12
La Cour suprême

François Chevrette

La Cour suprême des États-Unis est fort probablement la cour de justice la plus puissante, la plus active et la plus vénérée du monde occidental ; pour ce motif, toute étude du système politique américain doit lui faire une place. Encore faut-il se demander pourquoi il en est ainsi. Des motifs historiques, idéologiques et politiques peuvent être invoqués pour expliquer l'extrême importance du système judiciaire américain, en particulier de la Cour suprême qui, en tant que tribunal de dernière instance, coiffe ce système.

Depuis toujours aux États-Unis on vénère la Constitution, et cet attachement fait qu'on y cherche tout et qu'on le trouve, comme si tout s'y trouvait depuis le début. Dans une très fine analyse, un auteur dénomme ce phénomène la *preformation theory* et observe que l'histoire constitutionnelle des États-Unis joue dans ce pays le rôle que l'idéologie politique joue dans d'autres[1]. La Cour étant l'interprète suprême de la Constitution, l'importance de celle-ci rejaillit sur celle-là.

À cela il peut encore être ajouté que le rôle des cours de justice américaines, rôle qui avait tant frappé Tocqueville[2], n'est probablement pas sans rapport avec l'individualisme américain et avec une certaine tradition de libéralisme économique et de décision politique minimale. Lors d'un procès, tout comme lors de la conclusion d'un contrat d'ailleurs, chacun présente ses arguments, l'individualisation des intérêts est forte, on a le sentiment d'avoir participé. Voilà qui est aux antipodes de l'interventionnisme de l'État.

Mais ces facteurs historiques et idéologiques ne doivent pas faire oublier les facteurs proprement politiques qui peuvent expliquer le rôle et le prestige de la Cour. En effet, le système politique américain, tant à l'échelon fédéral qu'à celui de l'État, n'est pas, on a trop tendance à l'oublier, un système de pouvoirs forts mais bien de pouvoirs faibles, diffus et classiquement séparés. Dès lors, et c'est un point sur lequel on reviendra, les interventions marquantes de la Cour dans plusieurs domaines — notamment ceux de l'inégalité raciale et des inégalités de représentation électorale découlant du découpage des circonscriptions — s'expliquent en partie par le fait que le pouvoir politique ne pouvait ou ne voulait rien y faire, d'où le rôle de suppléance et, en quelque sorte, de déblocage de la Cour.

Comme il se doit, l'analyse qui suit est principalement de caractère juridique. Les très brèves remarques qui précèdent avaient simplement pour objet de rappeler qu'il n'est pas possible d'apprécier le rôle de la Cour suprême des États-Unis sans faire référence aux autres organes du pouvoir, au système politique dans son ensemble et à l'équilibre constitutionnel global du pays[3].

Aux fins de cette étude, nous nous attarderons successivement à l'organisation de la Cour, puis au produit de cette organisation, soit la jurisprudence constitutionnelle de la Cour. Deux aspects organisationnels retiendront notre attention : l'aspect externe, soit la Cour dans le système judiciaire et politique, et l'aspect interne, soit le fonctionnement de la Cour. Quant à la jurisprudence constitutionnelle de la Cour, nous en donnerons un bref aperçu en la classant en trois grandes périodes historiques : celle de l'unité nationale (des origines à la guerre de Sécession), celle du conflit entre le libéralisme et l'interventionnisme (de 1865 à 1937), enfin celle de la prédominance des droits fondamentaux (de la Seconde Guerre mondiale à nos jours).

L'organisation de la Cour suprême

La Cour suprême dans le système judiciaire et politique

La Cour suprême des États-Unis fait partie d'un système judiciaire dualiste. Elle est composée d'un personnel judiciaire indépendant du pouvoir politique, encore que les liens entre les deux ne soient pas inexistants, en particulier quant à la nomination et la destitution des juges.

Un système judiciaire dualiste

Les États-Unis sont un pays fédéral, dans lequel et par définition chaque ordre de gouvernement, soit le Congrès et les législatures des États, a le pouvoir de légiférer dans ses domaines respectifs de compétence. Or, il arrive que le système judiciaire américain épouse fidèlement ce modèle législatif, en tel sens qu'on y trouve des cours d'État, établies par les constitutions ou les lois des États, et des cours fédérales, certaines d'entre elles étant dites constitutionnelles du fait que leur existence est prévue à l'article 3 de la Constitution relatif au pouvoir judiciaire, d'autres étant qualifiées de législatives du fait que c'est l'article 1, relatif aux pouvoirs du Congrès, qui permet à ce dernier de les constituer par simple loi.

Ce double système de cours étatiques et de cours fédérales n'a à première vue rien de surprenant puisqu'on le retrouve dans plusieurs fédérations, notamment au Canada. Mais là où le système américain se démarque du système canadien, c'est dans le fait que, sous réserve d'un certain nombre de chevauchements, les cours fédérales ne peuvent en règle générale appliquer que les lois et la Constitution fédérales, les cours d'État appliquant les lois et constitutions étatiques — tout en demeurant liées par la Constitution et les lois fédérales, de même que par les traités, aux termes de l'article 6 de la Constitution. C'est en ce sens qu'on qualifie le système de dualiste[4]. À la vérité et en examinant les choses dans le détail, c'est moins de deux systèmes judiciaires qu'il faudrait parler que de 51, puisque chacun des 50 États, en plus du système de cours fédérales, a le sien propre. Mais d'un point de vue constitutionnel, c'est cette dualité entre cours étatiques et cours fédérales qui doit retenir l'attention.

Les cours étatiques font la plus grande part du travail judiciaire du pays. Sous réserve de variations, notamment d'appellation, d'un État à l'autre, on retrouve généralement parmi ces cours et par ordre ascendant d'importance les juges de paix (n'ayant souvent pas de formation juridique), les cours municipales, les cours de comté (à juridiction générale civile et criminelle), la cour d'appel « intermédiaire » (dans environ la moitié des États), enfin la cour de dernière instance, souvent nommée Cour suprême de l'État.

En raison de son uniformité, le système des cours fédérales est plus aisé à décrire que celui des cours étatiques. Si l'on s'en tient aux cours constitutionnelles[5] les plus importantes, on fait face à trois niveaux de juridiction : celui des cours de district (il y en a plus de 90), celui des cours d'appel, traditionnellement dénommées cours de circuit (il y en a 13 et elles ont une juridiction d'appel et aussi de révision de décisions administratives fédérales), enfin celui de la Cour suprême des États-Unis. Le Congrès est libre de distribuer entre ces trois niveaux — et même de déléguer aux cours étatiques — la juridiction des cours fédérales prévue à l'article 3, section 2, de la Constitution[6]. Il s'agit d'une juridiction à la fois matérielle (la Constitution et

les lois fédérales de même que les traités) et personnelle (notamment les litiges impliquant les États-Unis, un État[7], des citoyens de divers États, des ambassadeurs).

On est donc en présence de deux systèmes judiciaires cloisonnés et d'une grande complexité, et il est certain que s'il se pose une question de droit découlant de l'interprétation d'une loi étatique ou d'un prétendu conflit entre cette loi étatique et la constitution de l'État en question, c'est la cour de dernière instance de cet État qui en décidera en dernier ressort, toute intervention de la Cour suprême fédérale étant exclue.

De la même façon, si c'est l'interprétation d'une loi fédérale qui fait difficulté, ou encore sa compatibilité avec la Constitution fédérale des États-Unis, ce sont les cours fédérales, et en dernière instance la Cour suprême, qui seules en décideront.

Toutefois, et c'est là un point important sur lequel on reviendra lors de l'examen de la juridiction et de la procédure devant la Cour suprême, ce cloisonnement disparaît si, dans le cadre d'un litige de juridiction étatique, se pose une question importante de droit fédéral. Par exemple, si une partie allègue, devant une cour étatique de dernière instance, qu'une loi étatique est en conflit avec une loi fédérale ou un traité ou encore qu'elle viole la Constitution des États-Unis, la Cour suprême pourra, à la demande de l'intéressé dont l'argument a été rejeté, intervenir pour trancher cette question et elle seule.

Rappelons enfin que, sous réserve des appels dits de plein droit, plus un recours s'élève dans la hiérarchie des tribunaux, fédéraux ou étatiques, plus il est difficile de se voir autorisé à l'exercer ; de même, la question dont il s'agit doit être une question de droit importante — par opposition à une simple question de fait — pour y réussir. On dit parfois que les cours de première instance ont pour fonction de découvrir la vérité et les cours d'appel, l'erreur. L'aphorisme est sans doute simplificateur, mais il indique bien que l'appel a une mission plus étroite et est d'un usage plus exceptionnel que le procès.

La Cour suprême des États-Unis ayant ainsi été brièvement replacée dans le système judiciaire américain, voyons ce qui en est des rapports entre ses juges et le pouvoir politique.

Un personnel judiciaire indépendant

Les juges des cours étatiques sont généralement élus par la population ou par la législature de l'État. Mais les juges de la Cour suprême, comme d'ailleurs tous les juges des cours fédérales, sont nommés par le président, ces nominations devant être ratifiées par un vote à la majorité simple du Sénat, le tout conformément à l'article 2, section 2 de la Constitution.

S'il est vrai que le choix des juges des cours fédérales inférieures est souvent effectué par le procureur général en consultation avec les sénateurs de l'État ou des États concernés et qui sont du même parti que le président, le choix des juges de la Cour suprême est vraiment l'affaire de ce dernier. Et ce choix peut résulter de plusieurs facteurs, notamment les liens d'amitié entre le président et le candidat, leur parenté idéologique, l'appartenance au même parti, enfin l'expérience et la compétence du candidat choisi. À son entrée en fonction, le président Nixon annonça qu'il n'allait nommer que des juges d'idéologie plutôt conservatrice *(strict constructionists)* et l'histoire nous montre que beaucoup, sinon tous les présidents, se sont ainsi souciés des orientations idéologiques des personnes qu'ils choisissaient. Mais leurs prévisions se sont souvent avérées vaines, car, comme l'écrit un éminent auteur : « You shoot an arrow into a far-distant future when you appoint a Justice and not the man himself can tell you what he will think about some of the problems that he will face[8]. »

Au reste, la discrétion du président n'est pas absolue puisque son choix doit être approuvé par le Sénat. Un vote négatif de la part de ce dernier n'était pas rare au siècle dernier. La chose est moins fréquente de nos jours, mais elle se produit encore. En 1968, le président Johnson ne put nommer son ami le juge Fortas au poste de juge en chef de la Cour à cause de l'opposition du Sénat, et peu de temps après et pour la même raison, le président Nixon ne put nommer à la Cour les juges d'appel Clement Haynsworth et Harrold Carswell. On se rappellera enfin qu'en 1987 la proposition du président Ronald Reagan de nommer Robert Bork à la Cour ne fut pas agréée par le Sénat, qui estima que le candidat était de tendance trop conservatrice. Les candidatures sont aussi appréciées par un prestigieux comité de l'Association du barreau américain et un avis défavorable de celui-ci peut entraîner leur retrait.

L'article 3 de la Constitution prévoit que les juges de la Cour suprême « conserveront leur fonction aussi longtemps qu'ils en seront dignes ». Il s'agit donc d'une nomination à vie, ce qui n'empêche évidemment pas le Congrès d'adopter des régimes de retraite avantageux pour inciter les juges âgés ou malades à quitter leur poste. L'article ajoute qu'ils « percevront, à échéances fixes, une indemnité qui ne sera pas diminuée tant qu'ils resteront en fonction ». Ces mesures ont évidemment pour objet de protéger leur indépendance face au pouvoir politique. Aux termes de l'article 2, section 4, ils ne peuvent être destitués que pour « condamnation pour trahison, corruption ou autres hauts crimes et délits », le tout suivant la célèbre procédure dite d'*impeachment* selon laquelle ils doivent d'abord être mis en

accusation par un vote à la majorité simple de la Chambre des représentants, puis jugés et condamnés par un vote des deux tiers du Sénat. Cette procédure est aussi applicable au président, au vice-président et aux autres fonctionnaires civils des États-Unis. À ce jour, dix juges fédéraux ont fait l'objet de cette procédure, dont cinq furent acquittés, quatre destitués, et un démissionna avant la conclusion de la procédure. Un seul juge de la Cour suprême, Samuel Chase, en fit l'objet ; il fut acquitté en 1805 et demeura membre de la Cour jusqu'à sa mort six ans plus tard.

Plusieurs problèmes juridiques se posent en rapport avec la procédure d'*impeachment*[9]. Observons seulement qu'elle paraît garantir correctement l'indépendance judiciaire et que, lorsque au cours des années 1950 de même que plus récemment, certains politiciens et groupes de pression conservateurs tentèrent d'en faire usage pour obtenir la démission de juges trop avant-gardistes à leur goût, ce fut sans succès.

On peut donc dire que les juges de la Cour suprême, bien que nommés par l'autorité politique, ont toutes les garanties nécessaires pour en être par la suite indépendants. Au reste, le travail qu'ils font est le plus souvent le travail d'individus éminemment respectables et compétents. Toutefois, s'il est vrai que comme individus les juges sont à l'abri d'influences partisanes, le pouvoir politique a à sa disposition certains moyens pour faire fléchir la Cour comme institution. Donnons quelques exemples.

S'il arrive que le Congrès soit insatisfait, par exemple, de l'interprétation et de la portée que la Cour donne à une de ses lois, rien ne l'empêche, sauf des contraintes politiques, de la modifier dans le sens qu'il désire. Si, par ailleurs, c'est au nom de la Constitution que la Cour empêche le pouvoir politique de faire quelque chose, ce dernier peut toujours tenter de faire adopter un amendement constitutionnel qui change la portée donnée à la Constitution, encore que le processus soit long et complexe et qu'il présente beaucoup de difficultés d'ordre politique. Il a néanmoins parfois réussi dans le passé. C'est ainsi qu'en 1793, peu de temps après sa création, la Cour décida qu'en vertu de l'article 3, section 2 de la Constitution, un État pouvait être assigné en recouvrement de dettes devant une cour fédérale par des citoyens d'un autre État[10]. L'arrêt fut perçu comme une menace à la souveraineté des États au point que cinq ans plus tard, en 1798, le 11e amendement, qui prévoit exactement le contraire, entra en vigueur. De la même façon, la Cour déclara invalide, en 1895, une loi fédérale sur l'impôt sur le revenu, parce que cet impôt n'était pas réparti entre les États proportionnellement à leur population, contrairement à ce que prévoyait l'article 1, section 2 de la Constitution[11]. En 1913, le 16e amendement entra en vigueur ; il prévoit que le Congrès peut taxer le revenu sans répartition entre les divers États et sans recensement ou énumération.

Au moment de la Guerre civile, le Congrès changea trois fois, pour des raisons évidemment politiques, le nombre de juges à la Cour, qui passa de 9 à 10 en 1863, de 10 à 7 en 1866 et de 7 à 9 en 1869. Au même moment et s'autorisant de son pouvoir de déterminer la juridiction d'appel de la Cour, il lui enleva, par une loi, juridiction dans une affaire en vue d'éviter qu'elle se prononce sur la constitutionnalité des *Reconstruction Acts*[12]. Plus récemment, c'est-à-dire en 1964 et 1965, le Congrès, qui, comme on l'a vu, ne peut diminuer le salaire des juges, a cependant refusé de consentir aux juges de la Cour suprême la même augmentation de salaire que celle consentie aux autres juges fédéraux, et ce, principalement parce qu'on leur faisait reproche de plusieurs de leurs jugements trop avant-gardistes dans le domaine des droits civils ou droits fondamentaux. On voit donc la variété de moyens dont dispose le pouvoir politique face à la Cour. Mais l'exemple le plus célèbre d'un effort fait par le pouvoir politique pour modifier l'orientation des décisions de la Cour demeure incontestablement le « plan pour noyauter la Cour » *(The Court-Packing Plan)* mis de l'avant par le président Roosevelt en 1937.

Dès son entrée en fonction en 1933 et pour combattre l'importante crise économique qui sévissait à l'époque, le président Roosevelt avait fait adopter par le Congrès un ensemble de mesures économiques où l'État apparaissait comme un important intervenant. C'est ce qu'on a appelé le *New Deal*. Or, dans une série de décisions rendues par la Cour en 1935 et 1936, celle-ci déclara inconstitutionnelle une grande partie de ce programme[13]. Réélu avec une étourdissante majorité en novembre 1936 et fort de cet appui, Roosevelt, en février 1937, présenta au grand public et au Congrès un projet de réforme du système judiciaire fédéral qui lui aurait permis de nommer un juge suppléant à tout juge ayant plus de 70 ans. Ce plan, qui ne fut pas agréé par le Sénat, aurait entraîné la nomination de six juges additionnels à la Cour suprême, et on devine que le président aurait choisi des personnes qui n'auraient pas entériné les positions déjà prises par la Cour. Roosevelt déclara avoir perdu la bataille mais non la guerre. En effet, dès le printemps 1937, la Cour assouplit et modifia même ses positions[14]. Entre 1937 et 1941, le président eut d'ailleurs à remplacer sept juges de la Cour. Le fameux épisode était clos, et l'histoire devait en retenir que la Cour ne peut être impunément trop en retard sur son époque, les forces politiques et d'opinion l'obligeant à évoluer.

Le fonctionnement de la cour

Dans quels cas et de quelle façon peut-on saisir la Cour d'un litige ? En d'autres termes, quelle est sa juridiction et par quelle procédure peut-on faire appel à elle ? En second lieu, quel est son mode de travail interne ?

Juridiction et procédure

Il convient de remarquer d'abord que la Cour suprême, de même que les cours de district et les cours d'appel fédérales, n'a juridiction que sur les *cases* et *controversies*, c'est-à-dire sur les litiges véritables entre parties adverses, découlant d'un contexte concret, litiges où de réels intérêts légaux sont en jeu et qui appellent une solution judiciaire. Cela signifie que, à la différence de ce qui se passe au Canada dans le cadre de la procédure des avis consultatifs *(reference cases)*, la Cour ne répond pas à des questions théoriques formulées par les gouvernements en dehors d'un litige existant. C'est la Cour elle-même qui a décidé qu'elle ne pouvait pas jouer cette fonction et que le Congrès ne pouvait pas la lui imposer, puisque l'article 3, section 2 de la Constitution, qui traite du pouvoir judiciaire fédéral, vise des *cases* et *controversies*.

Bien entendu, plusieurs affaires importantes portées devant la Cour sont ce qu'on appelle des *test cases*, où l'appelant — ou une autre partie — est soutenu, en particulier financièrement, par d'importantes associations qui prennent fait et cause pour lui. Il n'y a pas d'obstacle à ce qu'il en soit ainsi. Mais le seul intérêt politique ou idéologique que de telles associations portent à la question en litige ne leur permettrait pas d'intenter elles-mêmes le recours. Par ailleurs, la Cour pourra les autoriser à participer au débat, oralement ou par écrit, à titre de *amici curiae*. Et il arrive qu'elle fasse le plus grand cas de l'argumentation ainsi soumise.

Il existe deux moyens de saisir la Cour d'un litige, soit l'appel de plein droit et la requête en *certiorari*, le second étant d'ailleurs beaucoup plus courant que le premier.

Théoriquement, l'appel de plein droit oblige la Cour à entendre l'appelant. En pratique toutefois, la Cour garde une large part de discrétion pour rejeter sommairement l'appel, au motif notamment que la question de droit soulevée est insuffisamment importante ou que le jugement porté en appel peut se justifier pour des motifs indépendants de ceux que l'appelant conteste.

Le recours en *certiorari* — une procédure d'origine anglaise, dont le nom latin signifie « être rendu plus certain », « être mieux informé » — prend la forme d'une requête par écrit devant la Cour, que cette dernière a discrétion pour accorder ou rejeter.

La discrétion qu'a la Cour pour décider d'entendre un appel ou au contraire pour refuser la permission d'appeler est évidemment gouvernée par certains critères, et la Cour sera plus portée à accorder cette permission si elle est en présence d'un point de droit totalement nouveau, si le jugement porté

en appel contredit un de ses propres précédents ou encore si deux ou plusieurs cours d'appel ont rendu, sur la question, des jugements contradictoires. Mais il faut bien comprendre que ce n'est pas tant l'importance matérielle du litige qui compte à ses yeux que les questions de principe qu'il soulève, si bien que l'appel pourra être autorisé en rapport avec une condamnation à une amende de 10 $ et rejeté dans une affaire d'expropriation impliquant plusieurs millions de dollars. Tout dépend des questions juridiques en jeu et de l'intérêt qu'il y a à clarifier et à uniformiser le droit à leur sujet. Dans ce contexte, refuser la permission d'appeler ne signifie pas que la Cour avalise le jugement porté en appel, non plus d'ailleurs que le fait d'accorder la permission signifie que la Cour va nécessairement le renverser. On est ici à une étape préliminaire où la Cour décide des questions sur lesquelles elle se penchera un peu plus tard de manière approfondie.

La Cour est composée de neuf juges, soit le juge en chef et huit juges associés. Les requêtes en *certiorari* et même les appels proprement dits sont examinés par chacun des juges séparément, qui prend connaissance des motifs de l'appelant, de ceux de la partie adverse ainsi que des éléments les plus importants du dossier. La production de toutes ces pièces n'est pas exigée des requérants qui se prévalent de la procédure *in forma pauperis* pour les personnes démunies, et même si la Cour rejette beaucoup de ces requêtes, elle en accepte beaucoup et certains arrêts célèbres proviennent d'une simple lettre manuscrite expédiée à la Cour par un obscur prisonnier.

Permission d'appeler est donnée si quatre juges opinent en ce sens ; cette règle dite « des 4 » a été adoptée en 1925 pour garantir au Congrès que le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter les requêtes ne déboucherait pas trop aisément sur des refus. À ce stade, il n'y a généralement pas de présentation orale de la part des parties. Le rejet de la demande ne comporte habituellement pas de motif. L'acceptation de la requête en *certiorari* signifie que la Cour émet l'ordre ou le bref de *certiorari*, ce qui veut dire en pratique qu'elle ordonne à la cour inférieure de lui transmettre le dossier. L'appelant à qui permission est refusée peut toujours, bien qu'il ait alors peu de chance de succès, présenter une requête pour réexamen. Le célèbre Caryl Chessman en présenta 16 à la Cour entre sa condamnation, en 1948, et son exécution, en 1960. Il arrive même parfois que la Cour, en accordant la permission d'appeler, invite les parties à la conseiller sur l'opportunité, pour elle, de renverser ou non un de ses propres précédents[15].

On vient de parler de la juridiction la plus importante de la Cour, qui est sa juridiction d'appel. Encore qu'elle soit beaucoup moins importante, elle a aussi une juridiction de première instance, qu'elle exerce en toute exclusivité dans le cas des litiges entre deux ou plusieurs États, mais

concurremment avec les autres cours fédérales dans le cas des autres litiges impliquant un État et des litiges impliquant des ambassadeurs, consuls ou autres officiers étrangers. Les litiges entre États ont eu surtout trait, dans le passé, à des questions de dettes ou de revendications territoriales. Dans ces cas, la Cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire, elle doit statuer.

On verra plus loin le mode de fonctionnement concret de la Cour pour entendre et disposer des affaires portées devant elle. En nous en tenant pour l'instant aux questions de juridiction et de procédure, notons que la Cour peut aussi être saisie par la procédure dite de « certification », par laquelle une autre cour, ordinairement une cour d'appel, lui demande des instructions en rapport avec une question de droit à laquelle elle se trouve confrontée. Mais cette procédure est très rarement utilisée. Notons aussi que le quorum nécessaire à la Cour pour rendre une décision est de six juges, quatre juges pouvant donc faire la majorité et un vote à égalité signifiant que l'appel est rejeté et le jugement porté en appel maintenu. Toutefois, un juge seul peut ordonner une suspension d'exécution ou l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, sous réserve de voir sa décision infirmée par le banc. En juin 1953, le juge Douglas suspendit de cette façon l'exécution d'Ethel et de Julius Rosenberg, condamnés pour espionnage.

Lorsque la Cour rejette un recours au stade préliminaire dont nous avons parlé — ce qui se produit dans environ 90 % des cas — elle indique simplement : *certiorari denied* ou *appeal dismissed*. Lorsqu'elle entend une affaire au fond, elle peut conclure très sommairement au rejet de l'appel *(dismissed, vacated)*. Elle peut aussi rendre une opinion motivée au terme de laquelle elle confirme le jugement porté en appel devant elle *(affirmed)*, l'infirme *(reversed)*, ou l'infirme en renvoyant le dossier au tribunal compétent pour qu'il rende un nouveau jugement conformément à ce qu'elle vient cette fois de décider *(reversed and remanded)*. Ainsi, par exemple, si elle décide qu'il est inconstitutionnel d'avoir admis en preuve à son procès une déclaration incriminante d'un accusé, elle cassera le jugement porté en appel sur ce point et ordonnera au tribunal compétent de refaire le procès, et ce, sans que soit prise en considération cette déclaration. Notons qu'il est possible pour une partie qui a perdu devant la Cour de demander une nouvelle audition dans le mois qui suit l'annonce du jugement. Bien entendu, il est rare que la Cour se rende à cette demande, qu'un des juges de la majorité dans le jugement original doit d'ailleurs appuyer. Mais on a vu des cas où la Cour y a consenti et a renversé son premier jugement[16]. Avant que jugement soit rendu, une partie peut demander ou la Cour elle-même peut ordonner le *reargument* d'une affaire. Sans doute pour être mieux éclairée, la Cour s'est prévalue de cette procédure notamment dans deux célèbres affaires de déségrégation[17].

Il faut bien voir aussi que les jugements de la Cour sont souvent des jugements de principe, dans lesquels elle s'en remet aux tribunaux inférieurs pour régler les questions de détail ou de réalisation concrète du principe retenu, tout en leur donnant à ce sujet un certain nombre de directives ou *guidelines*. Ainsi, en 1954, la Cour déclarait inconstitutionnelle la ségrégation raciale dans le système scolaire public[18]. Voilà une décision de principe, qui ne pouvait cependant avoir pour effet de réaliser l'intégration raciale du jour au lendemain. Un an plus tard, la Cour rendait une autre décision *(the implementation decision)* dans laquelle elle demandait aux cours inférieures de voir à l'application progressive de la politique d'intégration et où elle leur indiquait différents facteurs à prendre en considération pour arriver à un résultat réaliste au cours d'un certain laps de temps[19]. Le message était bien évidemment destiné aussi aux autorités politiques. De façon similaire, lorsqu'en 1964 la Cour invalida les lois électorales de plusieurs États en raison du fait que le découpage des circonscriptions engendrait de trop graves inégalités de représentation[20], ce fut un jugement de principe qu'elle rendit, et un jugement négatif en quelque sorte, puisque la Cour annulait une loi sans réécrire de loi nouvelle. À ce sujet, la Cour se contenta de donner comme directive à l'État de faire un effort honnête pour que sa carte électorale tende vers le respect du principe d'égalité des votes des citoyens, tout en demeurant dans les limites de ce qui était réalisable. Comme l'écrivait le juge en chef Warren, « mathematical exactness or precision is hardly a workable constitutional requirement ». En ce sens la Cour, par un arrêt de principe, définit davantage ce qu'il ne faut pas faire que ce qu'il faut faire et elle invite les pouvoirs publics et les autres cours à adopter des politiques « not inconsistent with this opinion », selon une formule souvent utilisée.

Rappelons, en terminant, que la Cour n'a point à sa disposition d'appareil coercitif autonome pour faire respecter ses décisions et qu'elle s'en remet à cet égard à son prestige ainsi qu'à la collaboration du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. On cite souvent, à ce sujet, la remarque du président Andrew Jackson qui, après une décision de 1822 du juge en chef Marshall où ce dernier écrivait qu'il était du devoir du président de faire respecter les droits de certaines tribus indiennes, se serait écrié : « John Marshall has made his decision, now let him enforce it. » Pour ne prendre que cet exemple, les jugements de la Cour sur l'intégration raciale ont engendré des résistances considérables et bien connues. Mais en 1957, face aux émeutes de Little Rock et aux mesures d'obstruction des dirigeants de l'État de l'Arkansas, le président Eisenhower déclara clairement que l'appareil coercitif du gouvernement fédéral servirait à faire respecter les décisions de la Cour. « Failure to act in such a case would be tantamount to acquiescence in anarchy and the dissolution of the Union. »

Le mode de travail de la Cour

La Cour suprême a siégé pour la première fois le 2 février 1790, dans l'édifice Royal Exchange à New York, qui était alors le siège du gouvernement. De 1791 à 1801, elle siégea à Philadelphie, puis à Washington, dans l'aile du Capitole affectée au Sénat. Depuis 1935, la Cour loge dans un impressionnant édifice de style corinthien, en marbre, tout près du Capitole ; sur son fronton on lit : « *Equal Justice Under Law* ». Que s'y passe-t-il ?

On peut schématiser le travail de la Cour et de ses neuf juges en quatre phases : la lecture et l'approfondissement des dossiers, les audiences, les conférences et délibérations, enfin la rédaction des opinions.

Quelques brèves statistiques donneront une idée du nombre de dossiers dont les juges doivent prendre connaissance. En 1930, 1 039 affaires furent portées devant la Cour, en 1951, 1 200, en 1970, 3 600, en 1980, 3 985 et en 1991, 5 825. En 1981, 3 967 demandes étaient rejetées à la phase de la permission d'appeler et 274 seulement étaient entendues au fond, la Cour ayant rendu 152 jugements motivés et 122 arrêts sommaires pour disposer de ces affaires. En 1991, ces derniers chiffres étaient respectivement 5 630, 195, 127 et 68. Comme la Cour fonctionne, non pas par comités ou sous-comités, mais toujours de façon plénière et collégiale, en ce sens que chacun des juges prend connaissance de chacune des affaires soumises, on devine le travail considérable requis, ne serait-ce que pour arriver à écarter, à la phase préliminaire environ 90 % des demandes. On dit que les clercs des juges *(law clerks)*, qui sont de jeunes et brillants diplômés des facultés de droit affectés temporairement à chacun des juges, les aident beaucoup dans cette tâche. Même si on insiste pour que les mémoires d'appel soient aussi courts que possible, soit 25 pages environ, le travail exigé des juges est très grand, au point qu'il a déjà été suggéré de créer une nouvelle cour nationale d'appel chargée de choisir les affaires que la Cour suprême devrait entendre. La suggestion fut mal reçue, plusieurs juges de cette dernière estimant qu'ils ne pouvaient se départir de cette fonction, en dépit de sa lourdeur, au profit d'une autre cour.

Deux semaines sur quatre, d'octobre à juin, la Cour siège et entend les représentations des avocats des parties. Devant une table de marbre et d'acajou, le juge en chef préside, entouré de chaque côté de quatre juges, les juges les plus anciens à la Cour étant les plus proches de lui. Il fut un temps où les avocats plaidaient aussi longtemps qu'ils le voulaient devant la Cour. Cette époque est depuis longtemps révolue et, dans une affaire donnée, l'avocat de l'appelant et celui de l'intimé doivent se partager une heure seulement d'audition, après quoi un voyant rouge s'allume pour indiquer que leur temps de parole est expiré. Pendant son exposé, le plaideur est d'ailleurs souvent interrompu par les juges qui lui posent des questions et demandent des précisions, ce qui entraîne des surprises et exige de l'avocat beaucoup de préparation et de présence d'esprit. Il va de soi que le juge qui a quelque intérêt dans un litige, d'affaire ou de famille par exemple, évitera de siéger et de participer à la décision. Par ailleurs, l'avocat qui a gravement démérité pourra se voir rayé de la liste des avocats agréés à plaider devant la Cour. Évidemment les audiences de celle-ci sont ouvertes aux journalistes et au grand public, et environ 300 places sont prévues à cette fin.

Pendant les mois ou les semaines où la Cour ne siège pas, les juges étudient les dossiers et procèdent à la rédaction de leurs opinions. Le vendredi de chaque semaine, entre octobre et juin, est jour de conférence. Les juges se réunissent dans une salle proche des bureaux du juge en chef et délibèrent dans le plus grand secret sur les affaires entendues. Le juge en chef et les juges les plus anciennement nommés s'expriment les premiers. Mais quand la délibération est terminée et qu'on passe au vote, l'ordre est inversé, et ce sont les plus jeunes qui votent d'abord. Cette procédure singulière s'explique probablement par le fait qu'on souhaite que les plus jeunes juges soient, dans un premier temps, au courant de l'opinion de leurs aînés, mais qu'au moment du vote, ils ne soient pas exagérément influencés par celle-ci. Une fois qu'il a été décidé, à la majorité ou à l'unanimité, qu'un appel doit être accueilli ou rejeté, les choses ne sont pas encore terminées, puisqu'il reste l'importante étape de la rédaction du jugement.

Il pourra s'agir d'un jugement très sommaire où, en quelques lignes, la Cour, dans un arrêt en quelque sorte anonyme et signé d'elle-même (jugement *per curiam)*, dispose de l'affaire. Mais, dans les cas où l'on convient de donner des motifs détaillés, la procédure est plus complexe. Si le juge en chef fait partie de la majorité, il peut rédiger lui-même le jugement ou demander à un juge membre de celle-ci de le faire. S'il est parmi les minoritaires, c'est le juge de la majorité le plus « senior » ou anciennement nommé qui choisira le juge rédacteur de l'opinion majoritaire. Il demeure que le choix du juge qui signera l'avis de la majorité est une opération délicate, à la fois sur le plan de l'administration interne à la Cour, puisque certains juges sont plus susceptibles de se rallier leurs collègues que d'autres, et sur le plan externe où, pour mieux faire accepter un arrêt progressiste, on l'a parfois fait signer par un juge conservateur de réputation et vice-versa. Le juge en chef signe très souvent les jugements, unanimes ou majoritaires, les plus importants.

Chaque juge est libre de rendre un avis dissident ou une opinion concordante *(concurring opinion)*. L'opinion dissidente, signée par un ou plusieurs juges, est celle d'une minorité qui, très clairement et très ouvertement, se dit en désaccord avec l'opinion majoritaire. Cette liberté de différer d'opinion par rapport à la majorité et de rendre publics cette

dissidence et les motifs qui la fondent est très importante, et il n'est pas rare que l'opinion dissidente, plus d'avant-garde que l'opinion majoritaire, devienne une opinion majoritaire plusieurs années plus tard. Quant à l'opinion dite concordante, c'est celle d'un ou de plusieurs juges qui partagent les conclusions de la majorité — ou d'un nombre suffisant de juges pour qu'ensemble ils soient majoritaires — mais pour des motifs différents de ceux retenus par celle-ci. Il va de soi qu'une majorité obtenue sur la base d'opinions concordantes débouche sur un prononcé moins clair et plus fragile qu'un arrêt unanime ou clairement majoritaire.

Mais il ne faut pas perdre de vue, dans tout ce processus décisionnel complexe, que la rédaction des jugements est une affaire collective, où chacun met du sien et où les projets de jugement circulent constamment entre les divers juges. Un juge qui projette d'être dissident ou d'émettre une opinion concordante pourra se dire prêt à rallier la majorité à condition que l'avis de celle-ci soit modifié ou atténué en tel ou tel sens. Des compromis sont parfois réalisés ainsi ; ils peuvent porter atteinte à la logique et à la cohérence de l'arrêt, mais, en revanche, ils évitent l'incertitude engendrée par une suite d'opinions particulières rendues par plusieurs juges. On dit parfois que, si les lois sont obscures, c'est qu'elles sont le résultat du travail d'assemblées nombreuses et partagées. Cela est vrai aussi des arrêts rendus par la Cour, mais à un degré moindre.

Après cet examen rapide des aspects organisationnels de la Cour suprême des États-Unis, portons maintenant notre attention sur le produit de cette organisation, en d'autres termes sur la jurisprudence — l'ensemble des décisions ou des arrêts — constitutionnelle de la Cour depuis sa création. C'est là un sujet immense et infiniment complexe, qu'on tentera de synthétiser autour de trois grandes périodes historiques.

La jurisprudence constitutionnelle de la Cour

La Cour suprême n'est pas qu'un tribunal constitutionnel puisqu'elle décide aussi de litiges, surtout de droit administratif, impliquant l'interprétation de lois fédérales complexes. Mais il est incontestable que ce sont les questions de droit constitutionnel qui forment la plus grande et la plus importante partie de son travail. Et ce travail qu'elle exerce depuis plus de 200 ans ne se prête évidemment pas à un résumé de quelques pages ! On peut néanmoins, quoique avec une certaine part d'artifice et de simplification, tenter de le classer en trois grandes périodes historiques.

De 1790 jusqu'à la guerre civile ou de Sécession (1861 à 1865), la jurisprudence de la Cour a gravité autour du conflit entre les droits des États

et ceux du pouvoir central, avec une nette tendance à favoriser ces derniers et à contribuer à l'édification et à la reconnaissance du gouvernement fédéral. De 1865 jusqu'à la fin des années 1930, la Cour s'est beaucoup préoccupée, quoique non exclusivement, de cet autre conflit entre, d'une part, le libéralisme et la philosophie du laxisme social et économique et, d'autre part, l'interventionnisme croissant de l'État. À de nombreuses reprises, elle a utilisé son pouvoir d'invalider des lois fédérales et étatiques dans une optique nettement conservatrice et dans le but de défendre la libre entreprise contre diverses mesures de type interventionniste. Enfin, il paraît clair que, depuis l'après-guerre, c'est la question des droits fondamentaux et l'application de la Déclaration des droits ou *Bill of Rights*[21] qui font surtout l'objet de sa jurisprudence.

L'unité nationale

Pendant les dix premières années de son existence, la Cour manifesta une attitude de prudence face aux autres pouvoirs publics et parut vouloir établir lentement sa légitimité à leurs yeux. Mais de 1801 à 1835, sous la gouverne du juge en chef John Marshall, elle rendit un ensemble de décisions où elle affirma son indépendance et son pouvoir d'exercer le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois *(judicial review)* et où, d'autre part, elle s'attaqua à l'interventionnisme souvent régionaliste des États tout en soutenant le pouvoir fédéral.

C'est dans le célèbre arrêt *Marbury c. Madison*[22] de 1803 que, pour la première fois, la Cour déclara inconstitutionnelle une loi fédérale, et fort habilement d'ailleurs, car il s'agissait d'une loi par laquelle le Congrès lui donnait juridiction en certaines matières, si bien que l'arrêt, tout en niant certains pouvoirs au Congrès, lui en enlevait aussi à elle-même, mais par l'effet de sa propre décision ! Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fait depuis toujours l'objet de vives discussions aux États-Unis, ses détracteurs dénonçant le fait que des juges nommés puissent censurer la volonté des élus du peuple. À cela les partisans du contrôle répondent que les juges ne font qu'appliquer la Constitution, qui est au-dessus de toute loi, et que c'est le peuple qui a voulu qu'il en soit ainsi. Ce débat n'a guère cessé depuis l'arrêt *Marbury*.

En 1810, la Cour empêche la Géorgie d'annuler une cession de territoires que cet État avait antérieurement consentie[23]. En 1816, elle se reconnaît le pouvoir de réviser, pour des motifs de droit fédéral, les décisions de tribunaux d'État, avec la conséquence qu'une confiscation de terres décidée par la Virginie fut annulée[24]. En 1819, dans le célèbre arrêt *McCulloch c.*

Maryland[25], elle décide que la Banque nationale des États-Unis a été validement constituée par le Congrès en 1816 et que le Maryland ne peut taxer les billets émis par celle-ci. En 1824, invoquant la compétence fédérale sur le commerce, elle annule un monopole consenti par l'État de New York dans le domaine de la navigation à vapeur[26]. Ce ne sont là que quelques exemples d'arrêts, parmi les plus célèbres, où la Cour s'oppose aux actions étatiques et appuie l'action fédérale, le tout dans une perspective d'unification du pays.

En 1836, le juge en chef Taney succéda à John Marshall et, sous sa direction, la Cour continua le travail entrepris, avec toutefois plus de souplesse, de façon à laisser certains pouvoirs aux États au titre du commerce et de l'ordre public local *(police power)* et à rendre moins contraignante pour eux l'interdiction posée par l'article 1, section 10 de la Constitution de porter atteinte aux obligations assumées par contrat. Mais certaines questions politiques sont parfois trop explosives pour qu'une cour de justice puisse s'en mêler. C'était le cas, à l'époque, de la question de l'esclavage. La Cour s'en mêla dans son célèbre arrêt *Dred Scott c. Sandford*[27] et elle en perdit pendant plusieurs années sa légitimité.

Dred Scott, un esclave, ayait été amené d'un État esclavagiste, le Missouri, à un État interdisant l'esclavage, l'Illinois. De retour au Missouri, il poursuivit son maître en justice, soutenant que son séjour en territoire libre l'avait affranchi. La Cour opta pour un prononcé large et décida d'abord que Dred Scott ne pouvait intenter une action devant une cour fédérale du fait qu'un Noir n'était pas et ne pouvait pas être citoyen au sens de la Constitution fédérale. La Cour ajouta que le Compromis du Missouri de 1820, par lequel l'esclavage avait été interdit dans certains territoires, était lui-même inconstitutionnel et excédait les pouvoirs du Congrès. Ce fut « l'arrêt le plus désastreux que la Cour suprême ait jamais rendu[28] ». La Cour avait cru pouvoir régler de cette façon la question de l'esclavage ; en fait, sa décision eut plutôt pour effet de favoriser la Guerre civile.

Libéralisme ou interventionnisme ?

Après la fameuse affaire *Dred Scott*, la Cour se montra prudente, mais dès 1867 elle décida, attaquant un ordre du président Lincoln, qu'il était illégal de faire juger des civils par des militaires[29]. Trois ans plus tard, elle statua que le Congrès ne pouvait créer une monnaie à cours forcé ayant pouvoir libératoire[30], décision audacieuse, si bien que l'année suivante, à la faveur d'un changement de composition de la Cour, celle-ci la renversa tout simplement[31]. C'était aussi une décision audacieuse que d'invalider, en 1895, une loi fédérale sur l'impôt sur le revenu[32]. Et dès les années 1870, la Cour allait

faire un large usage de la compétence fédérale sur le commerce interétatique pour invalider de nombreuses réglementations commerciales des États, tout en interprétant d'ailleurs étroitement cette compétence aux dépens du Congrès, de façon par exemple à invalider une loi fédérale interdisant les monopoles industriels, au motif que l'industrie était chose distincte du commerce interétatique[33].

Mais le plus important combat mené par l'interventionnisme judiciaire contre l'interventionnisme politico-économique restait encore à venir. En 1873, dans la fameuse affaire des abattoirs[34], la Cour s'était montrée tolérante envers un monopole commercial octroyé par la Louisiane à une entreprise et qui écartait les autres commerçants du secteur d'activité en question. Mais quand, au tournant du siècle, elle décida de donner à la célèbre clause *due process of law* des 5e et 14e amendements un contenu non seulement procédural mais aussi substantif[35], cela lui permit d'ajouter à la « clause de commerce » un autre instrument de contrôle de la constitutionnalité des lois, fédérales et étatiques, plus souple que ce dernier, et qui — et cela est à peine une exagération — l'autorisait à apprécier l'opportunité ou le caractère équitable d'une politique ou d'une législation. On rapporte qu'entre 1900 et 1937, 187 arrêts de la Cour vinrent invalider des lois étatiques sur la base du 14e amendement[36]. Dans l'arrêt *Lochner c. New York*[37] de 1905, la Cour invalida une loi de l'État de New York qui limitait les heures de travail dans certaines entreprises en invoquant la liberté pour patrons et employés de convenir entre eux des conditions de travail de ces derniers. Elle fit de même en 1923, dans l'arrêt *Adkins c. Children's Hospital*[38], cette fois en rapport avec une loi fédérale qui établissait un salaire minimum pour les femmes et les enfants dans le district de Columbia.

Pour mettre fin à la pratique de faire travailler des enfants en usine, le Congrès tenta aussi de taxer les revenus des entreprises qui y avaient recours et d'interdire l'entrée de leurs produits dans le commerce interétatique. Ce fut sans succès. Dans le premier cas, la Cour décida que l'impôt n'était qu'une forme déguisée de réglementation d'une question échappant à la compétence fédérale[39]. Dans le second, elle décida que l'objectif poursuivi n'avait pas de rapport avec le commerce, mais était plutôt relatif à une phase antérieure à celui-ci, celle de la production[40]. Et cette attitude négative atteignit son point culminant à propos de la législation du *New Deal* dont il a été question précédemment. Mais les célèbres invalidations que la Cour prononça en 1935 et 1936 furent tout de suite suivies d'arrêts à l'effet contraire[41]. L'interventionnisme politico-économique avait gagné ; le libéralisme pur ou l'interventionnisme judiciaire avait perdu.

Le rappel qui précède est très incomplet, car il ne fait état que de quelques arrêts fort célèbres et en passe sous silence beaucoup d'autres dans

lesquels la Cour manifesta une plus grande ouverture d'esprit, de même que beaucoup d'opinions dissidentes célèbres. Cela dit, il n'est pas inexact de conclure que, pendant la période historique dont il vient d'être question, la Cour se porta en général à la défense du libéralisme économique et vit venir avec méfiance ce qu'on appela plus tard l'État-providence.

Les droits fondamentaux

Ce serait une erreur de croire que la jurisprudence constitutionnelle de la Cour se limite aujourd'hui à l'application du *Bill of Rights*. Elle s'étend aussi, comme depuis toujours, au fédéralisme, c'est-à-dire aux questions découlant du partage des compétences entre les États et le pouvoir central, ainsi qu'aux questions découlant de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire aux rapports entre le pouvoir législatif (le Congrès), le pouvoir exécutif (le président) et le pouvoir judiciaire (la Cour et les autres tribunaux fédéraux).

En matière de fédéralisme, les pouvoirs du Congrès, découlant au premier chef de la clause de commerce, ont toutefois reçu une interprétation si large qu'il n'y a pratiquement plus de lois fédérales qui sont invalidées pour motif de partage des compétences[42]. Cependant, les lois étatiques continuent d'être l'objet d'un contrôle judiciaire sous ce chef, en particulier parce qu'elles empiètent sur la compétence commerciale fédérale. Les lois fédérales — comme les lois étatiques d'ailleurs — demeurent pour leur part soumises aux importantes limitations et garanties du *Bill of Rights*.

Au titre de la séparation des pouvoirs, la Cour continue d'exercer un contrôle important. C'est ainsi qu'en 1974, dans *United States c. Nixon*[43], elle décida que les privilèges de l'exécutif n'allaient pas jusqu'à autoriser le président à refuser de verser en preuve devant une cour l'enregistrement de conversations tenues dans ses bureaux. Elle fit ainsi prévaloir les objectifs de l'administration de la justice sur les secrets du gouvernement. En 1952, la Cour avait refusé au président Truman la possibilité de réquisitionner des aciéries pour y éviter un arrêt de travail nuisible aux intérêts de la défense nationale, sous prétexte que c'est le Congrès qui avait le pouvoir de légiférer en matière de relations de travail — pouvoir qu'il avait d'ailleurs exercé — et que le rôle du président n'était pas de légiférer, mais bien de voir à l'application de la législation[44]. Voilà qui montre assez que ce n'est pas qu'au titre des droits fondamentaux que la Cour exerce des contrôles vigoureux. Toutefois, il demeure que son rôle le plus marquant depuis la Deuxième Guerre mondiale se situe dans ce domaine.

Avant toute étude du *Bill of Rights* américain, certaines données historiques et juridiques fondamentales doivent être rappelées. D'abord ce *bill* ne

s'appliquait originellement qu'au pouvoir fédéral, c'est-à-dire au Congrès[45]. En second lieu, ce n'est qu'après la Guerre civile que trois amendements (les 13e, 14e et 15e) clairement applicables aux États furent adoptés. Le 13e abolissait l'esclavage, le 15e garantissait le droit de vote aux Noirs. Mais le 14e, en son premier alinéa, comportait certaines ambiguïtés. Que signifiaient au juste ces garanties auxquelles les États ne pouvaient porter atteinte, à savoir : « the privileges or immunities of citizens of the United States, the due process of law » et « the equal protection of the laws » ? Ces garanties étaient-elles seulement relatives à la question raciale, en rapport avec laquelle le pays venait de vivre un important conflit, ou avaient-elles une portée plus large ? Troisièmement, il était clair que toutes ces protections ne limitaient que l'action étatique (*state action*), si bien que le Congrès, habilité à les mettre en œuvre par voie législative, ne put par le *Civil Rights Act* de 1875 proscrire la ségrégation raciale dans les endroits publics du fait que celle-ci découlait des pratiques sociales et non pas des lois des États[46]. Ce rappel étant fait, attardons-nous successivement à trois garanties majeures de la Constitution américaine au chapitre des droits fondamentaux : le *due process of law*, le principe d'égalité devant la loi et la liberté d'expression protégée par le 1er amendement.

Personne ne sera privé de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans respect du *due process of law* : voilà ce que prévoient, en substance, les 5e et 14e amendements. Comme on l'a vu précédemment, cette garantie reçut d'abord une interprétation procédurale, puis une interprétation substantive visant à garantir le droit de propriété et certains droits dits économiques à l'encontre de mesures aussi bien fédérales qu'étatiques. Mais ce qui doit retenir ici notre attention, c'est le fait que la Cour, petit à petit et par une interprétation sélective, en est venue, en pratique, à incorporer la très grande majorité des garanties du *Bill of Rights* original à la clause *due process of law*, de façon à soumettre les États aux mêmes exigences constitutionnelles que le pouvoir fédéral en matière de droits fondamentaux. L'extension donnée à cette clause dispensa la Cour de s'interroger de façon approfondie sur les « privilèges et immunités des citoyens des États-Unis ». La liberté d'expression et de religion, la protection contre les perquisitions et saisies déraisonnables, la protection contre les doubles accusations et contre l'auto-incrimination, le droit à un procès public, impartial et rapide, le droit aux services d'un avocat compétent, la protection contre les châtiments cruels et inusités, voilà un ensemble de garanties auxquelles les États pas plus que le Congrès ne peuvent porter atteinte. Sous l'angle des droits fondamentaux, cette évolution fut heureuse. Mais sous l'angle du fédéralisme, le pays assista à une énorme entreprise de centralisation et d'uniformisation du droit des États.

De par son imprécision même, la clause *due process of law* donne une grande latitude à la Cour, si bien qu'il en est résulté un corpus jurisprudentiel trop considérable et trop complexe pour qu'on puisse même en donner un aperçu ici. Contentons-nous de rappeler que c'est sur elle que la Cour se fonda pour reconnaître une certaine forme de protection constitutionnelle au droit à l'intimité, qui n'est pas garanti en tant que tel par la Constitution. C'est ainsi que dans *Griswold c. Connecticut*[47], elle invalida une loi étatique interdisant l'usage de contraceptifs parce qu'une telle loi violait l'intimité des relations conjugales. Dans *Roe c. Wade*[48], elle décida qu'une femme avait le droit de se faire avorter pendant les trois premiers mois de sa grossesse, l'État pouvant toutefois réglementer l'avortement pendant les trois mois subséquents de façon qu'il puisse être obtenu dans des conditions non dangereuses pour la santé de la mère, mais ne pouvant l'interdire qu'au cours des trois derniers mois, sauf s'il s'avère nécessaire pour la santé de celle-ci. Un tel jugement surprend parce qu'il ressemble plus à une législation qu'à un prononcé judiciaire, et plusieurs commentateurs ont d'ailleurs accusé la Cour de s'être substituée au législateur[49].

Mais la Cour se défend de cette accusation en mettant de l'avant une certaine méthodologie qui guide ses conclusions et qui les soustrait au pur arbitraire. Pour elle, certaines valeurs individuelles sont à ce point fondamentales que l'État ne peut les limiter que s'il établit que cela est absolument nécessaire dans l'intérêt public (*compelling state interest*). En l'absence de telles valeurs, elle n'interdira l'intervention étatique que si celle-ci paraît déraisonnable et dépourvue de fondement rationnel. Mais il faut bien reconnaître que la distinction entre une valeur fondamentale et ce qui n'en est pas une, ou entre ce qui est rationnel et ce qui est irrationnel, n'est pas toujours susceptible d'une appréciation totalement objective !

Beaucoup de développements dont nous venons de faire brièvement état ont eu lieu pendant les années où la Cour était présidée par le juge en chef Earl Warren (1953-1968). Aux yeux de certains, la *Warren Court* fut la plus progressiste et la plus soucieuse des droits fondamentaux de toute l'histoire des États-Unis. Pour d'autres, elle marqua le triomphe de l'activisme judiciaire et de l'usurpation par la Cour des responsabilités des autres organes du pouvoir. Quoi qu'il en soit, il est certain que son rôle ne fut pas moins marquant dans l'interprétation du principe d'égalité de tous devant la loi que de la clause *due process of law*.

On a pu penser, au XIX[e] siècle, que le principe d'égalité devant la loi établi par le 14[e] amendement en 1868 ne trouverait application qu'en matière raciale[50]. Mais les choses n'allaient pas du tout évoluer de cette façon, d'abord parce que le principe mit plus de 80 ans avant de bannir la ségrégation raciale, ensuite parce qu'il put être appliqué dans une multitude d'autres domaines.

En effet, la Cour s'en servit comme d'une sorte d'instrument d'application générale lui permettant d'apprécier la rationalité des classifications établies par la législation eu égard à l'objectif poursuivi par celle-ci. Ainsi, si une loi ayant pour objectif la stérilisation obligatoire des criminels d'habitude ne visait que les personnes condamnées pour une certaine catégorie de crimes plutôt arbitrairement définie, la Cour l'invalidait sous l'autorité du principe d'égalité de tous devant la loi, parce que la classification était déraisonnable par rapport au but recherché[51]. En un sens, un tel procédé est commode puisqu'il évite à la Cour d'avoir à trancher des questions aussi délicates que celle de la stérilisation obligatoire en tant que telle. C'est d'ailleurs à lui que certains juges ont eu recours quand, en 1972, ils déclarèrent la peine de mort inconstitutionnelle[52]. Ils le firent, en effet, au nom du principe d'égalité devant la loi et parce que c'était presque toujours à la minorité noire et démunie que les tribunaux, de par leur pouvoir discrétionnaire, imposaient en pratique ce châtiment. Ce n'est donc pas la peine de mort en tant que telle que la Cour a considérée contraire à la Constitution.

Le principe d'égalité devant la loi mit bien du temps à porter fruit en matière de ségrégation raciale. Quand, dans la célèbre affaire *Plessy c. Ferguson* de 1896[53], la Cour eut à statuer sur la validité d'une loi de la Louisiane obligeant Noirs et Blancs à emprunter des compartiments séparés dans les transports en commun, elle accepta comme raisonnable la politique dite *separate but equal*. Et ce n'est qu'en 1954, dans le célèbre arrêt *Brown c. Board of Education*[54], que le juge en chef Warren déclara inconstitutionnelle l'application de cette politique dans le système scolaire public, arrêt suivi de plusieurs autres au même effet quant à divers types de services publics.

Certes, la Cour alla ensuite très loin pour s'assurer que l'intégration raciale soit réalisée. Mais un résultat comme celui de l'arrêt *Brown* fut probablement rendu possible d'abord parce que la Cour en était progressivement venue à établir une hiérarchie entre les divers types de classifications. Celles fondées, en particulier, sur la race se trouvaient intrinsèquement suspectes, faisaient l'objet d'un examen rigoureux *(strict scrutiny)* et ne pouvaient être rachetées que par la preuve d'un intérêt étatique impératif, un peu comme dans le cadre du *due process of law*. Pareille preuve fut à ce jour rarissime, mais elle réussit dans l'arrêt *Korematsu c. United States*[55], où la Cour décida que les impératifs militaires pouvaient justifier l'exclusion des personnes d'origine japonaise de certaines parties du territoire. Ensuite, l'exigence déjà évoquée d'une action étatique *(state action)* pour donner prise à l'application

du *Bill of Rights* avait été peu à peu considérablement assouplie, au point que la Cour en 1948 alla même jusqu'à considérer qu'un contrat — matière privée par excellence — à contenu discriminatoire pouvait présenter un élément d'action étatique à partir du moment où un des contractants demandait au pouvoir judiciaire d'en faire respecter l'exécution[56].

Invoquant encore le principe d'égalité devant la loi, la Cour décida, dans le célèbre arrêt *Baker c. Carr*[57], qu'un découpage des circonscriptions électorales donnant à certaines une représentation très forte et à d'autres une représentation très faible pouvait s'avérer contraire à ce principe. Ici, comme en matière d'intégration raciale, la Cour fut fortement critiquée, parce qu'elle se serait occupée de questions qui ne la concernaient pas. Mais dans le premier cas, il faut bien voir que la Cour était confrontée à une loi électorale du Tennessee inchangée depuis plus de 50 ans, que personne ne semblait pouvoir ou vouloir modifier. En ce sens, on peut soutenir que c'est au nom de l'intégrité du processus démocratique que la Cour est intervenue, processus qui, s'il est vicié, se trouve en quelque sorte à vicier toute la législation adoptée grâce à lui. Quant à la question raciale, il est douteux que quelque autorité publique aurait été décidée à intervenir de la sorte au moment où la Cour l'a fait.

La jurisprudence de la Cour, au titre de l'égalité devant la loi, continue de se développer beaucoup, en particulier en rapport avec le caractère suspect, ou non, de certaines classifications et avec le caractère fondamental, ou pas, de certains intérêts protégés. Et l'une des plus difficiles questions auxquelles la Cour fut confrontée ces dernières années fut celle de savoir si des programmes de redressement d'inégalités passées, ayant pour effet de favoriser certaines minorités traditionnellement défavorisées, étaient eux-mêmes inconstitutionnels parce que contraires au principe d'égalité devant la loi[58].

Terminons par quelques remarques sur la jurisprudence de la Cour en matière de liberté d'expression. Tout comme la Cour a souvent attaché une présomption d'invalidité à certaines classifications ou à certaines limitations à des valeurs fondamentales, en vertu du principe d'égalité devant la loi et du *due process*, elle considère comme très suspecte toute limitation au contenu du discours ou des communications des individus, en vertu, cette fois du 1er amendement et de la garantie de liberté d'expression qu'il contient. Et ce qui sous-tend une telle attitude, c'est la croyance que la liberté d'expression et d'échange des idées est quelque chose de fondamentalement bon et sain pour la société et la démocratie. Comme l'écrivait le juge Holmes dans une célèbre opinion dissidente, toutes les idéologies « should be given their chance and have their way[59] ».

Ce postulat étant posé, il n'est pas surprenant que la Cour, tout au long des 50 dernières années, ait peu à peu élaboré la théorie du *clear and present danger*, théorie selon laquelle un discours ne peut être mis hors la loi que s'il y a risque clair et imminent qu'il ait des conséquences graves. On peut faire un plaidoyer *(advocacy)* pour la violence et le renversement du gouvernement ; mais, pas plus qu'on ne peut crier mensongèrement « Au feu » dans un cinéma, on ne peut non plus faire de l'incitation *(incitement)* à la violence ou à la violation des lois, ce dernier concept ayant, plus que le précédent, une connotation de grande immédiateté dans la réalisation de ce qu'on souhaite[60]. Il n'est pas surprenant non plus que la Cour considère avec méfiance toute forme de censure ou de contrôle préalable *(prior restraint)*, dans le domaine de l'imprimé, du film ou ailleurs, puisqu'un tel contrôle, dans la mesure où il empêche l'expression, s'avère plus restrictif encore que les poursuites *a posteriori*[61]. Enfin la Cour, soucieuse de ce que la critique et la discussion des affaires publiques s'exercent pleinement, a limité la possibilité pour les officiers et les personnages publics de poursuivre en diffamation leurs détracteurs[62]. On voit donc les conséquences très concrètes qu'a entraînées aux États-Unis la consécration constitutionnelle de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. Et c'est une très grande primauté qui fut accordée à cette dernière quand la Cour, dans l'arrêt *New York Times Co. c. U.S.*[63] de 1971, décida que le gouvernement ne pouvait empêcher un journal de publier des documents gouvernementaux secrets sur la guerre du Viêt-nam, parce que l'interdiction de la publication serait un mal plus grand que celui engendré par la diffusion de ces documents.

Il est évident que, quand les idées s'expriment par des moyens pouvant porter atteinte à l'ordre ou à la tranquillité publique, la Cour adopte une attitude moins restrictive à l'endroit de la législation, et il est aisé de comprendre, par exemple, qu'une municipalité doit avoir plus de latitude pour empêcher les haut-parleurs près des écoles ou des hôpitaux que pour censurer les journaux. La question du *symbolic speech* — qui consiste à savoir si par exemple, le fait de brûler un drapeau, des cartes de conscrits, des effigies d'hommes politiques est ou non une pure question d'expression d'idées — est toutefois plus délicate. La Cour fut souvent confrontée à des difficultés de ce genre. Mais le moins qu'on puisse dire est que la liberté d'expression, à l'époque moderne, est et demeure pour elle une valeur de première importance.

Comme on l'a signalé plus haut, l'époque (1953 à 1968) où la Cour fut présidée par le juge en chef Earl Warren fut avant-gardiste au plan de la protection des droits fondamentaux. En 1969, sous la présidence de Richard Nixon, Warren Burger devint juge en chef de la Cour et William Rehnquist lui succéda dans cette fonction en 1986, alors que Ronald Reagan était

président des États-Unis? Comment la *Warren Court*, la *Burger Court* et la *Rehnquist Court* se comparent-elles l'une à l'autre, et est-il exact d'affirmer que, sous ses deux derniers juges en chef, la Cour a connu un net effet de balancier et est devenue une cour conservatrice ?

De toute évidence, les orientations de la Cour ne dépendent pas que de son juge en chef, et les changements qu'on peut y déceler découlent, entre autres, des départs et arrivées à chacun des neuf fauteuils qui composent le banc. Cela dit, en bien des domaines et particulièrement dans celui de l'égalité, la *Burger Court* a prolongé l'action de la Cour précédente bien davantage qu'elle s'en est éloignée. Mais au chapitre des garanties pénales, un coup de barre conservateur s'est fait clairement sentir. On en veut pour exemple les nombreuses nuances et exceptions apportées au principe de l'irrecevabilité en justice des preuves illégalement obtenues[64] et à l'obligation faite aux policiers d'aviser la personne détenue de son droit de ne pas faire de déclaration et de consulter un avocat[65], obligation dont la transgression devait, à l'origine, entraîner l'irrecevabilité des preuves ainsi obtenues.

Signe des temps, l'orientation conservatrice de la Cour s'est poursuivie et accentuée sous la présidence du juge en chef Rehnquist, et elle n'est pas perceptible qu'au chapitre des garanties pénales. Ainsi, et à simple titre d'exemple, la Cour a décidé qu'il était inconstitutionnel d'assortir l'obtention d'un permis de développement résidentiel en bord de mer à la condition que le propriétaire donne des droits d'accès à la plage au public[66] ; qu'un militaire sujet à son insu à des expériences à base de LSD n'avait pas de recours contre l'État[67] ; que l'interdiction de danser nu en public n'était pas contraire à la liberté d'expression[68] ; que, même si la liberté d'expression était en jeu, une loi du Texas interdisant de profaner un drapeau était valide[69]. Mais tout cela est loin d'être à sens unique et l'on assiste aussi parfois à ce qu'un auteur a appelé « the phenomenon of surprising moderation[70] ». Ainsi la Cour, contrairement à ce que plusieurs avaient prévu, a confirmé plutôt qu'infirmé en 1991 le très libéral arrêt *Roe c. Wade*[71] de 1973 sur l'avortement[72]. Elle a estimé que le fait pour un individu noir de brûler une croix sur sa pelouse, mais à la vue des voisins, n'était pas illégal, même si cela pouvait susciter de l'indignation et de l'animosité interraciale[73]. La Cour a reconnu aux membres de la Société Hare Krishna le droit de distribuer leurs brochures dans les aéroports publics, sans toutefois les autoriser à y faire de la sollicitation[74]. Elle a interdit que des frais de permis soient imposés pour tenir une manifestation sur la voie publique[75]. Et l'auteur précité de conclure : « [P]olitical " liberals " lost less than they feared and political " conservatives " gained less than they hoped[76]. »

La Cour suprême des États-Unis, dont le rôle est si important dans le fonctionnement du système politique de ce pays, a été, on l'a vu, parfois

avant-gardiste, parfois en retard sur son siècle. Mais dans un sens comme dans l'autre, le décalage n'a jamais été très durable. Sa jurisprudence est de caractère empirique, et comme les faits et les réalités changent, elle se prête à de fréquents revirements. Mais cette jurisprudence affiche souvent une franchise, un réalisme et une sensibilité aux principes fondamentaux qui font de la Cour suprême des États-Unis une des institutions judiciaires les plus prestigieuses et les plus vénérables du monde occidental.

Notes

1. D.J. Boorstin, *The Genius of American Politics*, 11e éd., The University of Chicago Press, 1973, p. 10. Selon l'auteur, la fiction d'un accord initial très complet fait qu'on y trouve une grande variété de solutions. Combinaison d'empirisme et d'idéalisme, écrit-il (p. 16). À ce propos, il faudrait encore faire état de la notion de loi fondamentale ou loi supérieure à toute autre, notion dont la pensée américaine est si fortement imprégnée. Sur ce point, voir la classique et magistrale étude de E.S. Corwin, « " The Higher Law " Background of American Constitutional Law », (1928-1929) 42 *Harv. L. Rev.*, 149 et 365, publiée sous forme d'ouvrage par Cornell University Press, 8e éd., 1974.

2. Celui-ci écrit : « Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux États-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel il n'entende invoquer l'autorité du juge. » *De la démocratie en Amérique*, 16e éd., Paris, M.-Th. Gérin, t. 1, p. 145. Un célèbre auteur américain observe aussi : « In the United States as nowhere else in the world, we have developed the extraordinary habit of casting critical aspects of social, economic, political and philosophical questions in the form of actions at law and suits in equity so that the courts may participate in their disposition. » A. Cox, *The Warren Court*, 5e éd., Harvard University Press, 1974, p. 2.

3. Pour une analyse plus approfondie des quelques idées simplement évoquées plus haut, voir F. Chevrette, « Le rôle de la Cour suprême et l'équilibre constitutionnel global des pouvoirs aux États-Unis », (1977) 12, *R.J.T.*, p. 341.

4. Au Canada, le système judiciaire n'est pas à ce point qualifié de dualiste. En effet, les cours de création provinciale doivent appliquer les lois fédérales aussi bien que provinciales, sauf si le Parlement fédéral décide de confier, à des conditions constitutionnellement assez restrictives, l'application des lois fédérales à des cours fédérales. Par ailleurs, la Cour suprême du Canada, de création fédérale, est constitutionnellement habilitée à appliquer en appel autant les lois provinciales que fédérales. Le système judiciaire canadien est donc plutôt moniste que dualiste. Pour un aperçu de son fonctionnement général, voir F. Chevrette et H. Marx, *Droit constitutionnel*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1982, ch. 12.

5. L'expression « cours constitutionnelles » doit évidemment être entendue ici, non pas au sens européen de cours constitutionnelles spécialisées, mais au sens de cours dont l'existence est prévue par la Constitution.

6. Sauf dans la mesure où cet article prévoit pour la Cour suprême une juridiction de première instance. C'est le cas des litiges concernant les ambassadeurs, ministres publics, consuls, et ceux où un État est partie.

7. Sauf si, conformément au 11e amendement de 1798, la poursuite est entamée contre un État par un citoyen d'un autre État ou par un ressortissant étranger. Les immunités de poursuite des États et du gouvernement fédéral sont en fait très vastes.

8. Alexander M. Bickel dans une entrevue au *Time Magazine*, 23 mai 1969, p. 24.

9. Voir notamment l'ouvrage classique de R. Berger, *Impeachment : Constitutional Problems*, Harvard University Press, 1973.

10. *Chisholm c. Georgia*, 2 U.S. 419 (1793).

11. *Pollack c. Farmers' Loan and Trust Company*, 158 U.S. 601 (1895).

12. *Ex parte McCardle*, 74 U.S. 506 (1869). Mais il est douteux que cette affaire serait décidée de la même façon aujourd'hui.

13. Dans *Schechter Poultry Corp. c. U.S.*, 295 U.S. 495 (1935), la Cour invalida le *National Industrial Recovery Act* de 1933 relatif aux pratiques commerciales déloyales, au salaire minimum, au contrôle des prix, aux heures de travail et à la négociation collective. Dans *Carter c. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936), elle invalida le *Bituminous Coal Conservation Act* de 1935, relatif à des questions analogues dans les mines de charbon. Dans *United States c. Butler*, 297 U.S. 1 (1936), elle invalida l'*Agricultural Adjustment Act* sur l'organisation de l'agriculture.

14. *National Labor Relations Board c. Jones*, 301 U.S. 1 (1937), où fut validé le *National Labor Relations Act* de 1935 relatif aux relations patronales-ouvrières ; *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), où la Cour renversa des décisions antérieures qui avaient invalidé des normes sur le salaire mininum ; *Steward Machine Co. c. Davis*, 301 U.S. 548 (1937), où fut jugé valide le plan d'assurance-chômage de la *Social Security Act* de 1935.

15. Voir, par exemple, *Gideon c. Cochran*, 370 U.S. 908 (1962). Dans son jugement un an plus tard, la Cour renversa effectivement ce précédent. *Gideon c. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963).

16. Un tel renversement, dans le cadre de la procédure de *rehearing*, est distinct des fréquents renversements que la Cour opère de ses décisions antérieures rendues dans d'autres affaires *(overruling)*.

17. *Brown c. Board of Education*, 847 U.S. 483 (1954) et *Bolling c. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

18. *Brown c. Board of Education*, cité à la note précédente.

19. *Brown c. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955).

20. Notamment dans *Reynolds c. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), au sujet d'une loi de l'Alabama.

21. Au point de vue historique, le *Bill of Rights* est constitué des dix premiers amendements à la Constitution, tous entrés en vigueur en 1791 à la demande des États et qui ne visaient qu'à limiter les pouvoirs de l'autorité fédérale. On peut y inclure aujourd'hui d'autres amendements, en particulier les 13e, 14e, et 15e, qui ont découlé de la guerre civile.

22. 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

23. *Fletcher c. Peck*, 6 Cranch 87 (1810).

24. *Martin c. Hunter's Lessee*, 1 Wheat. 304 (1816).

25. 4 Wheat. 316, 4 L. Ed. 579 (1819).

26. *Gibbons c. Ogden*, 9 Wheat. 1,6 L. Ed. 23 (1824).

27. 19 *How.* 393 (1857).

28. R.G. McClosky, *La Cour suprême des États-Unis*, Paris, Seghers, 1965, p. 123. Cette traduction de l'ouvrage *The American Supreme Court*, University of Chicago, 1960, nous a beaucoup inspiré aux fins de la présente présentation historique. Il faut le compléter par l'ouvrage du même auteur, *The Modern Supreme Court*, Harvard University Press, 1972, qui analyse la jurisprudence de la Cour de 1940 jusqu'au milieu des années 1960.

29. *Ex parte Milligan*, 4 Wall. 2 (1867).

30. *Hepburn c. Griswold*, 8 Wall. 603 (1869).

31. *Legal Tender Cases*, 12 Wall. 457 (1871).

32. *Supra*, note 12. Comme on l'a vu, il fallut l'adoption, en 1913, du 16e amendement pour contrer les effets de cet arrêt.

33. *U.S. c. E.C. Knight Co.*, 156 U.S. 1 (1895).

34. *Slaughter-House Cases*, 16 Wall. 31, 21 L. Ed. 394 (1873).

35. Le 14e amendement de 1868 impose aux États, et le 5e amendement de 1791 impose au Congrès, le devoir de respecter le *due process of law*. L'expression vient d'une loi anglaise du XIVe siècle et signifie « conformément à la loi du pays », « *by the law of the land* » , disait la Magna Carta de 1215. On y a vu le plus souvent un sens procédural d'« application régulière de la loi », entendant par là qu'un individu peut être privé de certains droits, pourvu que ce soit conformément aux prescriptions de la loi et non par l'arbitraire ou le caprice du souverain ou de toute autre autorité publique. Mais de la fin du XIXe siècle jusqu'à 1937, la Cour a aussi donné à cette expression un contenu substantif, de façon à empêcher le Congrès et les États de porter atteinte à la propriété et à certains droits dits économiques.

36. *Supra*, note 29, p. 192.

37. 198 U.S. 45 (1905).

38. 261 U.S. 525 (1923).

39. *Bailey c. Drexel Furniture Co.* (The Child Labor Tax Case), 259 U.S. 20 (1922).

40. *Hammer c. Dagenhart* (The Child Labor Case), 247 U.S. 251 (1918).

41. Ces invalidations sont identifiées *supra*, note 14, et les arrêts en sens contraire le sont *supra*, note 15.

42. En 1976, dans *National League of Cities c. Usery*, 426 U.S. 833 (1976), la Cour invalida un article de la loi fédérale *Fair Labor Standards Act* qui rendait le salaire minimum fédéral applicable aux employés des États et des gouvernements municipaux, le tout au nom de la souveraineté des États et de l'autonomie des pouvoirs locaux face à l'État central. Mais ce qu'il est intéressant de constater, c'est que moins de dix ans plus tard, dans *Garcia c. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528 (1985), la Cour mit de côté son arrêt de 1976 en qualifiant la prétendue immunité sur laquelle il reposait de « unsound in principle and unworkable in practice ». La Cour se déclara incapable d'identifier « principled

constitutional limitations on the scope of Congress' Commerce Clause powers over the States ». Selon la Cour, « State sovereign interests ... are more properly protected by procedural safeguards inherent in the structure of the federal system than by judicially created limitations on federal power ». On peut donc certainement en conclure qu'aux États-Unis le fédéralisme ne pose plus de limite aux pouvoirs du Congrès.

43. 418 U.S. 683 (1974).

44. *Youngstown Sheet and Tube Co. c. Sawyer* (The Steel Seizure Case), 343 U.S. 579 (1952).

45. *Supra*, note 22. Cela fut clairement établi dans *Barron c. The Mayor and City Council of Baltimore*, 7 Pet. 243, 8 L. Ed. 672 (1833).

46. *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883).

47. 381 U.S. 479 (1965).

48. 410 U.S. 113 (1973).

49. Voir, en particulier, l'analyse de A.M. Bickel, *The Morality of Consent*, Yale University Press, 1975, p. 27 et 28.

50. Voir par exemple *Slaughter-House Cases, supra*, note 35. Notons que le principe d'égalité devant la loi du 14e amendement n'est opposable qu'aux États. Mais, à l'époque moderne, la Cour a considéré qu'il se trouvait englobé dans la clause *due process of law* du 5e amendement et qu'il était par conséquent opposable aussi au Congrès. Voir *Bolling c. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

51. *Skinner c. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

52. *Furman c. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972).

53. 163 U.S. 537 (1896).

54. *Supra*, note 18.

55. 323 U.S. 214 (1944).

56. *Shelley c. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

57. 369 U.S. 186 (1962). Voir aussi *Reynolds c. Sims, supra*, note 21.

58. Voir notamment *Regents of the University of California c. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), où la Cour a fait un examen très nuancé de la question, pour conclure que de tels programmes pouvaient être valides moyennant plusieurs conditions.

59. *Gitlow c. New York*, 268 U.S. 652, 673 (1925).

60. Ce n'est que dans les années 1940 que le critère du *clear and present danger* fut appliqué par une majorité de juges de la Cour, avec bien souvent d'importantes variations dans l'interprétation qu'on lui a donnée. On en veut pour exemple la jurisprudence de la Cour élaborée pendant l'après-guerre relativement au « péril communiste ».

61. Voir, par exemple, *Freeman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965).

62. *New York Times c. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

63. 403 U.S. 713 (1971).

64. Principe clairement établi et rendu opposable aux États dans *Mapp c. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

65. Obligation établie par le célèbre arrêt *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

66. *Nollan c. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987).

67. *U.S. c. Stanley*, 483 U.S. 669 (1987).

68. *Barnes c. Glen Theatre Inc.*, 111 S.Ct. 2456 (1991).

60. *Texas c. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

70. K.M. Sullivan, « The Supreme Court 1991 Term-Foreword : The Justices of Rules and Standards », (1992) 106 *Harv. L. Rev.*, 24, 27. On notera que la *Harvard Law Review* présente chaque année une analyse approfondie des arrêts rendus par la Cour l'année précédente.

71. *Roe c. Wade, supra*, note 49.

72. *Planned Parenthood c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

73. *R.A.V. c. City of St. Paul*, 112 S.Ct. 2538 (1992).

74. *ISKCON c. Lee*, 112 S.Ct. 2701 et 2709 (1992).

75. *Forsyth Country c. Nationalist Movement*, 112 S.Ct. 2395 (1992).

76. *Supra*, note 71, p. 26.

Bibliographie

En français

GRISWOLD, E.N., « La Cour suprême des États-Unis », *Revue internationle de droit comparé*, 1978, p. 97, numéro publié sous forme d'ouvrage sous le titre *La Cour judiciaire suprême, une enquête comparative*, Economica, 1978.

LENAERTS, K., *Le Juge et la Constitution aux États-Unis et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

McCLOSKEY, R.G., *La Cour suprême des États-Unis*, Paris, Seghers, 1965.

MATHIOT, A., « Les offensives du Congrès des États-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême », *Mélanges Waline*, t. 1., Paris, L.G.D.J., 1974, p. 47.

ORBAN, E., « La Cour suprême et le processus démocratique aux États-Unis », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n° 2, 1990, p. 23-48.

ORBAN, E., « La Cour suprême des États-Unis et le processus de nationalisation », dans ORBAN, E., *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant, Montréal, PUM, 1991, p. 59.

En anglais

ABRAHAM, H.J., *The Judiciary : The Supreme Court in the Governmental Process*, Detroit, Allyn and Bacon, 1973.

ABRAHAM, H.J., *Freedom and the Court*, New York, Oxford University Press, 1988.

BERGER, R., *Congress and the Supreme Court*, Harvard University Press, 1969.

BERGER, R., *Government by Judiciary ; The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Harvard University Press, 1977.

BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, The Bobbs-Merrill Company, 1962.

BICKEL, A.M., *Politics and the Warren Court*, New York, Harper and Row, 1965.

BICKEL, A.M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New York, Harper and Row, 1970.

COX, A., *The Role of the Supreme Court in American Government*, New York, Oxford University Press, 1976.

KATZ, E., « The U.S. Supreme Court and the Integration of American Federalism », dans ORBAN, E., *Fédéralisme et Cours suprêmes*, Bruxelles, Bruylant et Montréal, PUM, 1991, p. 35.

KEYNES, E. et R.K. MILLER, *The Court vs. Congress : Prayer, Busing and Abortion*, Duke University Press, 1989.

McCLOSKEY, R.G., *The Modern Supreme Court*, Harvard University Press, 1972.

REHNQUIST, W.H., *The Supreme Court : How It Was, How It Is*, New York, William Morrow and Company, 1987.