

THE CONSTITUTIONALIST :
NOTES ON THE FIRST AMENDMENT

par *George Anastaplo,*

Dallas, Southern Methodist University Press, 1971, p. 826, \$20.

Le professeur Anastaplo a produit un ouvrage remarquable. Il s'agit à la fois d'un traité, d'un recueil de documents autobiographiques de même que d'une réflexion couvrant le droit, la philosophie, la science politique et la littérature. Le livre peut être divisé en trois grandes parties.

1° Le traité proprement dit qui porte sur le premier amendement de la constitution américaine (p. 1 à 285).

2° Des appendices (p. 289-418) qui reproduisent divers documents concernant les libertés publiques. On y trouve notamment un appendice intitulé "In re George Anastaplo (1950-1961)" (p. 331-418) qui traite de la lutte de l'auteur pour se faire admettre au barreau de l'Etat de l'Illinois.

3° Des notes de renvoi (p. 419-808) en petits caractères qui contiennent assez d'informations et idées pour quelques autres ouvrages.

Je discuterai ces trois parties tour à tour.

La première partie fut la thèse de Ph.D. de l'auteur à l'Université de Chicago. Il s'agit d'une étude exhaustive du premier amendement de la constitution américaine qui porte que : "Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs." Il s'agit d'une étude exégétique de l'amendement à la lumière des débats législatifs qui ont précédé son adoption, des documents préparatoires et de la philosophie occidentale qui le sous-tend.

L'auteur opte pour une interprétation absolutiste de cet amendement. Il suggère que la liberté d'expression qui se trouve garantie dans le premier amendement doit être interprétée littéralement. Comme cette liberté n'y est pas qualifiée, il s'agit d'une liberté qui ne pourrait aucunement être restreinte. Cependant cette position absolue souffre des exceptions.

La première exception est que la liberté d'expression protégée se rapporte exclusivement à l'expression des opinions publiques et des affaires du gouvernement (p. 118). Les questions d'un contenu non-politique ne sont pas protégées. Celles-ci incluent l'expression qui touche l'espionnage, l'obscénité et la diffamation. La deuxième exception tend à affaiblir la garantie constitutionnelle elle-même. En effet l'auteur est d'avis que le texte même de l'amendement oblige à conclure qu'il ne s'applique qu'au Congrès et pas aux Etats. Les Etats pourraient donc réglementer la liberté d'expression, voire même la supprimer, sous la réserve de toute législation du Congrès visant à la protéger davantage.

Enfin l'auteur rejette carrément la "clear and present danger test" du juge Holmes (l'Etat pourrait punir certains maux présents) et le "balancing test" (il faut comparer l'intérêt de l'Etat et celui de l'individu). Il semble que dans sa propre cause (*In re Anastaplo*, (1961) 366 U.S. 82), dont il sera question ci-des-

sous, ce "balancing test" a été appliqué pour rejeter sa prétention en ce qui concerne la liberté d'expression aux Etats-Unis (p. 374).

Deux idées qui se rapportent au droit canadien et québécois retiennent notre attention.

Premièrement, les fondements de la liberté d'expression en droit public américain et canadien ont les mêmes racines. Nous ne sommes pas moins héritiers que les américains de la pensée de Blackstone (p. 94 ss.). Anastaplo note que l'interdiction de la censure préalable (*prior restraint*) est protégée par le principe de légalité ("the rule of law") (p. 187). Ceci nous fait penser à l'énoncé du juge en chef Duff dans *Renvoi Relatif aux Lois de l'Alberta* ([1938] R.C.S. 100, p. 133; traduction de Marx, *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle au Canada* (1974), p. 604) où il a dit : "L'Acte [de l'Amérique du Nord britannique] prévoit un Parlement qui fonctionne sous le feu de l'opinion publique et de la libre discussion. Il ne peut y avoir aucun doute que ces institutions tirent leur efficacité de la libre discussion des affaires, des critiques, réponses et contre-critiques, des attaques contre la politique et l'administration et des défenses et contre-attaques, de l'analyse et de l'examen le plus libre et le plus complet de chaque point de vue énoncé sur les projets politiques". Bref cette liberté d'expression est le pilier de nos systèmes politiques des deux côtés de la frontière.

La deuxième idée reliée à la première est que l'auteur favorise les "states' rights"; en termes canadiens il est décentralisateur. Selon lui les garanties du premier amendement comme nous avons noté ci-dessus ne s'applique qu'au Congrès. L'auteur suggère que le pouvoir des Etats de légiférer en cette matière se justifie par le fait que même si un Etat exerçait une contrainte sur cette liberté sa jouissance serait pleinement possible dans d'autres Etats; que les Etats ont des ressources plus limitées que le gouvernement central et qu'ils seront plus circonspects relativement à l'utilisation de ce pouvoir; qu'ils exercent leurs pouvoirs d'une façon moins impersonnelle; enfin qu'ils n'ont pas la responsabilité de légiférer en temps d'urgence nationale, moment où le législateur a précisément tendance à perdre de vue d'autres considérations (p. 177 ss.). De plus il propose que la "assignment of the regulation of speech and the press to the states permits adaptations to special local circumstances without committing the entire country to a single policy of laxity or repression" (p. 181). Pour étayer sa prise de position il cite, entre autres, John Diefenbaker, qui lors de la crise d'octobre 1970 s'est plaint à la Chambre des communes de ce que les gens de la Saskatchewan se soient vus restreints dans leurs libertés en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre* (S.R.C. 1970, ch. W.2) dans le combat contre le Front de libération du Québec à la demande du Gouvernement du Québec et de la Ville de Montréal (note 28, p. 456). Enfin, il rejette l'argument que les Etats seraient moins respectueux du principe de légalité que le gouvernement central.

Je ne partage pas l'opinion concernant une telle décentralisation, soit au sud, soit au nord de la 49e parallèle, tout en admettant que les gouvernements centraux n'ont pas les mains d'une blancheur de lis. En effet au Canada si les deux provinces centrales pouvaient enfreindre la liberté d'expression politique il ne resterait pas grand'chose de cette liberté au pays. Ceci s'applique aussi aux Etats-Unis, le cas échéant. Il serait de beaucoup préférable que les deux ordres de gouvernement voient leurs pouvoirs restreints le plus possible dans ce domaine.

Si le lecteur n'a pas d'objection à commencer un livre autrement qu'au début il fera bien d'entreprendre la lecture de celui-ci à la partie autobiographique (p. 331 ss.). Il s'agit d'un coup d'oeil sur l'auteur en tant qu'homme, surtout durant sa lutte pour être admis au barreau de l'Etat de l'Illinois. Même s'il n'avait rien à cacher, il a par principe refusé de répondre aux questions du comité d'ad-

mission du barreau en ce qui concernait ses affiliations politiques ("loyalty oath"). Anastaplo a plaidé sa cause lui-même jusqu'à la Cour suprême des États-Unis où sa requête pour casser la décision du comité du barreau comme étant inconstitutionnelle à cause des premier et quatorzième amendements a été rejetée par une majorité d'une voix. Il est à noter qu'en 1971 la cour a semblé renverser implicitement cette décision. En effet dans *Baird c. State Bar of Arizona* (401 U.S. 1) le juge Black (dissident dans l'arrêt *Anastaplo*) a prononcé l'opinion de la cour, ici encore à une majorité de cinq contre quatre, à l'effet qu'un individu n'est pas tenu de répondre aux questions qui portent sur ses idées et appartenances et qu'un tel refus ne peut pas servir comme excuse pour sa non-admission au barreau.

Cette partie du livre fait état de beaucoup d'incidents intéressants dans sa vie, par exemple son expulsion de la Russie et de la Grèce. L'auteur nous raconte aussi qu'au moment où il travaillait comme chauffeur de taxi à Chicago il a transporté comme passager le juge qui avait rendu un jugement contre lui quelques mois auparavant. Le juge lui a donné l'assurance qu'il serait admis au barreau un jour. Cependant quatre ans plus tard ce même juge a été en tête de la majorité (quatre contre trois) de la Cour suprême de l'Illinois qui a donné raison au comité du barreau. Il va sans dire que la société en général n'accepte pas aisément un homme de principe comme Anastaplo quand presque tout le monde trouve des rationalisations de toutes sortes pour faire le compromis nécessaire pour "réussir".

Enfin arrivons aux notes de renvoi qui sont d'un intérêt interdisciplinaire certain. Il s'agit des notes qui combinent des éléments de diverses disciplines. Un relevé des sources citées à la note 7, p. 423 donne une idée de la richesse du contenu de ces multiples notes. Dans cette note l'auteur réfère à : Hobbes, *The Leviathan*; Kant, *Critique of Pure Reason*; Stephen, *A History of the Criminal Law of England*; Melville, *Moby Dick*; Muir, *Latitudes*; Aristote, *Politics*; Shakespeare, *Sonnet 94*; Spiegelberg, *The Phenomenological Movement*; Heidegger, *Die Gelbstbehauptung der deutschen Universität* etc. Il s'agit souvent de digressions et d'observations qui n'ont qu'un rapport assez tenu avec le passage du livre qui y réfère.

Ces notes sont d'une grande richesse du point de vue de l'information et de la réflexion. Cependant, je trouve que l'utilisation qu'il en fait est exagérée et que l'ouvrage s'en trouve déséquilibré. Les notes ne complètent pas le texte; elles ont une raison d'être indépendante. C'est pourquoi, après une tentative de les lire avec le texte, j'en ai reporté la lecture à la fin.

En somme, *The Constitutionalist* est un ouvrage important. L'auteur y a mis des années de travail et de réflexion. Le profit qu'on en retire vaut l'effort de le lire. Sur le plan matériel l'excellente qualité du livre facilite cette tâche.

Herbert Marx *

* Faculté de Droit, Université de Montréal.