juges non élus *vs.* lois approuvées démocratiquement ;
- Décisions à orientation politique *vs.* décisions à caractère juridique ;
- L'utilisation créative des précédents *vs.* l'utilisation stricte des précédents ;
- Suprématie de la volonté populaire *vs.* droits de l'homme ;
- Politique *vs.* Droit.

Cependant, les doutes existants quant au caractère positif ou péjoratif de l'expression ont été dissipés lorsque la position « activiste » a été incorporée par plusieurs juges, et pas seulement de la Cour suprême : au cours des années 50, la juridiction ordinaire a commencé à jouer un rôle important dans la défense des droits civils des minorités sociales, en particulier des minorités raciales.<sup>9</sup> La croissance significative des programmes fédéraux au cours de la période du New Deal a exigé une attention particulière à l'impact de leurs actions dans les contextes concrets des réalités locales, faisant du pouvoir judiciaire le dernier espace dans le processus de garantie des droits des minorités. La discrimination positive (*affirmative actions*) a alors émergé en tant qu'instrument politique de lutte contre les inégalités sociales résultant de facteurs tels que le sexe, la race, l'appartenance ethnique, la religion ou toute autre forme de discrimination.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Voir le positionnement (peut-être trop) critique de Cover 1982, 1287-316.

<sup>10</sup> Pour une étude sur l'émergence de l'*affirmative action*, voir Killenbeck 1999, 1299-407 ; Day 2001, 59-127 ; aussi Gomes 2001.

L'activisme judiciaire est corrélé à un autre phénomène qui est également typique du droit américain : la discrimination positive (*affirmative actions*). Bien qu'il s'agisse d'une question de nature politique, c'est-à-dire que les mesures émanent, en général, de l'exécutif, elles revêtent une condition particulière lorsqu'elles deviennent l'objet de la juridiction de la Cour suprême. La procédure et la technique décisionnelle adoptées par la Cour ne seront pas différentes de celles qu'elle emploie habituellement lorsqu'elle est saisie d'une affaire concrète. Cependant, les effets de cette décision toucheront, ou passeront très près, des points d'une extrême délicatesse existants dans des questions cruciales de politique intérieure américaine, de sorte que Cass Sunstein va jusqu'à dire que, dans certaines situations, la Cour suprême comprend qu'il vaut mieux « laisser les choses telles qu'elles sont », sans se décider, en faisant ce qu'il appelle un « usage constructif du silence ».<sup>11</sup> Avec cela, l'autolimitation (*self-restraint*) finit par se placer à l'extrême opposé de l'activisme judiciaire.

La discrimination positive est apparue aux États-Unis comme un instrument politique pour lutter contre les inégalités sociales résultant de facteurs tels que le sexe, la race, l'appartenance ethnique, la religion ou toute autre forme de discrimination.

En 1961, le président de l'époque, John F. Kennedy, a signé un décret présidentiel (*Executive Order* n. 10925) par lequel les employeurs ont commencé à être tenus de se comporter plus que simplement d'une façon non discriminatoire à l'égard de leurs employés. Cette règle exigeait un comportement *positif* et *affirmatif* de la part de l'employeur au moment de l'embauche et dans ses relations quotidiennes avec ses employés, établissant que l'employeur devait également être un moyen de promouvoir la réduction des inégalités existantes dues à la race, à la couleur, au sexe ou à la nationalité d'origine. Dans le gouvernement de Lyndon Johnson, le *Civil Rights Act* (1964) est devenu la première étape d'un programme social qui, cette année-là et l'année suivante, allait faire entrer en vigueur une série de lois dont les deux objectifs principaux étaient les suivants : (1) aider les personnes à faible revenu par le biais de programmes visant à encourager l'éducation et la protection de la santé, et (2) stimuler l'économie afin que de nouveaux postes vacants soient ouverts aux personnes historiquement exclues ou marginalisées du système éducatif et du marché du travail (Moses 2001, 5-6). C'est dans ce contexte que l'activisme judiciaire a pris de l'ampleur sur le sol américain et a commencé à représenter la défense devant les tribunaux d'actions qui n'étaient pas suffisantes politiquement.

Ainsi, dans les décennies qui ont suivi, la discrimination positive est devenue un instrument politique pour tenter de réduire les inégalités historiques, en particulier les inégalités raciales, existant aux États-Unis. Cependant, c'est devenu

<sup>11</sup> Sunstein (1996, 07) stipule que la Cour suprême fait un *constructive use of silence* quand les juges ont recours au silence « for pragmatic or strategic reasons to promote democratic goals. Of course it is important to study what judges say; but it is equally important to examine what judge do not say, and why they do not say it. »

l'une des questions les plus délicates que la Cour suprême juge habituellement, car, lorsqu'il s'agit de celle-ci, le panorama est presque toujours le même : d'une part, nous voyons un individu bénéficiant de la discrimination positive – qui a un fondement politique qui lui confère une légitimité découlant d'un long processus historique d'exclusion sociale et de discrimination – et, d'autre part, il y a un autre individu qui prétend recevoir le même avantage que celui qu'il a reçu uniquement sur la base d'un critère arbitraire qui cherche à promouvoir l'égalité entre les différents groupes. Cependant, dans ce cas, un tel critère finit par produire un sentiment d'injustice dans le côté qui aurait soi-disant plus de mérite spécifique ou de légitimité *in concreto* pour recevoir l'avantage en question. C'est-à-dire que dans toute décision que la Cour prendra, elle risquera de maintenir une inégalité existante ou d'en produire une nouvelle.

La complexité politique que peuvent revêtir les effets de la décision de la Cour suprême est bien résumée dans l'affaire *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978). Dans ce *case*, l'École de médecine de l'Université de Californie à Davis a promu des sélections, en 1973 et 1974, dans lesquelles elle demandait des candidats qui avaient des « désavantages économiques et/ou éducatifs » et des candidats qui appartenaient à des « groupes minoritaires » (noirs, asiatiques, descendants d'indiens, latinos). Toutefois, alors que les candidats « normaux » devraient obtenir une note minimale de 2,5 sur une échelle allant jusqu'à 4,0, les candidats qui ont déclaré être désavantagés sur le plan économique et/ou éducatif pour des raisons raciales pourraient être admis sur la base d'une « échelle spéciale », dans laquelle il n'est pas nécessaire d'obtenir cette note minimale de 2,5. Dans le cas en question, bien que la Cour suprême ait « décidé de décider », elle l'a fait avec une extrême prudence. Tout d'abord, elle a déterminé que la procédure de sélection examinée était invalide, qu'elle violait le principe d'égalité, garanti par le quatorzième amendement de la Constitution des États-Unis, et qu'elle violait le paragraphe 601 du titre VI du *Civil Rights Act*, de 1964, qui interdit la possibilité qu'une personne soit exclue de tout programme social en raison de sa race ou de sa couleur. La Cour a ensuite ordonné que Bakke soit admis par l'appelant, l'Université de Californie à Davis, parce qu'il satisfaisait à tous les critères de sélection adoptés par l'appelant, qu'il ait ou non un programme spécial pour les groupes minoritaires. Toutefois, à cette fin, la décision de la Cour s'est limitée à produire des effets *inter partes* : à aucun moment le critère de sélection qui réservait les postes vacants aux candidats appartenant à des groupes minoritaires n'a été déclaré inconstitutionnel ; la Cour suprême a déclaré invalide la manière dont un programme de sélection spécifique stipulait ses critères, créant des situations comme celle de Bakke, un candidat qui n'a pas été admis alors qu'il avait rempli, avec une large marge, toutes les exigences posées dans la sélection.

Comme on peut le constater, le sujet de la discrimination positive soulève des questions qui dépassent le cadre de la compétence de la Cour suprême. Dans le cas *Regents of the Univ. of Cal. v. Bakke* de vives critiques ont été formulées en raison que la Cour aurait manqué une grande occasion d'établir un critère précis sur les détails de la discrimination positive, préférant laisser en suspens

les règles juridiques de ces discriminations.<sup>12</sup> Cependant, la Cour suprême a, à maintes reprises, souligné sa fonction limitée de contrôle de la légitimité et de la constitutionnalité des actes normatifs et des actes ayant force de loi qui traitent de l'action positive, et elle n'est pas responsable de faire des choix politiques et de stipuler des programmes sociaux.<sup>13</sup> En l'absence de toute disposition constitutionnelle sur l'action positive, c'est en effet à la Cour suprême qu'il incombe de déterminer dans quels cas les excès ont eu lieu et dans quels cas ils ne se sont pas produits.

Il est important de noter que, malgré les étiquettes d'activiste ou de auto-limité, la Cour suprême des États-Unis a consolidé tout au long du XXe siècle sa fonction de garante de la suprématie constitutionnelle par le contrôle (*judicial review*) des décisions des tribunaux fédéraux, d'État ou de districts fédéraux qui ont enfreint la Constitution, soit en appliquant une règle fédérale, étatique ou municipale contrairement à la règle constitutionnelle, soit en n'appliquant pas une règle fédérale, étatique ou municipale qui contredit la Constitution.

La brève analyse de certaines affaires suffira à illustrer l'étendue du pouvoir de contrôle exercé par la Cour suprême des États-Unis.

Dans l'affaire *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352 (1983), l'objet du jugement constitutionnel était la décision d'un tribunal fédéral, à savoir la Cour d'appel de Californie, qui a confirmé la décision d'un tribunal de district fédéral qui avait déclaré inconstitutionnelle une loi d'un État (Code pénal de Californie, par. 647) qui accordait à l'autorité de police le pouvoir d'approcher, à sa discrétion, tout individu qui présentait des signes de « vagabondage » et qui l'arrêtait pour ce crime, s'il ne lui était pas possible de présenter des documents d'identité et de justifier les raisons de sa présence dans ce lieu ou sur la voie publique. Dans le cas d'Edward Lawson, un afro-américain qui s'identifiait à l'époque au mouvement *hippie*, son apparence particulière et ses habitudes visant à l'oisiveté lui ont valu la persécution de la police de San Diego, car, bien qu'il n'ait pas commis de crime grave, son incursion répétée dans le « vagabondage » justifiait 15 arrestations pour cette raison entre mars 1975 et janvier 1977, ayant été poursuivi deux fois et condamné dans l'un d'eux à payer une amende pour « vagabondage ». Indigné par cette situation, Lawson a intenté une action civile auprès de la Cour fédérale du district de Californie du Sud, demandant la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition légale susmentionnée et la réparation des dommages matériels et moraux (*punitive damages*) causés par les arrestations et la condamnation à payer une amende. En première instance, il a gagné l'affaire concernant la demande de déclaration d'inconstitutionnalité pour violation du quatrième amendement, qui garantit à l'individu le droit de

<sup>12</sup> Pour une critique de l'omission adoptée par la Cour suprême dans l'affaire en question, voir Bybee 2000, 263-90.

<sup>13</sup> En ce sens, voir *Mississippi University for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718 (1982) ; *Wygant v. Jackson Board of Education*, 476 U.S. 267 (1986) ; *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990) ; et *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

ne pas être persécuté ou emprisonné sans motif raisonnable.<sup>14</sup> Pour le reste, la Cour n'a pas compris qu'une indemnisation pour dommages non patrimoniaux était appropriée (*punitive damages*) contre les différents policiers qui l'ont arrêté, car les autorités de police ont toujours agi de bonne foi dans l'application d'une loi jusque-là considérée comme constitutionnelle. La Cour d'appel (juridiction immédiatement supérieure au tribunal d'instance qui a rendu le jugement en question) a confirmé cette décision. Lorsqu'il est arrivé à la Cour suprême, en 1983, l'appel interjeté par les autorités policières a été rejeté et la décision du tribunal inférieur confirmée, de sorte que l'affaire *Kolender v. Lawson* est devenu une référence pour la lutte contre la discrimination raciale.

Une affaire antérieure, *Thompson v. City of Louisville*, 362 U.S. 199 (1960), venant même du tribunal de police (*Police Court*) de Louisville sans être passée par d'autres instances intermédiaires, a été analysée directement par la Cour suprême. Cependant, au lieu de déclarer un acte normatif inconstitutionnel ou ayant force de loi, ce qui a été déclaré inconstitutionnel, pour offense au principe de l'application régulière de la loi, garanti par le premier point du quatorzième amendement, a été une condamnation pénale fondée sur des accusations de « vagabondage » et de « conduite désordonnée ». La suppression des instances intermédiaires était dû au fait que l'affaire en question et le montant de l'amende qui serait infligée à Thompson rendaient impossible l'examen par les tribunaux supérieurs de l'État et par les tribunaux fédéraux.

Une autre affaire qui constitue l'un des précédents les plus importants de la Cour suprême est le *Brown v. Board of Education of Topeka*, 349 U.S. 294 (1954), où il a été déterminé que la discrimination raciale dans l'enseignement public est un acte contraire à la Constitution. En un mot, on peut dire que le fait a commencé lorsque Oliver Brown, père de trois enfants (la plus jeune Cheryl Brown Henderson est devenue une célèbre défenseure des droits des Afro-Américains dans le système éducatif américain et aussi dans la vie politique en général), n'a pas été autorisé par la *Board of Education* de sa ville, Topeka (Kansas), à les inscrire dans un établissement d'enseignement destiné aux Blancs, car cette ville avait choisi d'adopter un système ségrégationniste dans l'éducation publique. Dans ce cas, Brown et les autres qui se trouvaient dans une situation analogue ont intenté des poursuites auprès du tribunal de district pour demander la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi de l'État qui permettait aux villes de plus de 15 000 habitants de maintenir des écoles séparées pour les Noirs et les Blancs. La doctrine ségrégationniste du « séparés, mais égaux » (*separate, but equals*), jusque-là appliqué aux transports publics, selon les termes de l'affaire *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), a été jugée incompatible avec le système éducatif, tant par le tribunal de district que par la Cour suprême.

<sup>14</sup> Quatrième amendement : « The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. »

Bien que l'affaire *Brown* soit la décision la plus connue et la plus paradigmatique, la plus ancienne sur ce sujet est le *Roberts v. City of Boston*, 59 Mass. 198, 5 Cush, 198 (1849), mais la Cour suprême du Massachusetts a statué qu'il n'y avait aucune base constitutionnelle. Selon cette Cour, la loi de l'État en question, de 1845, était constitutionnellement légitime et ne causait pas de préjudice aux enfants, puisque leurs enseignants avaient les mêmes qualifications et recevaient la même rémunération, et qu'il n'y avait aucune base pour parler d'inégalité ou de violation de la Constitution. La Cour suprême des États-Unis a confirmé la décision et, en outre, a adopté la doctrine « separate, but equals ». L'affaire *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) a été, en fait, le premier à produire des résultats positifs en termes de promotion de l'égalité raciale dans le système éducatif américain.

### Bibliographie

- Alfange Jr., Dean. 1993. "Marbury v Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom." *The Supreme Court Review* 1 : 329-446.
- Birkby, Robert H. 1966. "Politics of Accommodation : The Origin of the Supremacy Clause." *The Western Political Quarterly* 19, 1 : 123-35.
- Boman, Dennis K. 2000. "The Dred Scott Case Reconsidered: The Legal and Political Context in Missouri." *The American Journal of Legal History* 44, 4 : 405-28. <https://doi.org/10.2307/3113785>
- Bybee, Keith J. 2000. "The Political Significance of Legal Ambiguity : The Case of Affirmative Action." *Law & Society Review* 34, 2 : 263-90. <https://doi.org/10.2307/3115084>
- Corwin, Edward S. 1914. "Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review." *Michigan Law Review* 12, 7 : 538-72.
- Cover, Robert M. 1982. "The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities." *The Yale Law Journal* 91 : 1287-316.
- Day, John Cocchi. 2001. "Retelling the Story of Affirmative Action : Reflections on a Decade of Federal Jurisprudence in the Public Workplace." *California Law Review* 89, 1 : 59-127. <https://doi.org/10.2307/3481173>
- Ehrlich, Walter. 1968. "Was the Dred Scott Case Valid?" *The Journal of American History* 55, 2 : 256-65. <https://doi.org/10.2307/1899556>
- Eisgruber, Christopher L. 2003. "'Marbury', Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment." *Virginia Law Review* 89, 6 (Marbury v. Madison : A Bicentennial Symposium) : 1203-234. <https://doi.org/10.2307/3202393>
- Gomes, Joaquim Barbosa. 2001. *Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. A Experiência dos EUA*. Rio de Janeiro : Renovar.
- Killenbeck, Mark R. 1999. "Pushing Things up to Their First Principles : Reflections on the Values of Affirmative Action." *California Law Review* 87, 6 : 1299-407.
- Kmiec, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meaning of 'Judicial Activism'." *California Law Review* 92, 5 : 1441-477.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis (orig. 1921)*. Paris : Dalloz.
- Moses, Michele. 2001. "Affirmative Action and the Creation of More Favorable Contexts of Choice." *American Educational Research Journal* 38, 1 : 3-36.
- Pfander, James E. 2001. "'Marbury', Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers." *Columbia Law Review* 101, 7 : 1515-612.

- Rose, Winfield H. 2003. "Marbury v. Madison : How John Marshall Changed History by Misquoting the Constitution." *Political Science and Politics* 36, 2 : 209-14.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87, 5 : 873-919.
- Sunstein, Cass. 1996. "Foreword: Leaving the Things Undecided." *Harvard Law Review* 110 : 4-101.
- Van Alstyne, William W., and John Marshall. 1969. "A Critical Guide to Marbury v. Madison." *Duke Law Journal* 1 : 1-47.