

Inquiétudes et perspectives de la pensée
constitutionnelle américaine:

LE ROLE DE LA COUR

SUPREME ET L'EQUILIBRE

CONSTITUTIONNEL GLOBAL

DES POUVOIRS AUX ETATS-UNIS

François CHEVRETTE*

La démocratie constitutionnelle américaine est en crise. C'est une crise profonde chez les élites et les pouvoirs publics et qui, pour avoir culminé dans le Watergate, n'en couvrait pas moins depuis longtemps dans les idées et les pratiques de la nation. Dans une mesure significative elle dérive de l'idéalisme moralisateur et intransigeant de la pensée radicale américaine. Ce radicalisme a eu notamment pour conséquence un activisme et une politisation judiciaires qui, exigeant trop d'un système de droit, le tendent jusqu'à risquer d'en briser les ressorts. Le droit est avant tout un processus, un ensemble de procédures de décision, le droit constitutionnel, un système d'arrangements institutionnels, de distribution et de limitation du pouvoir. Quand, au lieu de s'en servir comme d'un outil délicat et dans le respect de toutes les règles de l'art, on en use en vue d'objectifs impératifs, immédiats et souvent au détriment des formes et technicalités légales, il y a moins à se surprendre que d'autres organes du pouvoir, en particulier la Présidence, puissent faire de même dans la poursuite d'objectifs moins nobles. Face à quoi il faut renouveler une certaine conception américaine de l'ordre social et du droit. C'est une moralité du processus, une moralité du consentement qui doit y prédominer, imprégnée d'ouverture d'esprit et de volonté de progrès mais aussi de tolérance, du sens des complexités et des compromis et d'un plus grand relativisme du droit.

Tel est en peu de mots le sens du message du professeur Alexander M. Bickel, du Yale Law School, dans un petit ouvrage posthume, *The Morality of Consent*¹. Ce qui vient d'en être dit peut suggérer l'image d'un simple pamphlet conservateur, — et il faut noter qu'il s'ouvre par de larges références à la pensée d'Edmund Burke² —. Mais la qualité et la subtilité de la réflexion exigent qu'on en dise davantage, d'autant que l'ouvrage s'attaque à ce qui est, pour bien des juristes, un des apports les plus fascinants du droit constitutionnel des Etats-Unis: la très grande créativité jurisprudentielle, le refus de s'emprisonner dans le légalisme, le précédent et la retenue judiciaire, la détermination franche des "grandes questions".

Il demeure qu'on ne peut apprécier correctement le contrôle judiciaire de constitutionnalité en contexte américain, tel qu'exercé en particulier par la Cour suprême des

* Professeur, Faculté de Droit, Université de Montréal.

¹ A.M. BICKEL, *The Morality of Consent*, New Haven and London, Yale University Press, 1975.

² Ce célèbre écrivain anglais (1729-1797) qui, dans ses fameuses *Réflexions sur la révolution de France* (1790), s'était farouchement attaqué aux idées politiques abstraites, à la philosophie de la "table rase" et s'était fait l'apôtre de la tradition et de la continuité historique.

Etats-Unis, sans référence aux autres organes du pouvoir, à leurs vertus et leurs défauts, en un mot à l'équilibre constitutionnel global du pays. Ce qu'oublie de faire beaucoup des admirateurs du système judiciaire américain comme beaucoup de ses critiques. Ce que Bickel fait très peu aussi, passant de la réflexion philosophique aux décisions des Cours sans trop d'attention aux rapports entre le Congrès et le Président, à leurs pouvoirs et faiblesses respectives, enfin à ce fédéralisme à 51 partenaires, en beaucoup de sens si différent du nôtre. Sur ce point l'ouvrage est moins faible qu'incomplet, à raison de son orientation même, qui en est une de philosophie de la fonction judiciaire.

A ce titre il est intéressant d'en compléter la lecture par celle d'un autre petit ouvrage, plus récent, intitulé *The Tides of Power* et signé par Charles L. Black, lui aussi professeur au Yale Law School et Bob Eckhardt, représentant du Texas au Congrès³. Dans ce livre d'apparence facile, qui se présente sous la forme de conversations entre les deux auteurs, ces derniers ont voulu mettre l'accent non pas sur le seul "constitutionnalisme judiciaire", c'est-à-dire sur les limites au pouvoir définies par les juges, mais suivant l'expression même de Black sur le "constitutionnalisme pur et simple", sur l'organisation et la distribution du pouvoir même et sur le rôle qu'y jouent ses divers agents.

Joignant l'un à l'autre ces deux livres, on est surpris de constater combien, au-delà de ce qui les sépare dans l'orientation fondamentale, ils se rejoignent pour rendre une image plus complète du système constitutionnel des Etats-Unis, des inquiétudes qu'il suscite et des perspectives d'évolution qu'y décèlent trois de ses excellents analystes.

Les pages qui suivent n'ont pour but que de présenter quelques réflexions personnelles en rapport avec ce qui m'a semblé les thèmes majeurs des deux ouvrages annoncés.

L'analyse de Bickel prend racine dans une prise de position philosophique d'inspiration expressément burkienne. Or cette espèce de recherche de paternité, qui ouvre l'exposé et qui augure pour le débat qui va suivre une acuité qu'en fait il n'aura pas, est peut-être ce qui dans l'ensemble de l'ouvrage emporte le moins facilement l'adhésion. Ce que de Burke Bickel veut en fin de compte retenir, c'est un certain sens de la continuité et du compromis, un refus des idées politiques absolues et abstraites, un respect des diversités, une claire conscience de ce que le consensus social ne s'obtient pas que par le dépouillement d'un vote populaire ou parlementaire et encore moins par l'ukase d'un tribunal. Mais faut-il être burkéen pour autant? Car le danger de l'être n'est pas tant de s'identifier avec le théoricien des idéologies absentes — ce à quoi la pensée américaine nous a assez habitués — que de suggérer un rapprochement plus qu'hasardé entre ce qu'il critique de la pensée américaine et ce contre quoi Burke s'était si violemment acharné, ce farouche adversaire du rousseauisme, de la révolution française et du totalitarisme des idées.

Il serait hors de question de s'attarder aux analyses de Burke sur la France de 1789. Le vrai est que, contrairement à son compatriote Arthur Young⁴, il en savait bien peu de choses; et l'on peut encore noter que Lord Acton, ardent burkéen dans son jeune âge, et peu suspect de totalitarisme en aucun moment de sa vie, en vint à conclure que l'ancien régime, et pour toutes sortes de raisons, n'aurait pu être ébranlé sans une secousse de l'intensité de la révolution française, dans ce qu'elle fût et dans la perception que Burke en prit⁵.

³ C. L. BLACK ET B. ECKHARDT, *The Tides of Power: Conversations on the American Constitution*, New Haven and London, Yale University Press, 1976.

⁴ Dans son intéressant *Voyage en France* (1792).

⁵ Voir G. HIMMELFARB, *Lord Acton*, Phoenix Books, Chicago, The University of Chicago Press, 1962, pp. 69 et 218.

Mais faisant retour à l'analyse de Bickel et à la polarisation idéologique qu'il suggère entre le modèle burkéen et le modèle contractualiste⁶, on demeure plus que sceptique sur le jacobinisme de la "Warren Court"⁷ et de l'activisme judiciaire américain! De même que le rousseauisme, écrit Bickel, trouve sa limite dans le populisme et la pensée totalitaire, le libéralisme américain⁸, moralisateur et intransigeant, brandit sans cesse la Constitution pour la faire servir à la poursuite de tous ses idéaux; avec le résultat que la Cour refait les cartes électorales du pays⁹, tranche la question de l'avortement¹⁰ et l'on veut même d'elle qu'elle statue sur la constitutionnalité de la guerre du Vietnam¹¹. Ce dernier effort a heureusement échoué, poursuit Bickel, et ce n'est pas parce que cette guerre n'était pas inconstitutionnelle — car elle l'était — mais bien parce qu'il n'appartenait pas à la Cour d'en décider, mais à l'opinion publique et à la volonté nationale, ce qui fut fait.

Dans la pensée de l'auteur, un lien certain est à faire entre les grandes crises de désobéissance civile des vingt dernières années (la résistance sudiste à l'intégration des années '50, le mouvement des droits civils et la résistance à la guerre du Vietnam) et la récente crise de la Présidence. Si la désobéissance civile peut être légitime — car elle peut l'être selon lui dans le cadre d'une philosophie en garde contre les abus des majorités et respectueuse de la complexité du processus de formation de la légalité et des consensus — les standards moraux qui la justifient ne peuvent être que fort élevés et fort exigeants. En usant d'une façon épidémique et bien souvent contre le système même, les dissidents américains ont fissuré celui-ci.

For the legal order, after all, is an accommodation. It cannot sustain the continuous assault of moral imperatives, not even the moral imperative of "law-and-order", which as a moral imperative has only a verbal resemblance to the ends of the legal order. No legal order can sustain such a bombardment, and the less so a federal constitutional order of separated and diffused powers. It is the premise of our legal order that its own complicated arrangements, although subject to evolutionary change, are more important than any momentary objective . . . The legal order must be given time to absorb change, to accommodate it to itself as well as itself to it. If the pace is forced, there can be no law¹².

⁶ Le modèle contractualiste dans la pensée de Bickel réfère aux diverses théories du contrat social qui ont selon lui mis l'insistance moins sur les réalités de la société politique que sur des droits absolus et abstraitement formulés, préexistants ou établis par cet accord fictif. Même s'il réprovoque le dogmatisme et la pensée abstraite des divers théoriciens du contrat, c'est évidemment pour Rousseau et pour l'héritage idéologique qu'il a laissé que Bickel se montre le plus sévère, à raison surtout du pouvoir politique absolu et autoritaire, encore que démocratique, dont le rousseauisme a donné l'élan en particulier au cours de la révolution française.

⁷ Du nom de celui qui fut juge en chef de la Cour suprême des Etats-Unis de 1953 à 1969.

⁸ Le mot "libéralisme" est comme on le sait assez ambigu aux Etats-Unis, où les "libéraux" sont souvent identifiés avec le radicalisme et la gauche. Dans la terminologie européenne le libéralisme a une acception plus univoque et plus correcte. C'est une doctrine de liberté, en particulier face à l'Etat. *Libéralisme économique* est évidemment entendu dans ce sens.

⁹ Après *Baker c. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), où la Cour suprême a tenu qu'une loi électorale étatique (dans ce cas, du Tennessee et inchangée depuis 60 ans) aboutissant, à cause d'importantes variations dans la population de diverses circonscriptions, à de graves inégalités de représentation, pouvait être invalidée sous la clause d'égalité devant la loi du 14^e amendement, une suite de décisions, débutant avec *Reynolds c. Sims*, 377 U.S. 533 (1964), a appliqué avec assez de rigidité le principe d'égalité de population dans les circonscriptions en vue des élections locales, étatiques et fédérales.

¹⁰ *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), où la Cour suprême a établi une division de la grossesse en trois trimestres et a tenu, au nom du droit à l'intimité de la femme et de la clause "due process of law" du 14^e amendement, que le premier était, aux fins de l'avortement, une "zone libre", que l'Etat pouvait réglementer l'avortement pour protéger la santé de la mère au cours du deuxième (permis, inspection des cliniques ou autres mesures) et qu'il ne pouvait le prohiber qu'au cours du dernier. Sur la décision du Conseil constitutionnel français du 15 janvier 1975 relative à la constitutionnalité de la loi sur l'interruption volontaire de la grossesse, voir J. WOEHRLING, "Entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire: Le conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux," (1975) 10 *R.J.T.*, no 2, p. 529.

¹¹ *Mora c. McNamara*, 389 U.S. 934 (1967), où l'appel à la Cour suprême a été refusé.

¹² A.M. BICKEL, *op. cit. supra*, note 1, p. 120

Quand le libéralisme politique pousse trop avant vers la gauche, il se retrouve perdant, au profit du maccarthysme ou des hommes de Watergate. La droite se corrompt autant par le cloisonnement et le mépris dont elle peut être l'objet que par l'exercice du pouvoir. *Men who are loudly charged with repression before they have done anything to substantiate the charge are apt to proceed to substantiate it*¹³.

Et quand au surplus, de poursuivre Bickel, la Cour suprême, dans un élan de populisme, refait les cartes électorales¹⁴ au mépris des inévitables complexités des théories de la représentation, il devient inévitable que

*such a populist fixation should tend toward the concentration of power in that single institution which has the most immediate link to the largest constituency. Naturally the consequence was a Gaullist presidency, making war, making peace, spending, saving, being secret, being open . . . The presidency of inherent powers, futurism, populism, and certainly moral urgency*¹⁵.

Pour Burke le principe d'une stricte égalité dans la représentation populaire est une abstraction mauvaise et corruptrice. Pour Bickel, ce n'est pas le rôle de la Cour de le proclamer. Fort bien. Mais quand ce dernier y relie le Watergate, Bickel le burkéen prend le dessus sur Bickel le théoricien de la retenue judiciaire¹⁶. C'est un peu un manque de retenue philosophique!

Il n'est guère surprenant pour un penseur si en garde contre l'idéologie que l'encadrement idéologique qu'il donne lui-même à son analyse et qu'il centre sur les modèles burkéen et contractualiste soit probablement ce qu'il y a de plus discutabile dans l'ensemble de sa réflexion. Au reste il ne s'y tient pas rigoureusement. Car, comme le soulignait un critique¹⁷, quand par exemple il rejette, au nom de l'égalité, toute 'discrimination favorable' aux noirs américains, c'est l'homme des principes et des droits absolus qui s'exprime, un pragmatique ayant plutôt tendance au contraire à souscrire à des programmes de rétablissement d'équilibre et de redressement d'évidentes inégalités. Et quant au radicalisme de la pensée américaine et à l'activisme judiciaire, on eût mieux aimé qu'au lieu de les présenter dans le cadre un peu manichéen du modèle contractualiste et comme des explosions venues un peu de nulle part, il les relie à certaines données socio-politiques et au fonctionnement général des institutions aux Etats-Unis. En ce sens et paradoxalement, c'est une analyse assez idéologique que nous présente Bickel le burkéen.

A ce sujet, peut-être convient-il de rappeler combien depuis toujours aux Etats-Unis on vénère la Constitution, même et surtout dans les moments les plus tragiques, comme au cours de la guerre civile où les deux camps s'en réclamaient pour légitimer leurs positions, ce qui n'est pas le propre de toutes les guerres civiles, il s'en faut. Pareil attachement fait qu'on y cherche tout, et qu'on le trouve comme s'il y était depuis le début. C'est ce que, dans une très fine analyse, Daniel Boorstin appelle la "preformation theory"¹⁸, notant encore que l'histoire constitutionnelle joue dans ce pays le rôle de l'idéologie politique dans d'autres et que l'hagiographie politique est celle surtout des Pères de la fédération. Cette "preformation theory" pourra sembler incompatible avec la réalité jurisprudentielle américaine, de toute évidence plus fonctionnelle qu'historique et qui se prête à de si nombreux

¹³ *Id.*, p. 118.

¹⁴ *Supra*, note 9.

¹⁵ A.M. BICKEL, *op. cit. supra*, note 1, pp. 121-122.

¹⁶ Voir en particulier: A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, 1962.

¹⁷ A. M. Dershowitz dans sa recension de l'ouvrage dans *The New York Times Book Review*, 21 sept. 1975, p. 2.

¹⁸ D.J. BOORSTIN, *The Genius of American Politics*, 11e éd., The University of Chicago Press, Chicago, 1973, p. 10.

revirements. Mais selon Boorstin la contradiction n'en est pas une. La fiction d'un accord initial le plus complet possible aide à y trouver, sans égard excessif à la continuité historique, la plus grande variété de solutions. "This belief in a perfect original doctrine, écrit Boorstin, one of the main qualities of which is practicality, may help us understand that unique combination of empirism and idealism which has characterized American political life"¹⁹.

Toujours à propos du rôle des Cours de justice dans la vie politique américaine, rôle qui avait tant frappé de Tocqueville²⁰, il faut, avant de critiquer l'une ou l'autre de leurs interventions de façon particulière, redire jusqu'à quel point ce rôle est depuis toujours d'une extrême importance, autant dans le déroulement concret des affaires publiques que dans l'imagination populaire. Comme le fait A. Cox²¹, il faut commencer par se demander où, ailleurs qu'aux États-Unis, c'est une Cour qui décidera s'il y aura des prières à l'école et comment les eaux d'une grande rivière, conditionnant le progrès agricole et industriel dans d'immenses régions, seront aménagées.

*In the United States as nowhere else in the world, conclut Cox, 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*²².

Dès lors, il vient naturellement à l'esprit de se demander pourquoi il en est ainsi. Imitant en cela Bickel dans l'importance qu'il attache au processus ou modalité de la décision, à la façon dont elle est prise, on en vient à faire l'hypothèse que la procédure judiciaire même, ce fameux "adversary process" dont on parle tant aux États-Unis, doit en partie à elle-même son propre succès. Dans une irremplaçable analyse, le professeur Lon Fuller a distingué trois types fondamentaux d'arrangement social: le contrat, fondé sur la réciprocité, le vote, mode de décision qui n'est utilisable que moyennant des conditions bien déterminées, enfin le jugement ou "adjudication", basé sur la présentation de preuves et d'arguments raisonnés²³. On ne saurait évidemment minimiser la différence profonde qui existe entre l'accord contractuel d'une part et le litige ou le jugement d'autre part en tant que modes de décision au sein d'une société. Mais si on les oppose l'un et l'autre à l'intervention étatique, législative ou exécutive, leurs parentés resurgissent. Au contrat comme au procès chacun présente ses arguments, l'individualisation des intérêts est forte, chacun a le sentiment d'avoir participé. Le rôle des Cours de justice américaines ne serait pas sans rapport avec une tradition de libéralisme économique et de décision politique minimale. Et il faut rappeler que ce que l'on est convenu d'appeler l'activisme judiciaire s'est exercé au moins jusqu'au milieu des années '30 pour faire échec, souvent au nom du droit de propriété et de la liberté contractuelle et du commerce, à bien des mesures, fédérales et étatiques, à portée économique ou sociale²⁴.

¹⁹ *Id.*, p. 16.

²⁰ 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; et il en conclut naturellement qu'aux États-Unis le juge est une des premières puissances politiques. Lorsqu'il vient ensuite à examiner la constitution des tribunaux, il ne leur découvre, au premier abord, que des attributions et des habitudes judiciaires. A ses yeux, le magistrat ne semble jamais s'introduire dans les affaires politiques que par hasard; mais ce même hasard revient tous les jours". A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 16^e éd., Paris, Ed. M. — Th. Génin, p. 145.

²¹ A. COX, *The Warren Court*, 5^e éd., Cambridge, Harvard University Press, 1974, p. 2.

²² *Ibid.*

²³ Le professeur Fuller a développé cette analyse dans un cours non publié intitulé *The Forms and Limits of Adjudication*, Harvard, 1959-60, analyse qu'il a reprise partiellement dans son article *Collective Bargaining and the Arbitrator*, [1963] *Wis. L. Rev.* 3.

²⁴ On fait référence en particulier à la suite de jugements où la Cour, au milieu des années '30, a invalidé d'importantes mesures du New Deal du président Roosevelt, ce qui a conduit ce dernier à proposer une augmentation du nombre de juges, menace qui ne fut pas sans effet sur l'orientation de ceux-ci. On fait aussi

Au niveau du résultat, la responsabilité personnelle qui fonde la légitimité de "l'accord signé" dans le cas du contrat trouve son pendant dans l'image de sagesse et dans l'idée de principe qui s'attachent au jugement dans le cas du procès. C'est toute l'histoire de la notion de loi fondamentale ou supérieure, dont la pensée américaine est si imprégnée, qu'il faudrait évoquer ici²⁵. Disons seulement que, dans la mesure où cela forme le creuset de la pensée politique, il y a peu à se surprendre que les radicaux veuillent aussi prendre leur part du message constitutionnel et qu'ils invitent les juges à le révéler.

Mais ce sur quoi il faut surtout insister, c'est sur le fait que l'activisme de la "Warren Court" qui a succédé à une période de retenue judiciaire à laquelle sont associés les noms des juges Brandeis, Holmes et Frankfurter, a pris racine dans des domaines où le pouvoir politique, et c'est un point auquel on reviendra plus loin, avait négligé d'agir depuis longtemps ou était incapable d'agir, étant dans bien des cas un pouvoir "bloqué". Ces domaines furent au premier chef ceux de l'égalité raciale, du droit de vote et des garanties de procédure criminelle. La célèbre décision de 1954 en matière de déségrégation scolaire²⁶ a donné au thème de l'égalité une lancée qu'il était à l'époque impossible d'attendre d'aucun autre organe du pouvoir au pays. Quand la Cour a pour la première fois en 1962 accepté de statuer en matière de circonscriptions électorales²⁷, ce fut à l'encontre d'une loi du Tennessee qui, ayant pour résultat de criantes inégalités, violait la Constitution même de cet Etat depuis plus de 60 ans. Les politiciens n'avaient ni intérêt ni désir de la voir modifiée et la population, impuissante devant pareille situation, en venait à se désintéresser des affaires publiques dans l'Etat. Quant aux garanties procédurales²⁸, c'était depuis toujours un champ où le rôle du pouvoir judiciaire était prédominant.

Mais revenons à Bickel et à l'essence de son analyse. S'il dit peu de choses du contexte idéologique et institutionnel général du contrôle judiciaire de constitutionnalité, ce n'est probablement pas qu'il en minimise l'importance mais plutôt que ce sont là des données trop connues à des lecteurs américains. Au reste ses critiques n'ont point en fait la virulence que laissent augurer ses propos de départ. Car loin de ne voir la décision judiciaire que comme un simple mode de solution d'un litige en particulier²⁹, Bickel lui reconnaît le caractère d'un "splendid instrument for forcing the society's attention to issues of principle, particularly issues of moral principle that often are submerged in the welter of affairs"³⁰.

Dans cette perspective, il applaudit à la déségrégation scolaire et même à certains égards aux jugements sur le droit de vote en tant qu'ils sont garants de la libre expression et de la libre formation des consensus, deux éléments majeurs de sa philosophie, comme on le verra.

référence à l'époque d'interprétation substantive de la clause "due process of law" du 14^e amendement et aux garanties de propriété et de liberté contractuelle et du commerce qu'on y voyait et qu'on a opposées à de nombreuses lois étatiques. L'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905) en est une des illustrations les plus connues, où fut invalidée une loi de l'Etat de New York limitant à 10 heures par jour ou 60 heures par semaine le travail dans les boulangeries. Pour une analyse approfondie de ces questions, voir notamment G. GUNTHER, *Cases and Materials on Constitutional Law*, 9^e éd., University Casebook Series, The Foundation Press, 1975, p. 157 et 550.

²⁵ Voir la magistrale analyse de E.S. CORWIN, "The "Higher Law" Background of American Constitutional Law", (1928-29) 42 *Harv. L. Rev.* 149 et 365, publiée sous forme d'ouvrage par Cornell University Press, 9^e éd., 1974.

²⁶ *Brown c. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

²⁷ *Supra*, note 9.

²⁸ En particulier en rapport avec le droit aux services d'un avocat, les règles d'admissibilité de preuve et le droit des saisies et perquisitions. On peut affirmer que la Cour durant les années '50 et '60 a réalisé une véritable réforme dans la procédure criminelle, fédérale et surtout étatique.

²⁹ Voir l'intéressante étude de P. WEILER, "Two Models of Judicial Decision Making," (1968) 46 *R. du B. Can.*, 406 axée sur l'alternative du jugement en tant que solution du litige ("adjudication model") ou moyen de formulation de politique "policy-making model").

³⁰ A.M. BICKEL, *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 105.

Mais ce qu'il refuse avec vigueur, ce sont les assouplissements procéduraux, en particulier au niveau de l'intérêt à poursuivre, qui dénaturent l'"adversary process" dont dépend l'efficacité du jugement en tant que processus de décision³¹; c'est encore l'extension de la juridiction dans le champ des questions politiques³², la mise de l'avant par les juges de standards subjectifs et d'opportunité³³. L'auteur nous rappelle en outre que le jugement constitutionnel ne peut et ne doit lier que les parties au litige et qu'à ce titre et à l'opposé d'une norme d'application immédiate et universelle il est un instrument privilégié de formation graduelle des consensus.

Toute cette théorie de la retenue judiciaire dont Bickel s'est fait le promoteur³⁴ prend racine dans une philosophie politique et une philosophie du droit qui font la richesse de l'ouvrage. Vision profondément démocratique, et il n'est point surprenant dès lors qu'elle comporte un long développement sur le thème de la liberté d'expression. Celle-ci est la condition même du discours public, de l'élaboration des politiques et de la formation des consensus. Il la faut donc la plus grande possible. Après un survol de la jurisprudence constitutionnelle relative au premier amendement³⁵, celle formulée par les Holmes et les Brandeis, l'auteur opine qu'un tel libéralisme est essentiellement bon, et cela même s'il aboutit presque à légaliser le discours séditieux³⁶ et à autoriser une forme limitée de désobéissance civile³⁷. Et il reste bon en dépit bien souvent de son illogisme. Car, écrit-il en référant à l'affaire des Pentagon Papers³⁸, il demeure paradoxal que le gouvernement puisse protéger de l'intérieur la confidentialité de ses documents sans pouvoir en empêcher la publication une fois la confidentialité violée, il demeure paradoxal aussi qu'on ait tant d'égards pour la confidentialité des sources du reporter, lui qui en a souvent si peu pour les confidences des autres. Toutes choses que l'on pourrait corriger par des mesures comme le contrôle préalable des publications ("prior restraint") ou la rigide obligation à témoigner, mais sauf cas très exceptionnels cela ferait plus de mal que de bien. Car c'est la liberté et la qualité du discours public qui se trouvent en jeu.

Bickel conçoit le premier amendement comme un jeu, non pas un jeu futile mais une compétition (c'est lui qui parle de "game theory", de "contest") d'idées et d'intérêts dont le mieux ou le moins mal doit surgir de leur addition et soustraction ("computing principle"). Reflet de ce relativisme de l'ordre social, le droit, pour autant qu'il le peut, doit établir et garantir l'observance des règles de ce jeu. Il est affaire de procédure plus que de

³¹ On pense par exemple à l'arrêt *Flast c. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968) où la Cour suprême a tenu qu'en sa seule qualité de contribuable une personne avait l'intérêt requis pour pouvoir contester l'exercice du pouvoir fédéral de dépenser au profit des écoles confessionnelles.

³² Il existe aux Etats-Unis une théorie fort élaborée des questions "non-justiciables" ou politiques sur lesquelles les Cours n'auraient pas juridiction pour statuer. Pour une bonne analyse, voir F. W. SCHARPF, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, 75 Yale L. J. 517, (1966).

³³ La décision de la Cour suprême au sujet de l'avortement, *supra*, note 10, serait selon Bickel un bon exemple d'une telle façon de faire.

³⁴ En particulier dans son ouvrage précité, note 16.

³⁵ Qui empêche le Congrès de limiter la liberté de parole et de presse.

³⁶ Par application du critère du "clear and present danger" qui constitue un standard assez exigeant pour pénaliser les incitations à la violence ou au renversement de gouvernement en ce que l'illégalité à laquelle l'on incite doit comporter une forte probabilité d'accomplissement. On notera toutefois qu'avec l'arrêt *Dennis c. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951), qui a résulté en la condamnation de dirigeants communistes, l'accent fut déplacé de la probabilité vers la gravité de l'incitation.

³⁷ Le critère de la gravité de l'incitation a pour conséquence qu'un discours peut inciter à ou entraîner la violation de certaines lois n'ayant pas de rapport avec la sécurité publique ou de l'Etat (empêchant par exemple de pénétrer sur la propriété d'autrui) sans devenir illégal pour autant. Bickel en conclut: "We have thus built into the system a kind of domesticated form of civil disobedience" (p. 67).

³⁸ *New York Times Co. c. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971), sur l'impossibilité pour le gouvernement d'empêcher la publication dans deux journaux d'une étude secrète intitulée "History of U.S. Decision — Making Process on Viet Nam Policy".

résultat. Gardien de ces règles le droit ne saurait cependant pallier l'absence d'auto-discipline des participants; il aurait été impuissant si par exemple le Président avait dépêché les Marines pour récupérer les documents du Pentagone au New York Times.

*[T]here would be nothing to discuss; an exercise of raw power would have taken place, to which the only reply, if any, is equally raw power*³⁹.

Et ce rôle du droit doit être aussi celui des Cours, un rôle de gardien plus que d'inventeur. Appelé à trancher un litige où des valeurs fondamentales s'entrechoquent, le juge doit porter une attention primordiale aux questions de procédure et de juridiction, à cet arsenal de techniques formelles qui se retrouvent par exemple dans les multiples règles d'interprétation statutaire ou dans les principes interdisant la délégation de pouvoirs, l'autorisation préalable ("prior restraint") ou l'adoption de normes à portée trop large ou trop vague ("overbreadth", "vagueness").

*Hence the direct, ultimate confrontation is rare and when it does occur, limited and manageable. We thus contrive to avoid most judgments that we do not know how to make*⁴⁰.

Et passant à l'attaque Bickel écrit: *The Warren Court took the greatest pride in cutting through legal technicalities, in piercing through procedure to substance. But legal technicalities are the stuff of law, and piercing through a particular substance to get to procedures suitable to many substances is in fact what the task of law most often is*⁴¹.

Mais à côté d'affirmations aussi péremptoires, la réflexion de Bickel est aussi jalonnée de nuances, de riches perplexités, voire d'inquiétudes. Ainsi par exemple, si attaché qu'il soit à la liberté d'expression comme procédure si l'on peut dire, il se refuse néanmoins à certains contenus et est incapable de souscrire à l'idée selon laquelle tout peut être dit et être prêché. Faisant référence à une célèbre dissidence du juge Holmes où celui-ci écrivait, en rapport avec la liberté d'expression, que toutes les idéologies "should be given their chance and have their way"⁴², Bickel demande, prenant pour exemple une idéologie de génocide: "Do we believe that? Do we accept it?"⁴³. Il estime qu'il y a des violences verbales, qu'il n'y a pas que les gestes qui puissent constituer des assauts, et se refuse à croire à la "theory of the truth of the market-place", c'est-à-dire à ce que tout soit acceptable du fait qu'accepté par la majorité. Quant à l'obscénité "the question . . . is not whether books get girls pregnant"⁴⁴ mais c'est une question d'environnement et de respect des sensibilités, d'où le droit doit être éventuellement prêt à se retirer — comme de la prohibition de la marijuana — s'il ne commande plus le respect et si la sanction devient une simple taxe sur l'activité prohibée.

C'est au fond une des idées majeures de l'ouvrage, et c'est là où à mon sens la réflexion est à sa teneur la plus forte, que le droit, que l'on dit souvent l'instrument du plus fort, est en fait un instrument très fragile, très complexe et très imparfait. Bertrand de Jouvenel observe que contrairement à l'attitude du savant face à l'extrême complexité d'une molécule de protéine ou d'un organisme humain, *lorsqu'il s'agit de l'organisation d'une société humaine, on y cherche une très grande simplicité . . . le vice de la recherche de la simplicité est ce qui a le plus fait pour égarer la pensée dans l'ordre social et dans l'ordre*

³⁹ A.M. Bickel, *op. cit.*, *supra*, note 1, p. 81.

⁴⁰ *Id.*, p. 88.

⁴¹ *Id.*, p. 120 et 121.

⁴² *Giltow c. New York*, 268 U.S. 652, p. 673 (1925), où fut jugée valide une disposition du code criminel new yorkais criminalisant l'anarchie, à savoir le fait de prôner un renversement du régime politique par la violence. Les juges Holmes et Brandeis furent d'avis que pour qu'une telle disposition soit valide, elle devait se limiter à prohiber une claire incitation doublée d'une vraisemblance d'efficacité du message.

⁴³ A.M. Bickel, *op. cit. supra*, note 1, p. 72.

⁴⁴ *Id.*, p. 73.

*politique. La constitution la plus simple paraît la meilleure, alors qu'en biologie la constitution la plus simple est celle des animaux inférieurs*⁴⁵.

C'est un piège d'où Bickel, par sa philosophie, se tient loin, et c'est un des apports majeurs de sa réflexion.

Plus largement encore, peut-être convient-il d'évoquer, dans le prolongement du message de Bickel, le caractère infiniment complexe des sociétés modernes, dont font évidemment partie le Canada et le Québec, et la difficulté qu'il y a à y apporter, comme dans un délicat mouvement d'horlogerie, les réformes souvent profondes dont elles ont par ailleurs besoin. Et si la chose mérite d'être assez souvent redite, en dépit du risque de conservatisme qu'elle peut venir à éveiller — comme quand Burke écrit que "laissées à elles-mêmes, les choses trouvent généralement l'ordre qui leur convient" — c'est que l'illusion contraire, quand elle se dissipe, peut conduire à d'assez terribles et néfastes désenchantements.

Profonde, stimulante, sensible, la réflexion de Bickel n'est cependant pas sans faiblesse. Au-delà des vertus et excès de l'activisme judiciaire à propos desquels un lecteur d'un pays étranger ne peut aisément se faire une opinion personnelle ferme et éclairée, l'analyse de l'auteur néglige, je l'ai déjà signalé, d'envisager le système constitutionnel américain dans son ensemble et de replacer le "judicial review" dans un contexte général de distribution des pouvoirs dont il fait pourtant indéniablement partie. Voyons ce que peut nous apprendre à ce sujet le deuxième ouvrage annoncé au début⁴⁶.

Les conversations de Black et Eckhardt portent à la fois sur le fédéralisme américain et sur l'organisation interne du gouvernement central.

A propos du fédéralisme Black écrit:

*If you take a great economic unit like the United States, and give a body like Congress the power to regulate all travel and commerce within it, and the power to tax all events within it, differentially as it chooses, you've given that body power over everything within the country, and that is of course just what they have*⁴⁷; et quelques lignes avant:

*In the virtually uncontradicted view of judges and constitutional scholars, this clause [la compétence fédérale sur le commerce, art. 1, 5.8 de la Constitution] now pretty well authorizes just about any action that Congress wants to take on any subject*⁴⁸.

Ce n'est pas à dire que le fédéralisme américain n'existe plus. Il existe encore et les Etats y assument encore d'importantes responsabilités. Mais la vérité est qu'il n'y a pratiquement plus de limite légale aux pouvoirs de l'autorité fédérale, toutes questions de droits fondamentaux étant évidemment mises à part. Le droit constitutionnel américain du fédéralisme institue des barrières qui ne sont opposables qu'aux Etats⁴⁹.

La chose mérite d'être beaucoup soulignée en contexte canadien, pour au moins deux raisons. D'abord pour mettre en évidence le fait que la jurisprudence américaine d'inspiration dite fonctionnelle, réaliste ou empirique, à qui l'on prête souvent tant de vertus

⁴⁵ B. de JOUVENEL, *Du principat et autres réflexions politiques*, Paris, Hachette, 1972, p. 50.

⁴⁶ *Supra*, note 3.

⁴⁷ C.L. BLACK et B. ECKHARDT, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 25.

⁴⁸ *Id.*, p. 24.

⁴⁹ Depuis que le professeur Black a écrit les lignes reproduites plus haut, la Cour suprême, chose qui ne s'était pas produite depuis assez longtemps, a invalidé une loi fédérale dans la mesure où celle-ci prétendait régir les heures de travail et le salaire minimum des employés des Etats et des municipalités; elle a invoqué pour ce faire la notion d'immunité gouvernementale. Voir: *National League of Cities c. Usery*, 96 S. Ct. 2465 (1976).

et que l'on a coutume d'opposer au conceptualisme juridique canadien⁵⁰, est en quelque sorte à sens unique et ne trouve application que lors de l'appréciation des lois étatiques et non des lois fédérales, vu ce que l'on pourrait appeler la forte présomption de validité de ces dernières. Or il n'y a rien de particulièrement impressionnant au plan des méthodes de qualification des lois dans le fait de donner carte blanche à toute loi fédérale, si évidemment déguisée soit-elle⁵¹. Ce faisant, on est au niveau du rapport de forces, de la philosophie de gouvernement, du projet politique. D'une certaine façon le conceptualisme judiciaire canadien, dont l'effet fut traditionnellement plutôt décentralisateur, trouve son pendant dans la "carte blanche" fédérale aux Etats-Unis. A chaque pays ses nécessités, et ses expédients!

Le second motif du rappel, plus pertinent à la présente analyse, tient dans le fait que si un tel degré de centralisation, actuelle ou potentielle, est devenu possible, ce fut bien entendu à cause de plusieurs facteurs parmi lesquels il y a lieu de retenir notamment le grand nombre des Etats américains. Car en effet s'il est possible d'avoir un forum fédéral-provincial à 11 participants, comme au Canada, une négociation continue à 51 est plus difficilement réalisable. Il était dans la logique des choses qu'aux Etats-Unis les ajustements fédéraux-étatiques se réalisent à l'intérieur du pouvoir central, à cause certes du Sénat conçu comme chambre de représentation des Etats et où chacun délègue deux représentants sans égard à sa population, mais à cause aussi, et plus encore peut-être comme on le verra, de la mentalité régionaliste dominante au Congrès et du fait qu'au niveau fédéral comme au niveau des Etats l'émission des pouvoirs est tel qu'on peut se demander qui, pour chacun d'eux, pourrait prendre des engagements autour de la table des 51⁵².

Parmi les motifs susceptibles d'expliquer la centralisation constitutionnelle aux Etats-Unis, il faut encore mentionner la forte hétérogénéité des Etats les uns par rapport aux autres, alliée cependant à une forte homogénéité du sentiment national. Il y a enfin, et c'est un facteur dont l'étranger est souvent assez ignorant, la grande faiblesse politique de plusieurs d'entre eux⁵³, celle-ci tenant à son tour à plusieurs causes, notamment un régionalisme et un conservatisme parfois farouches, un manque de dirigeants qualifiés et honnêtes et une tradition enracinée de Constitutions souvent archaïques et pointilleuses, faites sur mesure pour paralyser le pouvoir et bloquer le changement⁵⁴. Cela étant, c'est vers le pouvoir central que se tournent assez naturellement le regard et l'allégeance des élites — comme l'attestent les programmes académiques des grandes facultés de droit —.

Conversant surtout sur la Constitution fédérale, Black et Eckhardt disent peu de choses des Etats. On le comprend. Il n'en reste pas moins que leur évolution politique et

⁵⁰ Pour certaines remarques en ce sens, formulées cependant avec doigté et gentillesse, voir: P.A. FREUND, "Review and Federalism", dans E. CAHN (éd.), *Supreme Court and Supreme Law*, Simon and Schuster, 1954, p. 87. L'auteur écrit: "Our own system [le système américain, en comparaison avec celui du Canada] facilitates, though it by no means guarantees, pragmatic as against nominalistic judgments; this comports with the classic admonition of law teachers that their students think things, not words."

⁵¹ On pense en particulier aux possibilités pour le Congrès de légiférer en matière criminelle (loterie, prostitution, fraude, stupéfians etc.) ou en matière de discrimination raciale dans le secteur privé (hôtellerie, services divers) en invoquant les nécessités du commerce interétatique ou de la taxation. Voir notamment: G. GUNTHER, *op. cit.*, *supra*, note 24, p. 144 et 208.

⁵² Les raisons inverses expliquent qu'au Canada les ajustements fédéraux-provinciaux se réalisent au sein d'un forum fédéral-provincial beaucoup plus important qu'il ne l'est aux Etats-Unis. Voir: R. SIMEON, *Federal-Provincial Diplomacy: The making of recent policy in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1972, p. 20.

⁵³ Sur ce point, voir notamment: R. H. LEACH, *American Federalism*, New York, W. W. Norton Company, 1970, p. 115.

⁵⁴ Le "constitutionnalisme" américain — dont l'arrière-plan idéologique est si admirablement exposé dans l'étude classique de E. S. Corwin (*loc. cit.*, *supra*, note 25) — est souvent analysé en seule référence à la Constitution fédérale. Il devrait aussi l'être en référence aux Constitutions étatiques, et il est regrettable que, parce que moins importantes et souvent moins louables, la pensée politique porte assez peu d'attention à l'évolution de ces dernières.

constitutionnelle est d'une importance fondamentale pour la compréhension de l'ensemble, d'autant qu'elle nous met en garde contre les parallèles trop faciles avec l'évolution constitutionnelle du Canada. Des divers facteurs signalés plus haut, il est résulté en effet une immense entreprise de centralisation des politiques, rendue possible surtout par une interprétation très large de la compétence commerciale fédérale, de même qu'une hausse des standards étatiques à un niveau national commun, réalisée par le moyen d'une interprétation ici encore très large du 14^e amendement. Or une telle évolution n'était pas exempte d'obstacles constitutionnels et il a fallu pour qu'elle se réalise l'intervention du pouvoir judiciaire. Dicey disait du fédéralisme que c'est un régime empreint de légalisme⁵⁵. Cela est juste dans la mesure où l'exercice du pouvoir doit subir le test de la constitutionnalité. Quand l'évolution des choses commande des transferts de pouvoir importants, les juges se trouvent à gouverner d'autant plus.

Au plan de l'organisation interne du gouvernement fédéral, l'analyse des deux auteurs est surtout centrée sur les rapports entre le président et le Congrès et sur la faiblesse du pouvoir qui en découle.

*But leadership in our government is a scarce resource, écrit Black. It's not something we can afford to gamble with*⁵⁶.

Cette remarque va au coeur de la question. Car le présidentielisme américain, on a trop tendance à l'oublier, n'est pas un régime de pouvoirs forts mais bien de pouvoirs faibles, diffus et classiquement séparés. Comme tout organe délibérant et large, le Congrès est faible laissé à lui-même, et d'autant plus qu'il n'y règne pas de discipline de parti. Mais face au Président cette faiblesse devient une résistance, car l'absence de discipline de parti rend impossible pour celui-ci de le contrôler. L'allégeance du "congressman" à sa circonscription, bien au-dessus de celle à son parti, est assurément un des traits majeurs de la démocratie américaine. A-t-on jamais vu un démocrate du Sud renier celui-ci au profit d'idées chères à ses co-partisans du Nord? La Présidence pour sa part demeure l'institution nationale par excellence. Comme l'écrivait Bickel⁵⁷, elle a à sa disposition, avec la Cour suprême en second, "the resources of rhetoric". C'est l'institution motrice, qui a aussi par son veto le pouvoir de paralyser mais qui en revanche peut se trouver elle-même longtemps paralysée par le Congrès; et les exemples sont nombreux de projets de loi du Président qui y ont dormi des années. Le Président américain, Black le rappelle à juste titre, a nettement moins de pouvoirs que le Premier ministre d'un régime parlementaire du modèle britannique.

Tout cela est bien connu. Le système constitutionnel américain est un système complexe et fragile d'équilibre des pouvoirs et les constitutionnalistes en sont évidemment fort conscients. D'où leur inquiétude face à une crise comme celle du Watergate. Un premier mouvement est celui de la tentation parlementaire: pourquoi, au lieu de l'extrême recours de l' "impeachment", le Président ne serait-il pas soumis à la motion de censure parlementaire? Tout simplement parce que le mécanisme, d'ailleurs inutilisé, à cause de la discipline des partis, dans les pays en référence auxquels on l'admire le plus, aboutirait en contexte américain à affaiblir exagérément une fonction qui est assez faible déjà. Sur les solutions institutionnelles générales Black écrit:

*Now that's a foolish thing to do. Because if we can't do any better than elect one President after another like Richard M. Nixon, then we should go out of business. We ought to look on his term in office as the rarest of accidents, rather than as the occasion for radical revamping of the whole set of laws and practices regarding the Presidency*⁵⁸.

⁵⁵ A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd., Macmillan, 1967, p. 175.

⁵⁶ C. L. BLACK et B. ECKHARDT, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 35.

⁵⁷ *Supra*, note 16, p. 188.

⁵⁸ C. L. BLACK et B. ECKHARDT, *op. cit.*, *supra*, note 3, p. 35.

Mais l'inquiétude demeure et c'est vers une revalorisation du rôle du Congrès que se tournent les regards des deux auteurs. Ainsi Black souhaiterait que se développe une convention constitutionnelle à l'effet que le veto présidentiel soit toujours renversé par la majorité requise des deux tiers et qu'à l'image du veto royal il finisse par disparaître. Eckhardt écrit pour sa part:

I envisage Congress as it presently exists as a great diesel engine that has to be heated up before it will run and which has no device for preheating or for ignition, except the presidency . . . But Congress ought to have a preheating device, or an ignition system. When the President affords initiative and innovation, it does not hurt . . . In the instance where the presidency is defused and not working, it is almost essential. There's grave fear for the continuation of the American government in anything like the form we have known in the past, unless such a device is begun⁵⁹.

L'impression d'ensemble qui se dégage est que le pouvoir circule difficilement dans la structure constitutionnelle américaine, que la décision politique y est une entreprise fort laborieuse.

Le lien est évidemment à faire entre une telle situation et le rôle des tribunaux. Ainsi, comme les deux auteurs ne manquent pas de le rappeler et comme on l'a dit plus haut, c'est la Cour suprême qui a lancé en 1954 le programme d'intégration raciale, la réponse législative fédérale étant venue dix ans plus tard. Mais sur la question générale du rôle du pouvoir judiciaire leur position, celle de Black en particulier, est très proche de celle de Bickel. Pour lui le jugement constitutionnel en contexte américain a été dénaturé du fait qu'on y fabrique des litiges pour que les cours solutionnent les problèmes constitutionnels, au lieu que ce soit l'inverse.

It seems to me, in the broadest civilized conception, that a court is a place to go for the redress of grievances, for relief from some kind of injustice. This presupposes some kind of a sufferer, either an individual sufferer or a class⁶⁰.

Quand le problème est diffus, au point que personne vraiment n'en souffre — par exemple quand le gouvernement utilise son pouvoir de dépenser au profit des écoles confessionnelles⁶¹ — le contrôle requis devrait être politique, et judiciaire quand le problème est circonscrit et qu'à ce titre le contrôle politique a peu de chances de porter fruit. On peut bien songer, poursuit Black, à mettre l'administration complète d'un pays sous un gigantesque "receivership" judiciaire! Mais il faut se demander si c'est là le système le meilleur. Car la majorité des problèmes au sein d'une société ne se prêtent pas au mode judiciaire de solution et l'élargissement considérable, accepté ou même simplement souhaité, de l'éventail des questions "justiciables" témoigne d'une perte de confiance dans le processus politique. Au lieu de tenter de porter la guerre du Vietnam devant les Cours certains membres du Congrès auraient mieux fait d'engager le débat parlementaire sur la question et c'est une grande illusion, poursuit Black, de croire que l'expérience de l'intégration raciale puisse être répétée et que les Cours puissent faire beaucoup pour un problème comme celui de la pauvreté.

Axé sur le "constitutionnalisme pur et simple", cet ouvrage suggère au fond une revalorisation du processus politique. Mais — et faut-il même le rappeler? — si les revirements jurisprudentiels sont chose relativement aisée, surtout aux Etats-Unis, les changements institutionnels ne le sont pas, et l'est moins encore le renouvellement des attitudes politiques.

⁵⁹ *Id.*, p. 204.

⁶⁰ *Id.*, p. 113.

⁶¹ *Supra*, note 31.

Ce qui dans la philosophie de Bickel est la politique de la délibération et du compromis, c'est sans doute au Congrès qu'elle doit avoir son forum privilégié. En ce sens les deux ouvrages se rejoignent, tout comme ils se rejoignent sur la réorientation du rôle des tribunaux. Et ils se trouvent peut-être à rejoindre aussi un certain sentiment populaire et une certaine évolution politique. Car suite aux secousses de Watergate, de la défaite au Vietnam et du "busing" scolaire⁶², c'est du Président, de la Cour et du Congrès, le dernier qui en sort peut-être le moins ébranlé. Il paraît vouloir réaffirmer son autorité face à la "présidence impériale"⁶³, bien que la question de savoir s'il s'agit d'une évolution profonde ou d'un simple mouvement de balancier demeure largement conjecturale.

Mais l'éclipse de la Cour est une toute autre histoire et il se peut bien qu'aux Etats-Unis le "gouvernement des juges" soit un phénomène fait pour durer. Cela tient à la légitimité qu'ils ont — et qu'ils conservent — et à l'omniprésence de la Constitution dont ils sont les gardiens. Cela tient peut-être aussi, et tout aussi profondément, à la philosophie politique dominante, dont celle de Bickel est au fond un assez fidèle reflet. Car quand on conçoit le processus politique en termes de compétition et règles de jeu, d'une certaine façon on le "judiciarise" et il est dans la nature des choses que les juges y soient présents. La politisation du judiciaire n'est pas sans rapport avec une certaine "judiciarisation" du politique. En ce sens l'activisme judiciaire américain est un phénomène très enraciné dans les institutions. Pour cette raison même ce n'est pas quelque chose qu'on importe facilement.

Il reste à se demander quelles leçons on peut tirer de tout ce qui précède pour le Canada. L'essentiel est sans doute, il vaut la peine de le redire, que les institutions politiques et judiciaires d'un pays forment un tout dont les composantes ne sont pas détachables les unes des autres; elles ne peuvent être appréciées isolément. Cependant on aurait tort d'y voir un syncrétisme tel qu'aucun emprunt ou aucune inspiration du droit des Etats-Unis ne soit possible ou souhaitable. La grande richesse de ce droit, son très haut niveau de développement en font un réservoir monumental d'idées nouvelles et de perspectives de rajeunissement. Mais ce qui doit attirer surtout, ce n'est pas le phénomène brut de l'extension du pouvoir judiciaire, c'est plutôt l'approche fonctionnelle que ce dernier a réussi à mettre de l'avant. Entre le positivisme des grandes constructions logico-déductives et les curiosités d'un common law traînant à sa remorque la myriade de précédents et de distinctions subtiles, le fonctionnalisme américain ouvre une troisième voie dans laquelle il faut souhaiter que le droit canadien s'engage de plus en plus résolument. La dénonciation par Bickel de l'activisme judiciaire américain ne doit pas être entendue comme un retour à l'étroitesse positiviste que reflète bien souvent le droit d'ici par rapport à celui des Etats-Unis. Autant le "gouvernement des juges" n'est pas un produit d'importation pour le Canada, autant une certaine réorientation d'inspiration fonctionnelle de la méthode juridique est quelque chose de souhaitable.

⁶² C'est non seulement à bannir en droit la ségrégation raciale au niveau scolaire que s'est appliquée la Cour suprême, mais aussi à réaliser l'intégration en fait. Dans *Swann c. Charlotte-Mecklenburg Board of Education*, 402 U.S. 1 (1971) elle a affirmé que le transport des écoliers pouvait être un moyen de réaliser l'intégration et de ce prononcé ont découlé plusieurs ordonnances à cet effet de divers tribunaux fédéraux et des résistances allant jusqu'à la crise en plusieurs endroits.

⁶³ Suivant le titre de l'ouvrage de A. M. SCHLESINGER, *The Imperial Presidency*, Popular library, New York, 1973. Comme manifestations de cette réaffirmation d'autorité on peut citer notamment la fameuse résolution de 1973 sur les pouvoirs de guerre (qui requiert la consultation du Congrès avant de dépêcher des troupes en cas d'urgence, le rappel des troupes par le Congrès pouvant être opéré après 60 jours), le refus du Congrès d'engager militairement le pays en Angola, l'insistance à obtenir, sous peine d'outrage, des informations de l'exécutif, les grandes enquêtes sur les activités d'espionnage, enfin un nouveau mode de contrôle budgétaire.