



# Le droit des États-Unis

**Élisabeth ZOLLER**

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas  
Centre de droit public comparé  
EA n° 7320*

Le présent document est une version actualisée de l'ouvrage *Le droit des États-Unis*, Coll. « Que Sais-Je ? », n° 1159, P.U.F., 2001.

L'auteur remercie les Presses Universitaires de France de lui avoir restitué les droits pour en permettre le libre accès en ligne.

Ce document est téléchargeable gratuitement et peut être cité comme suit :  
ZOLLER Élisabeth, *Le droit des États-Unis*, 2014, 97 p. Document disponible en ligne sur le site du CDPC, URL, date de consultation.

# Sommaire

---

## **Chapitre I – Les fondements historiques**

- I. La période coloniale
- II. La formation d'une Nation
- III. La consolidation de l'État fédéral
- IV. Le droit des États-Unis au XXe siècle

## **Chapitre II – La structure fédérale**

- I. Le droit des États
- II. Le droit fédéral
- III. Les rapports entre droit fédéral et droit des États

## **Chapitre III – L'héritage de la *common law***

- I. Les sources du droit
- II. Le pouvoir des juges

## **Chapitre IV – Le pouvoir démocratique**

- I. Le pouvoir démocratique et la formation du droit
- II. Le pouvoir démocratique et l'application du droit

# Introduction

---

L'expression « droit des États-Unis » est une formule commode qui fait l'économie d'une longue périphrase, mais qui n'est pas rigoureusement exacte. Il n'y a pas un, mais des droits aux États-Unis, et la notion de « droit des États-Unis », tout comme celle parfois employée de « droit américain », doit être comprise comme un terme simple permettant de désigner sous un vocable unique un ensemble complexe qui englobe plusieurs droits. La pluralité des droits aux États-Unis tient au fait que ce pays est une fédération, c'est-à-dire, comme son nom l'indique, un ensemble d'« États » (il y a cinquante États en tout) qui sont « unis » entre eux par un droit commun. Chaque État a son propre droit, mais tous sont unis par une Constitution, des traités et des lois qui forment un droit fédéral supérieur à leurs droits respectifs. A strictement parler, le droit des États-Unis comprend donc 51 droits, le droit fédéral et les droits des 50 États.

La connaissance du droit des États-Unis est inséparable de la conscience du droit aux États-Unis. On dira d'emblée que les États-Unis sont un temple du droit, non seulement parce que le droit y est une véritable religion avec sa Bible, ses écritures, ses pères de l'Eglise, ses rites et ses prêtres, mais aussi, et peut-être plus encore, parce que le droit est aux États-Unis ce qui relie (*religare*) les hommes entre eux. Le droit tient aux États-Unis une place considérable moins, comme on le croit souvent, au plan des relations interpersonnelles (contrairement à une légende tenace, les rapports individuels ne sont pas toujours systématiquement régis par un « contrat », mais bien plus par l'appartenance à une « communauté ») qu'au niveau des rapports collectifs et de la société considérée en général. La meilleure preuve de cet état d'esprit est la vénération, la

dévotion quasi religieuse que les Américains entretiennent pour leur Constitution fédérale. Le rapport des Américains au droit et au monde de la justice est différent du nôtre. Il n'y a pas aux États-Unis cette tradition littéraire qui, de Racine à Molière en passant par La Fontaine, ont raillé les magistrats et les juges. Les Américains aiment leurs juges plus qu'ils ne les craignent. Le sens commun ne s'y trompe pas dans le vocabulaire qu'il utilise pour désigner les lieux où la justice est rendue. Aux États-Unis, la justice se rend à la *court house*, littéralement la « maison » de la cour ; en France, elle se rend au « palais ».

Pour présenter le droit américain, on envisagera d'abord comment il s'est formé dans les colonies d'Amérique et comment il a évolué au fur et à mesure que l'union originaires s'est agrandie (Chapitre 1). C'est dans ces éléments historiques que se situe l'origine des trois principales caractéristiques du droit des États-Unis qu'on examinera ensuite, celles qui lui donnent sa physionomie particulière et qui peuvent être résumées de la manière suivante. Le droit des États-Unis s'est entièrement bâti à partir d'une structure fédérale, ce qui lui confère un caractère décentralisé (Chapitre 2). Il a été profondément marqué par la tradition anglaise de la *common law* qui, lorsqu'on la combine avec la structure fédérale, permet de comprendre, au moins en partie, l'extraordinaire pouvoir des juges et leur position exceptionnelle dans la société américaine (Chapitre 3). Enfin, il est né et a grandi dans une société qui, dès le départ, avait rejeté la féodalité et adopté une culture égalitaire emportant nécessairement avec elle le principe de la souveraineté populaire, de sorte que tous ses processus d'élaboration et d'application font une place au pouvoir démocratique (Chapitre 4).

# Chapitre 1

## Les fondements historiques

---

Depuis les origines, le droit des États-Unis a toujours été marqué du sceau de la diversité. Il n'y a pas et il n'y a jamais eu « un », mais « des » droits sur le territoire américain. Sans atteindre la multiplicité et la complexité d'aujourd'hui, le système juridique américain a toujours été pluriel, même à l'époque de la colonisation anglaise. A l'inverse de l'Espagne qui unifia ses possessions d'Amérique dans un empire, l'Angleterre laissa ses colonies se gouverner librement. Quand elle tenta d'en centraliser l'administration au cours du deuxième tiers du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce fut pour son malheur car le resserrement de la férule de Londres sur les colonies se termina par la perte de celles-ci en 1783.

### I . La période coloniale

La colonisation anglaise du continent nord-américain commença sous le règne d'Elizabeth I. En 1584, Sir Walter Raleigh reçut une charte royale qui l'autorisait à fonder un établissement sur un territoire situé entre la Nouvelle-Ecosse et la Floride et dénommé Virginie en l'honneur de la reine vierge. Trois expéditions furent menées ; aucune ne put aboutir à un établissement stable. En 1585, une centaine d'hommes s'installèrent sur la côte, dans l'île de Roanoke, mais ils furent décimés par les indiens et la maladie. En 1606, la compagnie de Virginie se scinda en deux. La couronne d'Angleterre octroya deux chartes aux nouvelles entités, la première à la compagnie basée à Plymouth (Angleterre) chargée de coloniser le nord du territoire nord-américain et la seconde à la compagnie fondée à Londres en charge de coloniser le secteur sud. La compagnie

de Londres dirigée par Sir Thomas Smith, le plus puissant marchand anglais de l'époque, était la plus riche et la mieux équipée ; elle affréta trois navires qui atteignirent la baie de Cheasepeake en avril 1607 et, le mois suivant, les 104 survivants du voyage débarquèrent sur l'une des îles de la baie. Ils fondèrent Jamestown, le premier établissement anglais permanent en Amérique.

La manière dont fut fondée la première colonie anglaise en Amérique est révélatrice de la méthode qui fut ultérieurement suivie pour l'établissement de toutes les autres colonies qui s'installèrent par la suite, au Massachusetts (1629), au Maryland (1634), dans les Carolines (1663), ou en Pennsylvanie (1681). Toutes les colonies américaines sont nées d'initiatives privées entreprises avec des moyens privés pour des raisons privées. Contrairement aux colonisations espagnole ou française, la colonisation anglaise, telle qu'elle s'est déroulée en Amérique, n'a pas été une politique d'État entreprise, soutenue et financée par la couronne d'Angleterre. Certes, celle-ci est intervenue pour l'autoriser, notamment par l'octroi de chartes, mais elle ne l'a pas véritablement aidée par des moyens financiers, et encore moins par des moyens militaires. Il faut dire qu'au XVII<sup>e</sup> siècle la colonisation de l'Amérique n'était pas une pièce maîtresse dans la politique d'expansion territoriale de l'Angleterre. A l'époque, l'Amérique ne venait qu'au troisième rang des priorités de la politique colonisatrice de la couronne d'Angleterre, loin derrière la première qui était l'Irlande et la seconde localisée dans les Antilles et les Caraïbes. La conséquence de ce désintérêt relatif fut que, quels qu'aient été leurs motifs - qu'ils aient été mercantiles comme dans le cas des planteurs des colonies de Virginie ou des Carolines, ou religieux comme dans celui des pèlerins et des puritains du Massachusetts et de la Nouvelle-Angleterre - les personnes privées qui se sont établies sur la terre d'Amérique ont été libres dans leurs entreprises, libres de s'établir et de s'organiser entre eux comme ils l'entendaient. Cette liberté initiale, expression d'un *self-government* avant la lettre, a profondément marqué la culture politique et juridique des États-Unis. Elle a présidé à la mise sur pied des différents systèmes juridiques qui se sont établis dans chacune des colonies.

Au départ de l'établissement de toute colonie, il y avait une charte octroyée par la couronne d'Angleterre à une compagnie (par exemple, la *Massachusetts Bay Company* détenue par les puritains) ou à un homme, propriétaire du territoire en question (par exemple, Lord Baltimore qui fonda le Maryland ou Sir William Penn qui créa la Pennsylvanie). Ce document de nature contractuelle donnait à son titulaire le droit « de gouverner et de diriger tous les sujets de Sa Majesté qui résidaient à l'intérieur des limites du territoire », donc le droit largement entendu de légiférer, d'assurer l'exécution des lois et de rendre justice. Il était toutefois prévu que les lois et règlements adoptés ne devaient pas être contraires ou incompatibles (*contrary or repugnant*) avec les lois, règlements et usages du royaume d'Angleterre. Cette clause de sauvegarde ne fut jamais très contraignante et elle n'empêcha point les puritains de la Nouvelle-Angleterre d'édicter des lois pénales qui codifiaient des interdits puisés dans la Bible, pratique qui n'existait pas en Angleterre, ou encore les planteurs des colonies du Sud d'édicter un droit complètement inconnu des anglais, le droit de l'esclavage.

Rien dans ces chartes n'obligeait les colons à adopter les principes du droit anglais et, en particulier, le système de la *common law*. En fait, comme ce système était le plus familier et le mieux connu par ceux d'entre eux qui connaissaient le droit, c'est lui qu'on appliqua dans les nouveaux territoires. Mais la *common law* s'est toujours appliquée dans les colonies pour autant que les conditions locales n'y fissent pas obstacle et les colons ont librement écarté les règles du droit anglais qu'ils considéraient inopportunes, inadaptées ou contraires à leurs intérêts ou à leurs convictions. Le droit des colonies fut ainsi marqué par un esprit réformiste. Les colons avaient quitté l'Angleterre, soit parce qu'ils y étaient persécutés, soit parce qu'ils ne pouvaient pas y faire fortune comme ils le souhaitaient. Aussi refusèrent-ils tout autant la sévérité des lois pénales anglaises en matière religieuse que les reliques féodales des vieilles règles de droit civil touchant au droit de propriété ou au droit des successions. Le résultat a été que, si la *common law* a

certainement laissé une forte empreinte sur le droit des États-Unis, c'est plus pour ce qui touche à la mentalité qu'elle véhicule (préférence pour la souplesse du droit dit par le juge, rejet de la rigidité du droit édicté par les codes) ou aux techniques qu'elle met en œuvre (culte de la procédure accusatoire dans laquelle les parties établissent les faits par confrontation entre elles devant un jury, rejet de tout élément de procédure inquisitoire) que pour ce qui concerne les règles de fond qui avaient été dégagées par les juges anglais sur plusieurs siècles et qui ne convenaient pas toujours aux besoins des colons.

## II. La formation d'une Nation

### A . La proclamation des « États-Unis »

A partir des années 1760, la politique de Londres vis-à-vis des colonies américaines entra dans une période de grands changements. Jusqu'alors, l'Angleterre avait laissé les treize colonies se développer et s'auto-administrer librement. Certes, le Parlement de Londres avait bien voté des lois qui imposaient des contraintes aux colons. Mais, d'une manière générale, ces contraintes se faisaient surtout sentir dans les rapports que les colonies entretenaient avec la métropole. Elles étaient parfois lourdes, surtout en matière commerciale, avec les fameuses lois de navigation (*Navigation Acts*) qui à partir de 1660 obligèrent les colonies à exporter leurs marchandises uniquement vers l'Angleterre (ou des ports anglais) sur des bateaux affrétés par des sujets britanniques, ou encore avec le *Staple Act* de 1663 qui conférait à l'Angleterre le monopole de l'importation des biens manufacturés en Europe dans les colonies.

La guerre de Sept ans qui se déroula en Europe de 1756 à 1763 et en Amérique de 1754 à 1763 [elle y est connue sous le nom de guerre française et indienne (*French and Indian War*)] bouleversa les rapports entre l'Angleterre et ses colonies américaines. Le conflit se termina par la victoire de



l'Angleterre, mais celle-ci en sortit financièrement très affaiblie. Pour se refaire une fortune, l'Angleterre entreprit de réorganiser l'administration de son empire. Elle décida de renforcer la tutelle sur ses colonies et de renflouer ses finances en augmentant la pression fiscale. Ces mesures furent très mal accueillies par les Américains qui n'étaient pas formellement représentés au Parlement de Londres. Ils en appelèrent aux droits et libertés qu'ils disaient tenir de leurs chartes coloniales et notamment au principe selon lequel il n'y a pas d'impôt légal sans le consentement des représentants de ceux qu'il frappe (*no taxation without representation*). En 1774, pour se défendre contre ce qu'elles considéraient comme une tyrannie, les treize colonies décidèrent de s'unir et ils désignèrent des représentants qui se réuniraient périodiquement en un Congrès des « États-Unis ». Deux ans plus tard, le 4 juillet 1776, ces mêmes représentants assemblés en un Congrès général des États-Unis d'Amérique déclarèrent unilatéralement le droit des treize colonies « d'être des États libres et indépendants » et ils les délièrent de toute obéissance envers la couronne de Grande-Bretagne. La « Déclaration d'indépendance » qui marqua la première affirmation des États-Unis comme Nation, entraîna des hostilités armées avec l'Angleterre. La guerre qui s'ensuivit se termina, avec l'aide de la France, par le traité de Paris de 1783 qui consacra la victoire des États-Unis d'Amérique désormais indépendants.

A l'issue de la guerre d'indépendance, la confédération des États-Unis d'Amérique regroupait treize États, souverains et indépendants, ayant chacun leurs propres constitutions. Toutes étaient bâties sur le même modèle ; elles s'ouvraient par une déclaration de droits et se poursuivaient par une description de l'organisation du pouvoir dans l'État. Les déclarations de droits énonçaient en termes détaillés et explicites toutes les conséquences qui découlaient de l'affirmation liminaire de la Déclaration d'indépendance, étonnante de simplicité comme de portée : « Nous tenons pour évidentes par elles-mêmes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de certains droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. » Le pouvoir dans l'État était toujours organisé à partir du principe de la

séparation des pouvoirs tenu à l'époque pour la principale garantie contre la tyrannie. Concrètement, les constitutions établissaient trois pouvoirs séparés dans leurs fonctions respectives, législative, exécutive et judiciaire, qui tous devaient être issus directement ou indirectement de la volonté populaire, donc élus. Le pouvoir législatif était confié à une assemblée issue du suffrage populaire qui était partout assez largement distribué, en sorte que le peuple gouvernait réellement ; le pouvoir exécutif revenait à un « gouverneur », héritier de l'ancien représentant de la couronne britannique, mais dorénavant élu par l'assemblée et étroitement surveillé par elle ; enfin, le pouvoir judiciaire était remis à des cours et tribunaux qui, pour l'essentiel, restaient organisés et continuaient de travailler selon les méthodes de la *common law*, mais dont les juges étaient le plus souvent élus soit par le peuple, soit par les assemblées. Au total, partout dans ces États, le pouvoir avait été conçu et organisé pour pouvoir répondre rapidement aux volontés populaires.

La révolution, puis les dix-sept ans que durèrent la guerre d'indépendance, causèrent bien des problèmes, surtout sur le plan économique. La rupture avec Londres fit tomber les murs protecteurs de l'empire britannique qui abritaient le commerce des colonies depuis plus d'un siècle. Les colonies du Sud furent les plus touchées ; leurs exportations tombèrent en chute libre ; les marchés traditionnels de la Grande-Bretagne et des Antilles se fermèrent. Au Nord, la guerre aggrava les rivalités commerciales entre marchands ; de nouvelles élites du négoce virent le jour. De plus, la guerre avait coûté cher et la confédération comme les États s'étaient endettés. Comme les jeunes États ne voulaient pas imposer leurs citoyens et comme le Congrès de la confédération n'avait pas le pouvoir de lever l'impôt, ils choisirent de recourir à l'emprunt pour financer les dépenses de guerre. Mais ni les uns, ni l'autre ne pouvaient réunir les sommes suffisantes pour rembourser et ils eurent recours à l'émission de papier-monnaie pour financer les dépenses de guerre. Il en résulta une inflation galopante destructrice du tissu social. Dans un premier temps, chaque État pensa pouvoir se sortir d'affaires par ses propres moyens. Ces

politiques unilatérales suscitérent de graves rivalités entre États, si graves qu'un certain nombre d'hommes d'États éclairés comme Benjamin Franklin, George Washington, James Madison se rendirent compte que la solution des problèmes passait par un renforcement de l'union entre les États. C'est sous leur impulsion et grâce à leur détermination qu'au début du mois de mai 1787, 55 délégués représentant douze États (le Rhode-Island n'y participa point) se réunirent à Philadelphie en une convention constitutionnelle aux fins de réviser les anciens articles de la Confédération.

## **B. La « Constitution » des États-Unis**

Le 17 septembre 1787, après quatre mois de discussions passionnées au cours desquelles les négociations faillirent se rompre plusieurs fois, la convention de Philadelphie adopta un texte, sobre et relativement bref de quelques 4000 mots, qui « ordonn[ait] et établiss[ait] une [...] Constitution pour les États-Unis d'Amérique ». Ce texte marque une date capitale, la date fondatrice du droit des États-Unis.

En général, une constitution n'est pas indispensable à la présentation du système juridique d'un État et, en particulier, de son droit privé. Aux États-Unis, ceci n'est pas possible. On ne peut pas exposer le droit des États-Unis sans parler de la Constitution du 17 septembre 1787. La raison tient au fait que ce texte structure tout le droit américain ou, pour dire les choses autrement, tout le droit repose sur elle. Il n'y a pas aux États-Unis de question juridique qui n'ait une dimension constitutionnelle parce que les États-Unis sont, pour ainsi dire, un État fédéral parfait, en ce sens que chaque fonction gouvernementale, législative, exécutive ou judiciaire, a été conçue et ne peut s'exercer que dans une dimension fédérale, c'est-à-dire sur deux niveaux. Il en résulte que, quel que soit le niveau où une question juridique se pose, qu'il s'agisse du niveau de l'État fédéral ou

de celui de l'État fédéré, il faut toujours se demander si la question ne peut pas se poser aussi (et comment ?) à l'autre niveau.

La Constitution de 1787 n'a pas créé un « État », mais un « gouvernement » fédéral (*federal government*), et le seul État (*State*) que les Américains connaissent, c'est leur État de résidence comme la Californie ou le Texas. Il en résulte que le droit des États-Unis a son point de départ dans les droits des États. L'essentiel des règles juridiques qui réglementent la vie quotidienne des citoyens, c'est-à-dire les règles qui en France seraient *mutatis mutandis* considérées comme relevant du Code civil, à savoir le droit de la famille (mariage, filiation, divorce), la propriété, les contrats, la responsabilité, les successions, ou encore toutes les règles qui ressortiraient du Code pénal (contraventions, crimes et délits) et du Code de procédure pénale (arrestations, procès, emprisonnement), toutes ces règles ressortent aux États-Unis de la compétence des États. Elles ont deux sources, soit les lois votées par les législatures des États conformément aux constitutions de chacun d'eux et très souvent compilées dans des codes, soit les arrêts et décisions de justice rendus par les cours de l'État comme le veulent les méthodes et les traditions de la *common law* (c'est souvent le cas, par exemple, en matière de responsabilité délictuelle). Ces règles juridiques, nombreuses et foisonnantes, n'épuisent pas l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent aux citoyens. Tantôt à côté d'elles, tantôt au-dessus d'elles, le citoyen rencontre les règles fédérales, celles qui existent en vertu de la Constitution des États-Unis.

La Constitution fédérale de 1787 est un document court et dense, conclu entre les États issus de la révolution afin de réaliser entre eux « une Union plus parfaite » (*a more perfect Union*), comme le dit le bref Préambule. Elle ne s'ouvre pas par une déclaration de droits, mais elle commence tout de suite par un article sur les pouvoirs législatifs, suivi d'un second sur le pouvoir exécutif et d'un troisième sur le pouvoir judiciaire. La Constitution de 1787 crée principalement un gouvernement fédéral auquel les États attribuent un certain nombre de pouvoirs. Toutefois,

quels que soient les pouvoirs dont s'agit, le gouvernement fédéral n'en a que des morceaux et tout ce qui n'est pas « énuméré » continue en principe de relever de la compétence des États. A ce gouvernement fédéral de « pouvoirs énumérés », les États accordent d'abord tous les pouvoirs nécessaires pour créer entre eux un espace de paix et de prospérité sous la forme d'un grand marché économique unifié. Ainsi le Congrès reçoit-il, notamment, les pouvoirs législatifs suivants : « lever et percevoir des taxes ... faire des emprunts ... établir une règle uniforme de naturalisation et des lois uniformes en matière de faillite ... battre monnaie ... promouvoir le progrès de la science et des arts utiles, en assurant [...] aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectives... » Parmi tous ces pouvoirs, l'un d'entre eux revêt une importance capitale ; c'est celui qui est conféré au Congrès par la clause de commerce [Article I, Sec. 8 (3) de la Constitution] qui l'autorise à « réglementer le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ». Les États donnent aussi au gouvernement fédéral les moyens de constituer une union politique solide en établissant un Président, commandant-en-chef de l'armée et de la marine des États-Unis, et en s'interdisant de mener une diplomatie autonome. Les États donnent, en outre, à la branche judiciaire du gouvernement fédéral, au sommet de laquelle ils établissent une Cour suprême, les pouvoirs nécessaires pour résoudre les différends qui viendraient à survenir entre eux, pour trancher les conflits qui viendraient à opposer leurs citoyens respectifs, et surtout pour juger toutes les affaires qui pourraient surgir à propos de la Constitution fédérale, des lois du Congrès ou des traités des États-Unis. Enfin, aux termes d'une clause de suprématie [Article VI (2)], les États consolident le gouvernement ainsi créé, d'une part, en faisant de la Constitution fédérale, des lois du Congrès et des traités des États-Unis, la « loi suprême du pays » et, d'autre part, en obligeant les juges d'États à les faire prévaloir sur leurs propres lois, y compris leurs propres constitutions.

### C. Une « Union indestructible d'États indestructibles » (1789-1869)

1 Le débat initial sur les pouvoirs du gouvernement fédéral La Convention de Philadelphie terminée, il fallut faire entériner la Constitution qu'elle avait élaborée. La bataille fut intense entre ses partisans qui se dénommaient les « Fédéralistes » et leurs adversaires, les « Antifédéralistes », qui regroupaient les défenseurs des droits des États.

Les Fédéralistes expliquaient que la Constitution ne fédéraliserait le droit des États-Unis que de façon marginale et que l'essentiel du droit serait du ressort des États. L'un de leurs plus célèbres représentants, James Madison, qui avait été présent à Philadelphie, signait dans la presse, sous le nom de « Publius », la lettre suivante : « Les pouvoirs qui ont été délégués [...] au gouvernement fédéral sont rares et définis. Ceux qui demeurent du ressort des gouvernements des États sont nombreux et indéfinis. Les premiers ne s'exercent à titre principal que sur des sujets d'ordre externe comme la guerre et la paix, les négociations internationales, le commerce avec l'étranger ; ces [derniers] sujets sont enfin, pour la plupart, les seuls qui intéressent le pouvoir d'imposition [reconnu au gouvernement fédéral]. [Par contre], les pouvoirs réservés aux différents États s'étendent à tous les sujets qui, dans le cours habituel des affaires, concernent la vie, la liberté, et la propriété des individus, ainsi que l'ordre intérieur, le développement et la prospérité de l'État » (*Le Fédéraliste*, Lettre n° 45). A l'inverse, les Anti-fédéralistes soutenaient que la Constitution était grosse d'un Léviathan en puissance. L'un de leurs plus virulents porte-paroles, « Brutus » (pseudonyme qui cachait probablement Robert Yates, juge de l'État de New York qui, lui aussi, avait participé à la Convention de Philadelphie), estimait que la Constitution signait le « malheur des générations à venir ». Deux clauses lui paraissaient redoutables : la dernière de l'Article I, Sec. 8 qui, après l'énumération des pouvoirs attribués au Congrès, se terminait en ajoutant que celui-ci avait aussi le pouvoir de prendre tous les « pouvoirs nécessaires et appropriés » pour mettre à exécution les pouvoirs énumérés, et celle de l'Article VI (2) sur la clause de suprématie qui faisait

du droit fédéral le droit suprême du pays. La première lui paraissait de nature à vider de leur substance les pouvoirs des législatures des États, la seconde à renverser leurs gouvernements.

Finalement, les Fédéralistes l'emportèrent et la Constitution entra en vigueur le 21 juin 1788 quand le New Hampshire fut le neuvième État à la ratifier. Toutefois, pour prix de leur ralliement à un texte qui les inquiétait beaucoup, ses adversaires subordonnèrent leur adhésion à l'adoption d'une déclaration de droits qui préciserait les droits auxquels le gouvernement fédéral ne pourrait en aucun cas porter atteinte. En juin 1789, trois mois après l'ouverture de la première législature, Madison honora la promesse faite en présentant au Congrès un projet de déclaration de droits. Ce texte que l'on connaît sous le nom de *Bill of Rights*, et qui entra en vigueur en 1791, ajouta dix amendements à la Constitution initiale. Le dernier d'entre eux, le Xe, s'efforçait de rappeler et de bien préciser les pouvoirs limités du gouvernement fédéral en disposant : « Les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple. »

Le principe selon lequel les pouvoirs fédéraux sont limités a joué un rôle considérable dans l'évolution du droit américain. Dès lors que les pouvoirs fédéraux sont « énumérés » et « limités », il en résulte que le gouvernement de Washington n'a pas vocation à traiter de tous les problèmes et que c'est à celui qui prétend le contraire de le démontrer. Tout se passe comme si le principe renversait la charge de la preuve pour ceux qui souhaitent l'intervention du gouvernement fédéral. La Cour suprême n'a toutefois jamais interprété le principe des pouvoirs énumérés d'une manière rigide et absolue. Dès 1819, dans une affaire *McCulloch v. Maryland*, elle décida que, si les pouvoirs fédéraux étaient énumérés et limités, une saine interprétation de la clause sur les pouvoirs nécessaires et appropriés devait conduire à reconnaître que le gouvernement fédéral avait nécessairement les pouvoirs impliqués par les pouvoirs énumérés.

2 L'épreuve de force entre les États et le gouvernement fédéral A partir des années 1830, la résistance des États à une interprétation élargie des pouvoirs fédéraux s'organisa. Le mouvement vint des États du Sud, grands exportateurs de produits primaires, donc libre-échangistes, qui n'entendaient pas subir les effets des tarifs protecteurs élevés réclamés par les États du Nord pour protéger leurs jeunes industries contre les produits européens. Lorsqu'en 1832, le Congrès adopta une loi très protectionniste en matière de tarifs extérieurs qui lésait gravement les intérêts de ses planteurs, la Caroline du Sud prit la tête du mouvement et tenta de rallier à sa cause tous les États du Sud, menacés de devenir les victimes économiques du gouvernement fédéral. Sa cause fut exposée et défendue avec passion par l'un des siens, le sénateur John C. Calhoun, ancien vice-président des États-Unis. Selon Calhoun, tout différend entre les intérêts fédéraux et les intérêts des États devait être en dernier ressort soumis et résolu par une convention constitutionnelle convoquée dans l'État, c'est-à-dire par l'organe même qui, à l'origine, avait autorisé la ratification par l'État de la Constitution fédérale, faute de quoi une majorité nationale qui contrôlerait le Congrès et les cours fédérales aurait toujours un pouvoir illimité. La tyrannie de la majorité ne pouvait être écartée que si chaque État conservait le pouvoir de déclarer nulle et non avenue (*nullify*), pour lui-même et dans les limites de sa propre juridiction, les décisions de la majorité nationale. La théorie de la « nullification » (*nullification*) visait à protéger une souveraineté authentique, quoique limitée, de l'État au sein de l'Union, sans aller jusqu'à la sécession. La thèse de la Caroline du Sud ne souleva pas l'enthousiasme des autres États ; l'État se retrouva isolé étant le seul à avoir convoqué une convention constitutionnelle. Au début de 1833, celle-ci retira sa loi de nullification.

A la vérité, l'incident isolé de la Caroline du Sud était révélateur d'un mal plus profond. Les États du Sud ne voulaient pas du droit que souhaitaient les États du Nord et ils en voulurent de moins en moins quand il apparut que ces derniers entendaient mettre fin à une institution qui était essentielle à leur organisation économique et sociale : l'esclavage. La Constitution fédérale avait



accepté l'esclavage sans enthousiasme, mais sans état d'âme non plus, parce que les États du Sud dans lesquels, à l'époque, le travail servile avait encore une réelle utilité économique n'auraient jamais adhéré à l'Union si cette institution avait été remise en question. L'esclavage n'avait pas été conçu pour croître et prospérer (le Congrès s'était vu reconnaître le droit d'interdire la traite après 1808). L'esclavage avait été plutôt conçu comme une institution locale, régie par le droit des États qui seuls pouvaient l'abolir ou le réglementer là où il existait. En revanche, là où il n'existait pas, l'autorité du Congrès pour légiférer à son sujet était admise et reconnue par la pratique établie et par les dispositions de la Constitution (Article IV, Section 3) qui lui donnait le pouvoir de faire toutes lois et tous règlements nécessaires à l'administration des territoires ou de toute autre propriété appartenant aux États-Unis. Déjà en 1787, du temps de la Confédération, l'esclavage avait été aboli dans tous les territoires situés au nord et à l'est de la rivière Ohio. Cette Ordonnance de 1787 sur les territoires du Nord-Ouest avait été reconfirmée par la première législature du Congrès, après l'entrée en vigueur de la Constitution.

L'esclavage est devenu une question intensément et passionnément disputée à partir de 1840 avec l'expansion territoriale vers la côte pacifique. À mesure que les nouveaux territoires se peuplaient, s'organisaient et se constituaient en États qui demandaient à être admis dans l'Union, la même question se posait : le nouvel État serait-il admis comme État libre ou État esclavagiste ? Soucieux de trouver un compromis entre partisans et adversaires de ce que l'on appelait l'institution particulière (*the peculiar institution*), le Congrès décida de faire en sorte de garder un équilibre entre les deux et d'admettre en gros un État libre pour un État esclavagiste. À la fin des années 1860, les positions au Sud comme au Nord se radicalisèrent. Plus personne ne supportait le compromis et chacun pensait que ce devait être ou tout l'un ou tout l'autre. L'élection du républicain Abraham Lincoln à la présidence qui sonna la victoire du parti des abolitionnistes précipita les événements. En 1861, onze États du Sud décidèrent de faire sécession et constituèrent les « États confédérés d'Amérique ». La guerre civile qui s'ensuivit se termina en

1865 par la reddition des États du Sud. Quatre ans plus tard, la Cour suprême jugea que la sécession était nulle et non avenue et qu'elle n'avait pu avoir aucun effet juridique, qu'en vérité l'Union n'avait jamais cessé d'exister et qu'elle constituait, en fait comme en droit, une « Union indestructible d'États indestructibles » [*Texas v. White* (1869)].

### III. La consolidation de l'État fédéral

#### A La révolution des bases constitutionnelles du droit des États-Unis

La guerre de Sécession entraîna l'adoption de trois amendements à la Constitution qui eurent des conséquences capitales sur le droit des États. Le premier, le XIII<sup>e</sup> du nom (1865), était juridiquement indispensable ; il rejeta hors du droit et mit hors la loi l'institution qui avait été à l'origine même du conflit ; il valida rétroactivement les mesures d'émancipation prises pendant la guerre ; bref, il mit constitutionnellement fin à la guerre civile en mettant fin à l'esclavage. Les deux autres, en revanche, les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> amendements, n'étaient pas juridiquement indispensables. C'est le refus des États du Sud à accepter leur défaite et à tirer les conséquences juridiques du conflit, c'est-à-dire, concrètement, à considérer les Noirs émancipés comme des citoyens ordinaires, dorénavant dotés des mêmes droits que les Blancs, qui provoqua leur adoption. Excédés de la résistance qu'opposaient les anciens Confédérés, les républicains, majoritaires au Congrès, les mirent à genoux en décidant d'inscrire, noir sur blanc, dans la Constitution les obligations qui dorénavant s'imposaient à eux.

Le XIV<sup>e</sup> amendement (1868) déclara d'abord que toutes les personnes, nées ou naturalisées aux États-Unis, étaient citoyens des États-Unis. Avant la guerre, en 1857, dans une cause célèbre s'il en fût, l'affaire *Dred Scott v. Sandford*, la Cour suprême avait dit le contraire en jugeant que les

Noirs ne pouvaient pas être citoyens. En affirmant l'inverse, l'amendement renversa cette jurisprudence et, ce faisant, chercha à ouvrir aux Noirs affranchis le prétoire des cours fédérales pour faire respecter leurs droits. Ensuite, le XIV<sup>e</sup> amendement énonça ce que seraient désormais les obligations et les devoirs des États. Dorénavant, aucun État ne pourrait prendre de loi « qui restreindrait les privilèges et immunités des citoyens des États-Unis », aucun d'entre eux ne pourrait « priver une personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections prévues par le droit (*without due process of law*) ; ni refuser à quiconque relevant de sa juridiction l'égal protection des lois (*equal protection of the laws*) ». Le XV<sup>e</sup> amendement adopté deux ans plus tard (1870) ajouta à ces obligations celle de ne pas dénier ou restreindre le droit de vote des citoyens des États-Unis « pour raison de race, couleur, ou condition antérieure de servitude ».

Les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> amendements ont marqué une étape révolutionnaire dans l'évolution du droit des États-Unis dans la mesure où ils ont opéré une rupture avec les principes qui avaient fondé l'Union. La Constitution de 1787 avait certes imposé des obligations aux États. Mais, à part quelques exceptions mineures (interdiction de voter des lois qui emporteraient condamnation sans jugement, ou qui seraient rétroactives, ou qui porteraient atteinte aux obligations contractuelles), la Constitution n'imposait pas aux États des obligations vis-à-vis de leurs citoyens. Dans une affaire *Barron v. Baltimore* (1833), la Cour suprême avait levé les hésitations que d'aucuns auraient pu entretenir à ce sujet et elle avait dit, on ne peut plus clairement, que le *Bill of Rights* ne concernait et ne s'appliquait qu'au gouvernement fédéral. Les États étaient donc libres de se gouverner, de s'organiser et de légiférer comme ils l'entendaient, à la seule condition de demeurer à l'intérieur d'une forme républicaine de gouvernement, c'est-à-dire concrètement de ne pas établir de monarchie (les États-Unis garantissant une telle forme de gouvernement à chacun d'entre eux). Pour le reste, ils étaient libres de se doter des règles de droit qu'ils souhaitaient. Les XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> amendements ont changé tout cela en ce qu'ils ont défini les obligations, les principes et les règles qui désormais s'imposaient à leurs pouvoirs publics

respectifs. De plus, la citoyenneté fédérale, garantie à tous, a donné à tous le pouvoir de faire examiner et revoir la conformité de toutes les lois d'États avec ces principes par les cours fédérales. Les deux amendements ont placé les États sous la tutelle du pouvoir judiciaire des États-Unis.

Dans un premier temps, la Cour suprême, consciente de l'implacable mécanique qui s'était mise en place et qui menaçait de vider de toute substance la liberté et l'autonomie des États, fit tout ce qu'elle put pour en limiter les effets. Mais la pression venue du bas était trop forte. Tout justiciable débouté, dont l'affaire concernait le droit d'un État et qui avait été jugée par les cours de cet État, pouvait en appeler aux cours fédérales pour faire rejuger son affaire, et avec elle, le droit de l'État. Il suffisait de dire que ce droit était contraire au *due process of law*, ou méconnaissait l'égalité de protection des lois. Les procès en réclamation constitutionnelle (*constitutional claims*) se multiplièrent. Avec le XIV<sup>e</sup> amendement, les cours fédérales et la Cour suprême sont devenues dans l'imaginaire collectif « fontaines de toute justice ». L'avalanche de recours contentieux qui déferla sur le pouvoir judiciaire fédéral, eut pour résultat que, dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, il fallut limiter le nombre des affaires qui pourraient arriver jusqu'à la Cour suprême. Ainsi naquit cette particularité du droit américain qui veut qu'un justiciable ne puisse voir la Cour suprême se saisir de son affaire sans avoir préalablement obtenu d'elle un *writ of certiorari*, c'est-à-dire un ordre adressé à la juridiction inférieure de lui envoyer l'affaire, à elle Cour suprême, aux fins de réexamen. La Cour suprême a cette singulière prérogative de pouvoir choisir ses affaires.

## **B . L'ère du « gouvernement des juges »**

A partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit américain entra dans une période de grands bouleversements. A l'ouest, le mythe de la « frontière » (*frontier*) s'éteignit. La colonisation du continent jusqu'au Pacifique termina l'expansion territoriale et plaça les Américains devant la dure

réalité de devoir vivre désormais dans un monde fermé aux ressources rares. Au début du siècle, quand les pionniers partirent à la conquête de l'Ouest, l'immigration était libre. A la fin du siècle, le Congrès adopta les lois sur l'exclusion des Chinois et, en 1924, il établit le système des quotas d'immigration. D'un autre côté, de nouvelles techniques et inventions rendirent la vie plus facile et plus sûre en même temps qu'elles accélérèrent l'entrée dans la société industrielle et la division toujours plus poussée du travail. Les rapports sociaux devinrent plus complexes, plus mobiles, plus concurrentiels aussi. Les Américains étaient entrés dans le siècle avec l'idée que leur continent était un « nouveau monde », une terre d'abondance et d'opportunité pour tous où chacun pouvait trouver les conditions et les moyens d'une vie nouvelle, meilleure et plus riche. Ils le quittèrent dans un tout autre état d'esprit.

L'âge doré (*Gilded Age*) fut la période de la grande industrie, des trusts et des conglomérats, des capitaines d'industrie et des barons de la finance ; ce fut aussi celle de la guerre entre le travail et le capital. Chacun, riche ou pauvre, conçut désormais l'économie comme un gâteau aux parts limitées, et non plus comme une échelle d'ascension sociale illimitée. Les intérêts économiques se diversifièrent et se multiplièrent. Une compétition sans merci s'établit entre eux et s'intensifia. Pour y faire face, il fallut se regrouper et s'organiser. La propension des Américains à s'associer, qui avait tant frappé Tocqueville, favorisa aussi bien dans le monde du capital que dans celui du travail la constitution de multiples groupes d'intérêt qui entrèrent en concurrence les uns contre les autres. Aussi divers et antagonistes leurs intérêts furent-ils, tous ces groupes eurent un même but : conquérir des positions de pouvoir pour s'assurer le contrôle de la production du droit. Les législatures des États devinrent des réductions en miniature des conflits d'intérêts qui traversaient le tissu social, et ceci d'autant plus facilement que la démocratie américaine, déjà depuis longtemps, accordait généreusement le suffrage aux hommes (mais les femmes l'obtinrent assez vite dans les États) et que le système électoral du scrutin majoritaire à un tour, dans un pays où

les intérêts économiques et sociaux ont toujours été géographiquement différenciés et rarement mêlés, favorise une représentation éclatée des intérêts dans les assemblées populaires.

La conquête des législatures des États par des intérêts économiques menacés et avides de protections contre une concurrence de plus en plus dure favorisèrent l'adoption de lois de défense des intérêts majoritaires. Un exemple célèbre est celui des céréaliers des grandes plaines qui réussirent à conquérir le pouvoir dans les années 1870 et qui firent adopter des lois (*Granger laws*) limitatives des coûts exorbitants qu'exigeaient aussi bien les compagnies de chemin de fer pour transporter leur production jusqu'aux grands centres urbains que les compagnies de commerce en gros pour stocker la marchandise dans leurs silos à grains. Ces lois protectrices favorisèrent et accélérèrent le développement du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Tous ceux qui ne contrôlaient pas les législatures, se tournèrent vers les cours de justice pour faire annuler les lois adoptées par celles-ci. A la fin du XIXe siècle, le XIVe amendement avec sa clause de *due process* donnèrent aux juges un pouvoir de contrôle très étendu sur l'économie. Les juges fédéraux interprétèrent la clause de *due process* comme ayant incorporé dans la constitution fédérale les thèses libérales. A partir des années 1890, ils firent preuve d'une grande sévérité contre les lois d'États d'inspiration progressiste et sociale qui réglementaient les conditions du travail. Ils considérèrent que ces textes portaient atteinte à l'autonomie de la volonté et à la liberté contractuelle. L'arrêt emblématique de cette période est la décision *Lochner v. New York* (1905) dans laquelle la Cour suprême annula comme contraire à la clause de *due process* du XIVe amendement une loi de l'État de New York qui limitait à 60 heures par semaine le travail des ouvriers de la boulangerie.

La présence des classes populaires dans les législatures des États s'étendit au Congrès. A son tour, celui-ci adopta des lois sociales comme, par exemple, la grande loi sur les trusts de 1890, dite loi Sherman. Pour faire respecter ces lois, le Congrès choisit, conformément à la tradition

fédérale américaine, d'utiliser le droit et ses procédures en remettant aux victimes elles-mêmes le soin d'en exiger l'exécution par voie d'action en justice assortie de demande d'injonction et de condamnation à des dommages punitifs. Par la suite, ce mode d'exécution fut repris par toutes les autres lois fédérales sur la régulation économique ou sur les conditions de travail. Du coup, les défenseurs soumièrent ces lois à la censure des cours fédérales par le biais de l'exception d'inconstitutionnalité. Le pouvoir de *judicial review* se trouva profiter principalement aux puissants intérêts de l'économie, de la finance ou de l'industrie qui, par ailleurs, tenaient sous leur contrôle les organes politiques impliqués dans la désignation et la nomination des juges. Rares furent les lois qui passèrent avec succès l'examen de constitutionnalité. Entre 1889 et 1899, la Cour suprême sous la présidence de Melville W. Fuller invalida cinq lois fédérales et trente-quatre lois d'États. Ce n'était rien en comparaison des vingt-deux lois d'États annulées en une seule année (1915) par la Cour suprême sous la présidence d'Edward D. White ou des vingt lois annulées en 1926 par la même Cour sous la présidence de William H. Taft. Cette période de l'histoire du droit des États-Unis est restée connue comme celle du « gouvernement des juges » selon l'expression popularisée en France dans les années 1920 par Edouard Lambert .

## **IV. Le droit des États-Unis au XX<sup>e</sup> siècle**

### **A L'irrésistible croissance du gouvernement fédéral**

La crise économique de 1929 ouvrit une période de misère comme l'Amérique n'en avait jamais connue. En quelques mois, des millions d'hommes se retrouvèrent au chômage et des millions de familles virent leurs moyens de subsistance disparaître. En 1932, le peuple américain porta au pouvoir un homme qui leur promettait un *New Deal*. La mise en œuvre du programme du

président Franklin D. Roosevelt ouvrit la deuxième révolution de l'histoire du droit américain, celle qui allait voir les pouvoirs du gouvernement fédéral changer du tout au tout.

Roosevelt avait été élu sur un programme volontariste ambitieux qui promettait d'en finir avec le « laissez-faire » auquel s'accrochaient les libéraux et qui supposait l'adoption par le Congrès de plusieurs grandes lois de réglementation économique. La pièce maîtresse de ce programme était le *National Industrial Recovery Act* qui déléguait au pouvoir exécutif les pouvoirs législatifs nécessaires pour obliger chaque secteur de l'économie à adopter des codes de concurrence loyale, c'est-à-dire en gros des conventions collectives. D'autres lois suivirent qui donnèrent au Président le droit d'imposer des quotas de production dans l'agriculture et dans l'industrie. Saisie de la constitutionnalité de ces lois, la Cour suprême les invalida. Selon elle, aucune disposition de la Constitution fédérale ne donnait au Congrès le pouvoir de déléguer en bloc ses compétences au président sous forme de chèque en blanc [*Schechter Poultry Corp. et al. v. United States* (1935)] pas plus qu'aucune d'entre elles ne donnait au gouvernement fédéral le droit de réglementer l'agriculture [*Carter v. Carter Coal Co.* (1936)]. En droit strict, la position de la Cour n'était pas absurde. Juridiquement, la mise en œuvre du *New Deal* aurait supposé une révision constitutionnelle. Politiquement, cette révision était impossible. Outre que la rédaction de l'amendement qu'il aurait fallu ajouter à la Constitution était des plus délicats, rien ne garantissait qu'il serait adopté et, à supposer qu'il le soit, ce ne serait certainement pas avant plusieurs années.

La crise se résolut sur un plan purement politique. Roosevelt menaça de demander au Congrès de changer la composition de la Cour en adoptant une loi qui aurait fait passer le nombre des juges de 9 à 15, ce qui lui aurait permis, par le jeu de la désignation des juges par le président et de leur confirmation par le Sénat, d'installer sur le siège une majorité de juges favorables à sa politique. La Cour suprême s'inclina devant ce *court-packing plan* (plan de « fournée de juges ») et renversa sa jurisprudence. En quelques mois et quelques arrêts, elle fit comprendre que la clause



de *due process* ne s'opposait plus à la réglementation des salaires et des conditions de travail. Elle adopta aussi une interprétation très large des pouvoirs conférés au Congrès par la clause de commerce en considérant que celle-ci donnait au Congrès un pouvoir plénier de réglementation de l'économie nationale. Elle se rangea enfin à une interprétation plus souple de la possibilité pour le Congrès de procéder à des délégations de compétences au profit de l'exécutif, ce qui permit la constitution des nombreuses autorités administratives qui gravitent aujourd'hui autour de la présidence – les agences (*agencies*) - et qui jouent un rôle décisif dans la régulation de la société américaine.

## **B . Le droit des États-Unis après 1945**

De subsidiaire qu'elle était à l'origine, la part du droit fédéral dans le droit des États-Unis est devenue aujourd'hui bien plus importante qu'elle n'était autrefois. Toutefois, le droit des États subsiste bel et bien, il régit encore une part très importante de la vie civile et politique et le droit fédéral n'est jamais allé jusqu'à l'engloutir corps et biens. En réalité, dans la plupart des cas, le droit fédéral ne remplace pas le droit des États ; il se superpose et se combine à lui pour régir telle ou telle question, et il ne l'évince que dans la mesure où il lui est directement contraire. Il en résulte une densité législative peu commune ; en cela, la complexité du système américain n'a pas d'équivalent. La réduction des tâches du gouvernement fédéral qui a commencé sous la présidence de Ronald Reagan n'a pas fondamentalement inversé ces tendances lourdes, nonobstant la nouvelle politique de déréglementation qui a marqué l'arrivée au pouvoir dans les années 1980 des nouveaux libéraux. Les néo-conservateurs ont surtout cherché à démanteler l'État-providence (*Welfare State*) en faisant passer du gouvernement fédéral aux États l'organisation, la gestion et la distribution des avantages et bénéfices sociaux. Dans certains domaines, ils ont cherché à simplifier le droit fédéral. Ces efforts ont modifié certains aspects du

droit fédéral comme dans le domaine de la régulation ; mais ils n'en ont pas véritablement diminué l'importance, ni *a fortiori* la prééminence dans le droit des États-Unis d'aujourd'hui.

Après la seconde guerre mondiale, le droit des États-Unis a été marqué par une deuxième révolution juridique, tout aussi importante que la révolution du New Deal. Mais, alors que celle-ci avait concerné le gouvernement fédéral, la seconde a surtout affecté les États. Entreprise par la Cour suprême sous la présidence d'Earl Warren (1954-1969), on la connaît sous le nom de « révolution des droits ». Née du combat pour la reconnaissance de l'égalité des droits civils et politiques des Noirs, elle a bouleversé le rapport des citoyens aux États en termes de droits de l'homme et libertés fondamentales en développant jusqu'aux limites les plus extrêmes que le fédéralisme autorise la logique centralisatrice implacable que le XIV<sup>e</sup> Amendement porte en lui. La « révolution des droits » qui est restée le grand œuvre de la Cour Warren et qui fut la raison d'être de sa politique dite « d'activisme judiciaire » (*judicial activism*) pendant les années 1960, s'explique par la détermination de quelques grands juges éclairés, par ailleurs soutenus par une très large majorité de la classe politique fédérale, d'en finir avec la révolution inachevée de la Reconstruction. Les troupes fédérales ayant évacué le territoire des confédérés, les États du Sud avaient adopté des lois très strictes de ségrégation raciale dans tous les domaines de la vie sociale (éducation, transports, lieux publics, etc). La Cour suprême valida cette politique dite « séparés, mais égaux » (*separate, but equal*) en 1896 dans un arrêt *Plessy v. Ferguson*. En 1954, dans une décision historique *Brown v. Board of Education of Topeka* rendue en matière de ségrégation scolaire, la Cour suprême renversa cette doctrine inique.

L'arrêt *Brown* a marqué dans le droit des États-Unis une étape capitale. Il a ouvert la voie à une politique de non-discrimination systématique qui a été d'abord conçue pour les Noirs, mais qui, dans un même souffle égalitaire, a aussi touché les femmes, les adeptes de toutes les religions et de toutes les croyances ainsi que tous les citoyens américains de descendance étrangère. Cette

politique a été consacrée en 1964 avec le vote par le Congrès de la grande loi sur les droits civils (*Civil Rights Act of 1964*). Par la suite, la non-discrimination a été revendiquée par bien d'autres catégories sociales et elle a été étendue à de nombreux autres groupes comme les personnes âgées ou les handicapés. La nouvelle éthique de la non-discrimination radicale fait aujourd'hui la force des mouvements en faveur des homosexuels ; elle légitime la fragmentation du tissu social en de multiples groupes tous égaux en droits et en dignité, quels qu'ils soient. Dans la mesure où l'origine de ces revendications est à rechercher dans le mouvement en faveur des droits civils des Noirs, on peut considérer que la cause des Noirs a été à l'origine d'une révolution qui a affecté en profondeur le droit des États-Unis, qu'il s'agisse du droit public comme du droit privé, du droit fédéral comme des droits fédérés, et qui a bouleversé toute la société américaine.

# Chapitre 2

## La structure fédérale

---

Le droit des États-Unis est tout entier adossé à une structure fédérale et présente de ce fait une organisation duale entre un droit des États et un droit fédéral. Le fédéralisme est un facteur décisif de l'organisation du droit américain ; il en commande aussi l'esprit. Tel qu'il est compris aux États-Unis, le fédéralisme est d'abord une culture, un état d'esprit, une manière pour le citoyen de se penser dans l'État et de penser l'État autour de lui. Aux États-Unis, le fédéralisme est synonyme de liberté ; il signifie que l'Américain se gouverne lui-même au niveau local dans sa communauté, en accord avec ses semblables, et que, s'il faut qu'il soit aussi gouverné par une autorité supérieure, ce doit être toujours à titre supplétif, secondaire, accessoire. Il en résulte que le fédéralisme américain emporte une démultiplication des niveaux de gouvernement ; il signifie pour un Américain l'exacte antithèse de ce que « l'État » veut dire pour un Français. A l'inverse des Français qui n'envisagent le « gouvernement » qu'à l'échelon central et qui ne concèdent aux échelons inférieurs que le soin de l'« administration », les Américains conçoivent la fonction gouvernementale, au sens plénier du terme, comme un dégradé à trois niveaux. Ils distinguent gouvernement local, gouvernement de l'État et gouvernement fédéral (*local, state, federal government*). L'opposition entre les deux approches n'est pas seulement terminologique ; elle correspond à quelque chose de très profondément ancré dans la culture juridique américaine, à savoir le *self-government*, c'est-à-dire littéralement le droit de se gouverner soi-même, lequel implique la démocratie locale et le sens de l'autonomie de la communauté à laquelle on appartient.

Le *self-government* remonte à la période coloniale. Il s'explique tant par les convictions de ceux qui ont peuplé la terre d'Amérique que par la très grande liberté dont ont bénéficié les colons pour s'organiser et s'administrer à leur guise. Il a été le terreau sur lequel a grandi la souveraineté populaire (idée bizarre pour l'esprit français nourri des principes unitaires de la souveraineté nationale) selon laquelle la souveraineté est considérée comme appartenant au peuple conçu, non comme une Nation « une et indivisible », un ensemble formant un tout, mais comme une Nation de « patriotes », un ensemble pluriel et composé, un tout formé d'une multitude d'individus regardé chacun comme titulaire d'une parcelle de souveraineté. Facteur décisif de la construction du droit, le *self-government* explique pourquoi aux États-Unis les règles de droit qui soudent et gouvernent la société doivent, en principe, venir « d'en bas » et, exceptionnellement, « d'en haut ». Cet idéal de liberté est très exactement celui que porte en elle la Constitution fédérale qui a laissé l'essentiel du pouvoir « à la base », entendez au peuple et aux États, et c'est pourquoi elle est tant aimée. Aux États-Unis, la Constitution fédérale n'est pas conçue comme l'acte qui établit le statut de « l'État » ; elle est comprise comme le pacte qui définit les conditions de la liberté.

De ce qui précède, il résulte que pour expliquer le droit des États-Unis, il faut d'abord partir « d'en bas », du droit des États, et remonter vers « le haut », jusqu'au droit fédéral. Ce travail achevé, on sera mieux à même de comprendre les rapports complexes, parfois déroutants, qui unissent les droits des États avec le droit fédéral et les droits des États entre eux.

## **I. Le droit des États**

Les États sont la première structure d'organisation du droit aux États-Unis. Ils ont existé bien avant que le gouvernement fédéral ne soit créé en 1787 puisque, dès 1776, les treize colonies s'affirmèrent États souverains, libres et indépendants. Cette antériorité des États par rapport au

gouvernement fédéral, qui curieusement concerne tous les 50 États, y compris ceux qui ont rejoint l'Union après 1787, est capitale dans la pensée juridique américaine. Elle signifie qu'à la différence du gouvernement fédéral, les États n'ont pas à faire la preuve de leur pouvoir de créer, appliquer et faire appliquer des règles de droit. Ils ont à titre inhérent la plénitude de la souveraineté, donc la compétence de faire les lois, sauf à respecter les limites de leur propre constitution et de la Constitution fédérale.

### **A. Organisation constitutionnelle des États**

La structure gouvernementale des États est aujourd'hui très largement calquée sur celle du gouvernement fédéral. Si, dans un premier temps, ce sont les constitutions des États établis après la Déclaration d'indépendance (1776) qui ont inspiré, tant par imitation que par rejet, la Constitution fédérale de 1787, par la suite c'est l'inverse qui s'est produit. La Constitution fédérale est restée quasiment immuable tandis que celles des États faisaient l'objet de très fréquentes révisions. Le pouvoir de l'État est toujours réparti entre trois branches égales avec un chef de l'exécutif [un « gouverneur » (*governor*) assisté d'un « vice-gouverneur » (*lieutenant governor*)] possédant un droit de veto sur les lois et une cour suprême investie du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Le pouvoir législatif, dénommé selon les cas la législature de l'État (*State Legislature*) ou l'assemblée générale (*General Assembly*), est toujours divisé en deux chambres, le plus souvent une « chambre des représentants » et un « sénat », sauf au Nebraska où la législature est unicamérale. Conformément à la tradition constitutionnelle américaine qui privilégie la liberté et le *self-government*, partout le pouvoir est organisé de manière à fonctionner le moins possible selon le principe qui veut que « le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins ». Ceci se traduisait autrefois par toutes sortes de recettes ou techniques constitutionnelles dont beaucoup ont disparu sous la pression des nécessités modernes, mais dont certaines existent encore. La plus importante est la séparation des pouvoirs qui a pour but,

dans la conception que les Américains s'en font, de faire en sorte que « par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » comme le recommandait Montesquieu. A cette règle essentielle s'en ajoutent d'autres, parfois toujours valables selon les États : les mandats électifs sont courts (2 ans), souvent limités dans leur possibilité de renouvellement ; les sessions législatives sont tantôt réduites à une fois tous les deux ans, tantôt limitées à un nombre défini de jours par an ; les deux chambres se réunissent à tour de rôle selon un rythme biennal ; beaucoup d'États limitent le nombre des propositions de lois qui peuvent être introduites chaque année par les membres de la législature.

Une deuxième caractéristique de l'organisation constitutionnelle des États est la part très importante qui est faite au principe de la souveraineté populaire. Affirmé en 1776, le principe a été généralisé dans son application au cours de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle sous la présidence d'Andrew Jackson. Toujours bien vivace, il signifie qu'il n'y a pas d'autorité publique qui ne procède du suffrage populaire. Au niveau des États, c'est bien sûr le cas du législateur, mais c'est aussi le cas des juges et des principaux membres de l'exécutif comme le vice-gouverneur, le ministre de la justice (*attorney general*) ou le contrôleur général des comptes (*auditor general*).

La troisième caractéristique de l'organisation constitutionnelle des États est la très grande diffusion du pouvoir gouvernemental. Le gouvernement n'est pas comme en France l'affaire exclusive d'un centre ; il descend et s'irradie jusque dans la périphérie. Au niveau local, les subdivisions politiques des États sont les comtés (*counties*), les villes (*cities*), et dans les zones rurales la zone intermédiaire du bourg (*township*) dont l'importance varie selon les cas. A tous ces niveaux s'établit ce que les Américains appellent le « gouvernement » local ou municipal (*local* ou *municipal government*). La large autonomie concédée au niveau local n'empêche pas que les subdivisions de l'État soient juridiquement considérées comme ses créatures, ce qui signifie en théorie qu'il peut

en disposer et qu'il exerce sur elles un contrôle absolu. En pratique, nombre de ces entités sont très indépendantes soit parce que leur liberté est le résultat de facteurs politiques (ainsi lorsqu'un large pourcentage des membres de la législature est élu par une grande métropole urbaine de l'État), soit parce que leur autonomie résulte des dispositions de la constitution de l'État qui leur garantissent l'indépendance ou qui accordent les droits de l'autonomie locale (*home rule*) aux grandes villes. Celles-ci sont gouvernées par un maire (*mayor*) assisté d'un conseil municipal (*city council*), lequel est très fréquemment l'organe dominant de ce gouvernement local. Au niveau local, le pouvoir est important et réel au moins dans trois domaines : 1) le maintien de l'ordre et l'exécution de la loi (à défaut de police d'État ou de police fédérale, ce sont les villes qui portent l'essentiel de la responsabilité de faire respecter le droit) ; 2) la propriété immobilière et l'urbanisme (les villes sont quasiment maîtresses de l'aménagement foncier et du développement urbain) ; 3) l'éducation (depuis toujours, la responsabilité de l'enseignement primaire et secondaire aux États-Unis est l'affaire de la communauté locale organisée en un district scolaire financé par une taxe assise au prorata de l'impôt foncier et géré par un conseil démocratiquement élu, sous réserve des directives générales qui sont arrêtées par le secrétaire à l'éducation de l'État).

## **B. Organisation judiciaire des États**

C'est devant les cours des 50 États que l'immense majorité des procès commencent et se terminent. La nature, la compétence, la qualité, la dénomination et les fonctions de ces cours d'États varient considérablement d'un État à l'autre. Chaque constitution d'État prévoit l'établissement d'un pouvoir judiciaire au sein d'un gouvernement immuablement tripartite et dont l'organisation relève du pouvoir législatif. Si la terminologie et les structures varient, on trouve cependant dans chacun d'entre eux une organisation judiciaire qui comprend toujours, au niveau inférieur, une cour de première instance à compétence générale, ayant au-dessus d'elle une



pyramide plus ou moins complexe de cours d'appel se terminant au sommet par une cour suprême propre à chaque État.

Dans chaque État, il existe des cours de première instance à compétence générale (*state trial court*) qui jugent tous les procès civils et pénaux importants. Selon les États, on les appelle *Court of Common Pleas*, *County Court* ou *Superior Court*. Au dessous des cours ordinaires, pour le traitement des petites affaires (généralement comprises entre \$2,000 et \$5,000) ou encore pour le jugement des contraventions, il existe des juges de paix ou, selon les cas, des tribunaux municipaux. D'autre part, pour le jugement d'affaires particulières, il peut exister d'autres cours, elles aussi du type *trial courts*, mais qui sont plus spécialisées, par exemple, dans le règlement des litiges successoraux, ou des litiges impliquant des mineurs, ou des procès contre l'État.

Au-dessus de ces juridictions à compétence générale, il n'a longtemps existé qu'un seul degré d'appel, cette cour d'appel jugeant en dernier ressort et faisant office de cour suprême. Ce système n'existe plus que dans les petits États. Dans les grands États, l'inflation des procès a conduit partout à introduire des cours intermédiaires d'appel selon des schémas plus ou moins compliqués. Au sommet du système judiciaire des États, il existe une cour suprême qu'on appelle généralement *Supreme Court*, mais qui dans l'État de New York se dénomme *Court of Appeals*. Cette cour suprême a le dernier mot sur l'interprétation du droit de l'État et, s'il est vrai que la Cour suprême des États-Unis peut revoir ses jugements, ce n'est toujours que dans la mesure où ceux-ci concernent des questions de droit fédéral.

## II. Le droit fédéral

Le droit fédéral est le droit commun aux 50 États de l'Union et supérieur au droit de chacun d'entre eux. C'est un droit « suprême » ; la Constitution le qualifie de « droit suprême du pays » (*supreme law of the land*). Il comprend dans l'ordre qu'en donne l'Article VI (2) de la Constitution de 1787, la Constitution, les traités et les lois des États-Unis. L'énumération de ces sources ne correspond qu'imparfaitement à la hiérarchie qui existe entre elles. Certes, la Constitution est la première source du droit ; elle prime toutes les autres normes ; toutes doivent s'incliner devant elle, y compris les traités internationaux. Mais après elle, ce ne sont pas les traités, puis les lois qui viennent dans la hiérarchie, mais soit les traités, soit les lois, selon l'ordre chronologique dans lequel ces normes ont été adoptées. En d'autres termes, la loi et le traité sont sur un pied d'égalité, et en cas de conflit, c'est la norme la plus récente qui l'emporte.

La Constitution et les lois sont les sources les importantes du droit fédéral, lequel est un droit principalement écrit. Le vieux fonds de droit coutumier non-écrit que véhicule la *common law* n'y a plus qu'une place réduite. En 1938, dans une décision *Erie Railroads v. Tompkins*, la Cour suprême mit fin à une jurisprudence *Swift v. Tyson* de 1842 qui avait investi les cours fédérales du droit de développer une *common law* fédérale pour résoudre les différends entre citoyens d'États différents, par exemple, en matière de droit commercial général. L'arrêt *Erie* leur a fermé cette possibilité en les instruisant de se tourner dorénavant vers la *common law* développée par les cours d'États pour résoudre des litiges de cet ordre ; et il a affirmé dans une formule jamais démentie depuis : « Il n'y a pas de *common law* fédérale générale ». Il y a, en revanche, une *common law* fédérale spéciale, mais elle ne peut s'appliquer qu'à des questions précises et limitées comme celles soulevées dans les affaires qui mettent en cause la propriété, les droits et les obligations du

gouvernement des États-Unis (ex. : les chèques et les bons fédéraux), les différends internationaux, ou les questions d'amirauté (*admiralty law*).

La connaissance du droit fédéral est indissociable de celle du droit constitutionnel. C'est pourquoi cette dernière branche du droit est aux États-Unis tellement importante et que toute question juridique est pour ainsi dire « constitutionnalisée » dans la mesure où elle est susceptible d'être affectée par une règle de droit fédéral. On se limitera à une présentation sommaire de l'organisation constitutionnelle des États-Unis, celle qui est nécessaire pour comprendre la manière dont sont faites les « lois des États-Unis ».

## **A Organisation constitutionnelle fédérale**

La Constitution du 17 septembre 1787 adoptée à l'issue de la convention de Philadelphie est la clef de voûte de tout le système juridique américain. Les constituants, que les Américains appellent les Pères fondateurs (*Founding Fathers*), n'avaient certainement pas à l'origine l'intention de créer la puissance constitutionnelle, politique et juridique que représente aujourd'hui le gouvernement des États-Unis. Leur but était de créer une « Union plus parfaite », plus parfaite par rapport à la confédération qui les unissait alors. Le meilleur moyen d'y parvenir leur parut être d'instituer au-dessus des États un autre gouvernement (mais non un « État », et encore moins un « super-État ») équipé comme tout gouvernement des trois branches nécessaires à l'exercice des fonctions gouvernementales, un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire.

1 Le pouvoir législatif L'Article I de la Constitution attribue au Congrès dans une section 1 « tous les pouvoirs législatifs accordés ci-après » et se poursuit, dans une section 8, par une énumération desdits pouvoirs en 18 paragraphes. Cette formule de la liste énumérative est un

compromis entre les deux grands courants qui s'affrontèrent à la Convention de Philadelphie. La délégation de Virginie proposa que soit attribué au Congrès le pouvoir de « légiférer dans tous les cas où les États, pris individuellement, sont incompetents, ou dans lesquels l'exercice séparé par un État de sa compétence législative est de nature à rompre l'harmonie des États Unis ». D'aucuns firent valoir qu'une telle clause donnerait bien trop de pouvoirs au Congrès. On s'accorda donc sur une formule tierce qui consista à énumérer les matières dans lesquelles il semblait probable aux participants que l'adoption par chaque État de ses propres lois serait de nature à troubler « l'harmonie des États-Unis ».

En deux siècles de pratique, les pouvoirs énumérés du Congrès ont beaucoup évolué. Celui qui connut la plus profonde évolution est indiscutablement le pouvoir, dit de la « clause de commerce », qui attribue au Congrès compétence pour « régler le commerce avec les nations étrangères, entre les divers États, et avec les tribus indiennes ». La Cour suprême l'ayant très généreusement interprétée, notamment après le New Deal, la clause de commerce a aujourd'hui fait tomber dans les compétences du gouvernement fédéral pratiquement tout ce qui touche à la réglementation et à la régulation de l'économie nationale en sorte qu'elle est la base constitutionnelle d'une partie considérable du droit fédéral. Enfin, les pouvoirs du gouvernement se sont aussi considérablement accrus du chef de l'adoption en 1913 du XVIe Amendement à la Constitution qui donna au Congrès le pouvoir d'établir et de percevoir des impôts sur les revenus.

2 Le pouvoir exécutif Aux termes de l'Article II, le pouvoir exécutif est confié à un président des États-Unis chargé de « veiller à ce que les lois soient fidèlement exécutées ». A cette fin, le président est assisté d'une administration dont les membres les plus importants sont nommés par lui, avec l'avis et le consentement du Sénat. Le président est entouré de « secrétaires » qui forment le « cabinet » du président (*President's cabinet*). A l'origine, le président avait été conçu

comme un simple et fidèle exécutant des lois votées par le Congrès. Le plus grand changement apporté à cette conception initiale est qu'aujourd'hui la branche exécutive est devenue une source de droit fédéral et que, désormais, il faut ajouter aux lois votées par le Congrès les multiples règlements, directives et instructions adoptés par les « agences » administratives qui gravitent dans l'orbite du pouvoir présidentiel. La révolution date des années 1930 quand, à la demande du président Roosevelt, le Congrès délégua à la branche exécutive les pouvoirs législatifs nécessaires pour mettre en œuvre une régulation de l'économie et venir à l'aide des victimes de la crise économique. Le changement n'affecta pas seulement le gouvernement fédéral. Progressivement, le syndrome de « l'État administratif » (*the administrative state*) a gagné les États eux-mêmes de sorte qu'aujourd'hui les agences existent aux deux niveaux, fédéral et fédéré.

Quiconque veut prendre aujourd'hui une vue concrète du droit fédéral constatera que, dans les bibliothèques juridiques, la place occupée par les règlements fédéraux est dans certains domaines dix fois supérieure à celle occupée par les lois fédérales. Ces règlements touchent à tous les domaines de la vie économique et sociale, du droit bancaire au droit de la sécurité sociale en passant par le droit de la communication, la réglementation des conditions de travail, la sécurité sur les lieux de travail, les négociations collectives, etc.. Les agences qui les prennent sont de deux types, les agences dites exécutives et les agences indépendantes (*executive et independent agencies*). Les premières sont sous le contrôle d'un membre de l'administration présidentielle, en général un secrétaire, lui-même responsable devant le président. Les secondes ne sont pas supervisées par un membre du cabinet, mais sont au contraire immunisées contre toute possibilité d'interférence partisane. En règle générale, elles sont dirigées par un organe collégial dont les membres sont nommés par le président avec l'avis et le consentement du Sénat, mais dont les mandats ne sont pas de même durée que ceux du Président ou des membres du Congrès en sorte que les nominations ne coïncident pas avec les élections. Les membres des agences indépendantes ne peuvent être révoqués que pour juste motif (*for good cause*), ce qui signifie en

gros faute personnelle d'une particulière gravité. Parmi les agences indépendantes les plus importantes, il faut mentionner la *Securities and Exchange Commission* qui réglemente et contrôle les marchés financiers des sociétés, la *Federal Communications Commission* qui s'occupe des licences de télévision et de radio, la réserve fédérale (*Federal Reserve Board*) qui contrôle la politique monétaire, ou encore la *Federal Trade Commission* qui veille à la régulation de certaines pratiques commerciales.

3 Le pouvoir judiciaire Le pouvoir judiciaire des États-Unis prévu à l'Article III a été conçu d'abord comme une garantie capitale de la bonne exécution du droit fédéral. Sous l'empire de la confédération, les lois du Congrès n'étaient que très imparfaitement appliquées par les États. Pour éviter les mêmes déboires à la Constitution et aux lois qui seraient prises par le nouveau Congrès, ainsi qu'aux traités autorisés par lui, les constituants décidèrent de créer un pouvoir judiciaire fédéral. Sur l'organisation qu'il convenait de lui donner, ils furent très sobres, se contentant d'attribuer le pouvoir judiciaire des États-Unis à une Cour suprême, et aux juridictions inférieures que le Congrès jugerait bon d'instituer. Toutefois, à titre préventif, les constituants prirent soin de garantir l'indépendance de la branche judiciaire. Ils prévirent, d'une part, que les juges fédéraux conserveraient leur charge *during good behaviour*, c'est-à-dire tant qu'ils auraient une bonne conduite, et qu'ils ne pourraient être destitués que pour juste motif (*for good cause*) - ce qui équivaut en pratique à les nommer à vie – et, d'autre part, que leurs traitements ne pourraient pas être diminués pendant qu'ils seraient en fonction.

S'agissant de l'étendue du pouvoir judiciaire fédéral, les constituants furent, en revanche, extrêmement précis ; ils définirent tout un ensemble d'affaires et de différends (*cases and controversies*) qui échapperaient à la connaissance des cours d'États pour être jugées par le pouvoir judiciaire fédéral. Au premier rang de ces affaires, ils mirent toutes celles « survenues sous l'empire de la Constitution, des lois des États-Unis, des traités conclu ou qui seraient conclu, sous leur autorité ». Ils y ajoutèrent toutes les causes qui, si elles devaient être laissées à la compétence

d'un État, leur semblèrent courir le risque de ne pas être impartialement jugées, telles les affaires opposant le citoyen d'un État à celui d'un autre État, celles mettant aux prises l'État lui-même avec les États-Unis ou avec un autre État, celles concernant les citoyens de différents États, et ils complétèrent cette liste par les affaires d'amirauté et de juridiction maritime qui, déjà du temps de la confédération, relevaient des pouvoirs de l'Union. Les dispositions de la Constitution sur le pouvoir judiciaire fédéral représentaient l'atteinte la plus grave et la plus décisive que les constituants pouvaient porter à la souveraineté des États puisqu'elles revenaient à leur retirer un aspect capital du pouvoir souverain, celui d'être juge de sa propre cause. Certes, à l'origine, cette restriction de pouvoir n'était appelée à jouer que dans certains cas, limitativement énumérés. En réalité, elle alla s'élargissant à mesure que le droit fédéral s'étendait.

## **B. Organisation judiciaire fédérale**

1 Les cours fédérales inférieures Les cours fédérales comprennent deux types de cours, des cours « législatives » et des cours « constitutionnelles ». Les cours législatives sont créées par le Congrès sur la base de ses pouvoirs législatifs, notamment l'Article I, Sec. 8 (9) de la Constitution qui lui attribue le pouvoir « de constituer des tribunaux subordonnés à la Cour suprême ». Ce sont des cours spécialisées dans le règlement de litiges particuliers dont les juges sont nommés pour un terme défini. Les cours constitutionnelles, en revanche, ont une compétence plus générale ; elles sont établies par le Congrès sur le fondement de l'Article III, Sec. 1 de la Constitution qui attribue le pouvoir judiciaire fédéral « à telles cours inférieures que le Congrès pourra, le cas échéant, établir ». C'est principalement à elles que l'on songe quand on parle du « pouvoir judiciaire fédéral ».

Le pouvoir judiciaire fédéral se déploie à l'échelle continentale ; il est présent dans tous les États. A l'origine, les constituants avaient bien vu tout ce qu'un véritable système judiciaire fédéral avec

sa hiérarchie de juridictions impliquait pour la souveraineté et les institutions judiciaires des États. Les uns le souhaitaient ardemment ; ils y voyaient la condition essentielle d'une structure nationale suprême au-dessus des États. Les autres n'en voulaient à aucun prix ; ils préféraient remettre aux juges des États le soin de garantir l'application du droit fédéral. Les conventionnels de Philadelphie s'accordèrent donc sur une formule de compromis par laquelle ils établissaient bien une Cour suprême, mais non un vrai système judiciaire fédéral armé de pied en cap. Ils prévirent seulement des « cours inférieures » que le Congrès pourrait « à l'occasion » (*from time to time*) établir. Les plus avertis d'entre eux prirent toutefois soin de définir à l'avance la fonction judiciaire fédérale. Mais, faute d'organes pour lui donner vie, cette fonction n'était dans le texte constitutionnel qu'un pouvoir virtuel, pour ainsi dire. Dans la mesure où, aux termes de la Constitution, la Cour suprême n'avait connaissance en premier ressort que d'un nombre réduit d'affaires (celles impliquant les ambassadeurs, les consuls, les ministres des puissances étrangères, ou encore celles opposant les États entre eux ou à l'Union) et juridiction d'appel dans les autres cas, il était clair au lendemain de l'entrée en vigueur de la Constitution que, tant que des « cours inférieures » n'étaient pas créées, les États n'avaient pas à craindre grand-chose d'un pouvoir judiciaire fédéral « dans les limbes ». En 1789, quelques mois après l'entrée en vigueur de la Constitution, le Congrès dès le début de sa première législature, profitant de sa forte majorité fédéraliste, adopta l'une des lois les plus importantes parmi toutes celles jamais adoptées par lui : le *Judiciary Act of 1789*, la loi de 1789 portant organisation du pouvoir judiciaire fédéral.

Plusieurs fois amendée, la loi de 1789 est restée la base de l'organisation judiciaire fédérale. Les trois niveaux de juridictions qu'elle a créés en forment toujours l'ossature : à la base des cours de districts (il y en a toujours une au minimum par État) qui sont aujourd'hui au nombre de 94 ; au-dessus, des cours d'appel qui comprenant dans leur ressort – dits « circuits » - un nombre variable de cours de districts et qui sont aujourd'hui au nombre de 13, et enfin, au sommet, la Cour suprême. Les cours de district sont les juridictions de droit commun pour connaître toutes



les réclamations impliquant le droit fédéral ainsi que toutes les réclamations mettant en jeu le droit des États pour autant 1/ que l'affaire concerne des parties originaires d'États différents et 2/ que l'enjeu du litige dépasse un certain montant (le Congrès a limité les possibilités de renvoi des affaires de diversité de citoyenneté devant les cours fédérales à \$50,000). Les cours de district comprennent en général plusieurs juges (il y a 694 juges de districts en tout) ; mais elles siègent en principe en formation de juge unique bien que, dans certaines affaires, le Congrès ait imposé une formation de jugement tripartite. Dans le champ de leurs compétences, elles peuvent statuer en matière civile ou pénale ; c'est devant elles que se discutent les faits, souvent devant jury ; ce sont les *trials courts* du système fédéral. Les cours d'appel comprennent entre 4 et 28 juges selon l'importance du rôle de chacune d'elles (il y a 179 juges d'appel en tout). En principe, elles siègent en formation tripartite (le quorum est fixé à deux juges) ; dans les affaires très importantes, elles peuvent siéger en formation plénière (*en banc*). Ces juridictions ont vocation à connaître de tous les appels formés contre les décisions des cours de districts.

2 La Cour suprême des États-Unis (*Supreme Court of the United States*) La Cour suprême est la seule cour du pouvoir judiciaire fédéral qui soit expressément mentionnée dans la Constitution. A l'origine, l'institution était loin d'avoir dans l'architecture constitutionnelle dessinée à Philadelphie l'importance, le prestige et les pouvoirs qu'elle possède aujourd'hui. L'extraordinaire trajectoire de cette juridiction est le résultat de toute une accumulation de facteurs dont certains, mais pas tous, avaient été certainement anticipés par ses fondateurs, mais dont il est impossible aujourd'hui de dire lequel a été plus déterminant que l'autre.

a/ Éléments historiques Dans le schéma original de la Constitution, la Cour était par vocation une juridiction de premier degré qui jugeait les litiges impliquant les ressortissants des puissances étrangères et ceux dans lesquels les États de l'Union étaient parties. Sa compétence d'appel (sur les jugements de tribunaux fédéraux qui n'existaient pas encore et qui restaient à établir) n'était au

mieux qu'esquissée et, en tout cas, laissée à la discrétion du Congrès. La loi de 1789 fut la première étape de la montée en puissance de la Cour en ce qu'elle l'assit comme juridiction d'appel avec des compétences d'appel très larges. Non seulement la Cour était juge d'appel des jugements rendus par les cours fédérales mises en place dans le même texte, mais encore elle se voyait conférer aussi la qualité de juge d'appel des décisions rendues par les juridictions suprêmes d'États pour ceux de leurs jugements qui débouterait un plaideur d'une action en justice fondée sur une disposition de droit fédéral, y compris la Constitution. Ce dernier chef de compétence qui fut inscrit dans la Section 25 du *Judiciary Act of 1789* et dont la constitutionnalité fut confirmée ultérieurement dans les affaires *Martin v. Hunter's Lessee* (1816) et *Cobens v. Virginia* (1821), a joué un rôle capital dans l'affirmation de la Cour comme instance d'appel des jugements rendus par les juges d'États.

Le deuxième facteur clé de l'évolution de la Cour a été la nomination sur le siège, en 1801, de John Marshall en qualité de Président (*Chief Justice*). Celui-ci qui y resta jusqu'en 1835, fut un juriste exceptionnel, un visionnaire de toutes les conséquences juridiques qui découlaient de ce nouveau type de gouvernement inventé à Philadelphie qu'était le fédéralisme. Il est passé à l'histoire pour l'architecte judiciaire de l'unité nationale en tenant la plume dans tous les arrêts qui ont consolidé les pouvoirs du gouvernement fédéral ; ainsi de l'arrêt *McCulloch v. Maryland* (1819) dans lequel il développa la thèse selon laquelle le gouvernement fédéral devait être regardé comme ayant nécessairement les pouvoirs impliqués (*implied powers*) par ses pouvoirs énumérés, ou encore l'arrêt *Gibbons v. Ogden* (1824) soulignant la plénitude des pouvoirs que le gouvernement fédéral possède au titre de la clause de commerce. Mais ce pour quoi la célébrité de John Marshall a dépassé les frontières des États-Unis, c'est l'arrêt *Marbury v. Madison* (1803) par lequel il fonda le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois (*judicial review*). Cette décision a posé le principe que la Constitution des États-Unis a été écrite justement pour limiter le pouvoir et que, pour respecter ce principe, il n'y a pas d'autre possibilité que d'admettre la nullité radicale

de toute loi qui y contreviendrait. Elle a aussi considéré que la Constitution est un droit suprême (*supreme law*) qui s'impose aux juges, et que c'est par conséquent à ceux-ci que revient l'obligation d'invalider les lois du Congrès qui y porteraient atteinte. Ce faisant, John Marshall a élevé la Cour au même rang que le Congrès. Il en a fait un grand et véritable pouvoir par rapport aux deux autres, le législatif et l'exécutif.

Le troisième facteur capital dans l'ascension de la Cour a été l'adoption, après la guerre de Sécession, du XIV<sup>e</sup> Amendement (1868). En lui-même, l'amendement ne concernait pas la Cour, mais les États (v. *supra* Chap. I, Sec. III, A). Il les obligeait notamment à garantir à toute personne placée sous leur juridiction le bénéfice des protections habituellement prévues par le droit (*due process of law*) et l'égalité devant la loi (*equal protection of the laws*). Cet Amendement a beaucoup contribué à augmenter la puissance de la Cour suprême dans la mesure c'est elle, en tant qu'interprète de dernier ressort des dispositions de droit fédéral, donc des amendements à la Constitution, qui a été chargée d'en contrôler le respect par les États. La multiplication des recours formés à partir de ses clauses générales, en particulier la clause de *due process*, ont été dirigés d'abord contre les lois des États. Très vite, les recours ont été aussi formés contre les lois du Congrès (dès lors que le *due process* s'impose aussi au gouvernement fédéral par le biais du Ve Amendement). En quelques décennies, la Cour suprême est devenue la gardienne des droits fondamentaux des citoyens américains. Au départ, c'est-à-dire à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, les plaideurs ont surtout invoqué le respect de droits économiques (liberté de contracter, liberté du travail). Mais, au cours du XX<sup>e</sup> siècle, les réclamations se sont beaucoup diversifiées quant à la nature des droits protégés ; elles se sont portées sur le respect des droits à la liberté d'expression, à la liberté religieuse, ou encore sur le respect des principes inhérents au procès équitable ; après la seconde guerre mondiale, elles se sont étendues au respect du principe d'égalité (si essentiel dans un pays qui avait été profondément marqué par l'esclavage et le racisme), en sorte que, au bout du compte, la Cour suprême est devenue l'oracle des libertés américaines.

Il est enfin un quatrième élément qui, par une ironie de l'histoire dans la mesure où l'on y vit d'abord une défaite des juges, donna en vérité à la Cour encore plus de pouvoirs qu'elle n'en avait jusqu'alors. C'est la crise du New Deal. Roosevelt avait élu en 1932 sur un programme électoral qui pouvait difficilement être mis en œuvre sans révision constitutionnelle. La Cour en tira les conséquences en invalidant les lois du Congrès qui allaient très au-delà de ce que la Constitution apparemment permettait. Roosevelt menaça d'y mettre bon ordre en augmentant de six le nombre des juges sur le siège de manière à faire basculer la majorité. En 1937, après les élections triomphales qui reconfirmèrent Roosevelt à la présidence et le parti démocrate au Congrès, la Cour abandonna la partie et elle renversa la jurisprudence qui faisait obstacle à la réalisation des réformes présidentielles. Ce fut la fin du « gouvernement des juges » et la Cour valida toutes les lois votées par le Congrès à la demande de l'administration Roosevelt. Ce faisant, elle permit la mise en place d'un type de gouvernement – le *Welfare State* – qui n'avait rien à voir avec le gouvernement aux pouvoirs limités conçu par les constituants de Philadelphie. L'essentiel est que ces réformes se firent sans révision constitutionnelle de sorte que la Cour fit la démonstration qu'il était possible de changer le sens et la portée de la Constitution uniquement en changeant la jurisprudence. Cela revenait à investir la Cour d'une sorte de pouvoir constituant par défaut.

b/ Organisation et fonctionnement La Cour comprend neuf juges, un Président (*Chief Justice*) et huit juges associés (*Associate Justice*). Le chiffre n'a pas bougé depuis 1868. Les juges sont désignés par le Président ; ils doivent être confirmés avec l'avis et le consentement du Sénat. Il est de règle – et cela ne choque pas – que les nominations soient politiques en ce sens que le Président désigne des personnes qui épousent ses idées et que le Sénat confirme ou non au terme d'auditions (*hearings*) qui vérifient l'adéquation de leurs opinions avec les sensibilités sénatoriales. Aujourd'hui, les affaires portées en première instance devant la Cour sont exceptionnelles. Elles ne concernent pratiquement plus que les litiges entre États, ou les litiges entre l'Union et les

États. L'essentiel des affaires portées devant la Cour viennent devant elle par la voie de la pétition pour l'obtention d'un *writ of certiorari*. A l'origine, la Cour était tenue d'examiner tous les appels portés devant elle. A partir de 1891, l'inflation des recours amena le Congrès à voter une loi qui obligea désormais à distinguer entre deux types d'appels : ceux que la Cour était tenue d'examiner et ceux qu'elle pouvait décliner de juger en refusant à l'appelant le *writ of certiorari*, document de procédure qui enjoint à la cour inférieure de transmettre le dossier à la Cour suprême pour examen. Aujourd'hui, depuis une loi de 1988, l'essentiel des appels est porté devant la Cour par cette dernière voie. Il en résulte que la Cour peut choisir ses affaires. Elle le fait avec beaucoup de parcimonie (moins d'une centaine par an). Ses choix sont principalement guidés par la nécessité d'assurer l'uniformité du droit fédéral, constitutionnel et législatif. C'est donc dans les hypothèses de conflits de juridictions (conflits entre cours fédérales d'appel, ou entre cours suprêmes d'États, ou entre cours suprêmes d'États et cours fédérales) qu'un requérant a le plus de chances de voir son affaire aboutir à la Cour suprême.

La Cour statue toujours en formation de collège unique ; les juges examinent individuellement toutes les affaires et les décisions à prendre sur le sort des jugements déferés se font à la majorité des voix. La Cour rend ses arrêts sous forme d'une opinion de la Cour (*opinion of the Court*) qui est rédigée par un juge de la majorité au nom de celle-ci. Les juges de la minorité peuvent exprimer leur désaccord dans une opinion dissidente (*dissenting opinion*) ; les juges de la majorité peuvent aussi faire part de considérations supplémentaires à l'opinion de la Cour et non contraires à celle-ci dans une opinion individuelle (*concurring opinion*). Disponibles sur Internet dès qu'ils ont été rendus, les jugements de la Cour sont très différents des jugements français. Ecrits sur un mode narratif, ils sont plus longs et détaillés. Certains sont de véritables morceaux de littérature dont les auteurs sont restés célèbres pour la qualité de leur plume (John Marshall, Oliver W. Holmes, Benjamin N. Cardozo, Earl Warren, William J. Brennan).

### III. Les rapports entre droit fédéral et droit des États

La structure fédérale du droit des États-Unis explique la rare complexité du droit américain. Les 50 ordres juridiques que représentent les 50 États de l'Union doivent coexister, d'une part, avec l'ordre juridique fédéral qui leur est supérieur, et d'autre part, entre chacun d'entre eux. Ainsi se nouent entre droit fédéral et droit des États deux types de rapports, verticaux et horizontaux.

#### A. Rapports verticaux

Dans la mesure où le gouvernement fédéral et les États exercent chacun dans le champ de leurs compétences l'intégralité des fonctions gouvernementales, il existe, en théorie, des rapports verticaux entre les deux ordres juridiques en matière législative, exécutive et judiciaire. En pratique, ces rapports n'ont toutefois de consistance concrète qu'en matière législative et judiciaire, non en matière exécutive. Soucieuse de respecter la souveraineté des États, la Cour suprême a toujours fait en sorte que la fonction exécutive soit distribuée entre le gouvernement fédéral et les États sur un mode exclusif. En 1997, elle n'a pas hésité à interdire au Congrès de requérir le concours des services de police des États pour faire exécuter les lois fédérales (*Printz v. United States*). L'exclusivité des compétences étant plus délicate à opérer en matière normative, c'est le principe de la concurrence, c'est-à-dire le principe de la nécessaire complémentarité et des combinaisons obligées entre les deux ordres juridiques, qui définit, dans le champ des compétences législatives comme dans celui des compétences juridictionnelles, les rapports verticaux entre le système fédéral et les systèmes fédérés.

1 Les pouvoirs législatifs concurrents. Contrairement aux prédictions de James Madison, les pouvoirs du gouvernement fédéral ne sont pas restés « définis et limités » aux lois nécessaires

pour assurer la cohérence des relations extérieures de l'Union et l'harmonie des relations des États entre eux. Il n'y a pas, d'un côté, des lois fédérales en petit nombre, limitées à quelques objets essentiels, et de l'autre, des lois d'États, beaucoup plus nombreuses, touchant à l'infinie variété de tous les sujets susceptibles d'être réglementés, les deux types de lois étant séparés par une frontière bien nette et précise. La Cour suprême n'a jamais admis que la législation fédérale et les législations d'États étaient mutuellement exclusives. Bien au contraire, sa jurisprudence a été d'une manière générale favorable à l'extension des pouvoirs fédéraux qu'il s'agisse, sous la présidence de John Marshall, de la construction jurisprudentielle des pouvoirs impliqués ou, après la crise du New Deal, de l'extraordinaire portée qu'elle a donnée à la clause de commerce. Avant que la Cour Rehnquist n'entreprenne à partir des années 1990 de revenir sur la généreuse interprétation donnée à la clause de commerce, il était permis de dire qu'il n'y avait virtuellement pas de domaine qui soit interdit à l'intervention du pouvoir fédéral dès lors qu'il était possible de lui attacher des conséquences économiques. Mais, d'un autre côté, les États ont toujours gardé leurs pouvoirs de légiférer en sorte que, bien souvent, les deux pouvoirs législatifs peuvent réglementer concurremment un même champ d'activité, ou un même domaine, ou un même sujet.

Lorsque le Congrès a choisi de légiférer sur un sujet particulier, toute loi d'État contraire à la législation fédérale doit s'incliner, en vertu de la clause de suprématie de l'article VI (2) de la Constitution. Dans certains domaines, le conflit ne se pose même pas ; par exemple, lorsque le Congrès adopte une loi entièrement nouvelle, comme lorsqu'il crée un nouvel impôt fédéral ou qu'il réorganise l'administration fédérale. Mais il y a bien d'autres domaines dans lesquels la loi fédérale peut réglementer une activité qui ressort aussi du pouvoir législatif des États. Dans ce dernier cas, la loi du Congrès a généralement pour effet selon l'expression consacrée de « déplacer » (*displace*) la (ou les) loi(s) d'États. Toutefois, en dépit de l'extraordinaire développement de la législation fédérale au cours du XXe siècle, le Congrès a toujours pris soin

de légiférer de façon incomplète, c'est-à-dire de légiférer juste ce qui paraît nécessaire pour assurer le démarrage de telle ou telle politique nationale. Cette politique de retenue législative a eu pour conséquence que la plupart des lois fédérales n'ont pas écarté les lois d'États dans les domaines où ceux-ci étaient traditionnellement compétents.

Les domaines des compétences traditionnelles des États sont demeurés très étendus. Des pans entiers du droit des États-Unis sont encore réglementés par les États. Par exemple, il est sans doute possible d'affirmer que la clause de commerce donne au Congrès le pouvoir d'établir un seul droit commercial applicable à l'ensemble du pays, ou encore un droit uniforme des sociétés à travers tous les États-Unis. En fait, le Congrès ne s'est jamais intéressé à uniformiser le droit des affaires de sorte que la plupart des transactions commerciales ordinaires entre personnes privées ou sociétés demeurent régies par les lois d'États. Le droit des obligations, le droit des biens, le droit de la famille, le droit des sociétés, toutes ces branches de droit ressortent du droit des États. Les professions depuis les médecins jusqu'aux avocats en passant par les coiffeurs sont réglementées par les États. Les sociétés sont établies dans les États et elles sont réglementées en priorité par les lois de l'État où elles ont leur siège social. Les services publics, l'électricité, le gaz, la distribution d'énergie, sont assurées par des compagnies soumises aux lois d'États qui réglementent les monopoles privés. La plupart des infractions pénales, les homicides et les vols, les agressions comme les accidents de toutes sortes relèvent du droit des États.

Lorsque le Congrès intervient au titre de ses propres compétences dans un domaine où les États sont traditionnellement réputés compétents, la matière est le plus souvent réglementée par une combinaison de règles fédérales et de règles étatiques. Tel est le cas, par exemple, de la plupart des règles qui touchent à la protection des consommateurs et, notamment, les lois fédérales et d'États qui réglementent le crédit à la consommation. En principe, le droit fédéral ne préempte pas le droit des États ; il se superpose plutôt à celui-ci. Cette technique de la superposition est



d'autant plus fréquente que, pour protéger le caractère fédéral de l'Union, la Cour suprême a adopté une conception plutôt restrictive de la doctrine dite de la préemption. Certes, il est incontestable qu'en vertu de la clause de suprématie, la loi fédérale annule la loi d'État qui lui est contraire. Mais, lorsqu'il n'y a pas de conflit direct entre loi fédérale et loi d'État, la Cour suprême considère que la loi fédérale ne « chasse » la loi d'État que dans la mesure où le Congrès a clairement exprimé son intention pour qu'il en soit ainsi, autrement dit, a clairement manifesté sa volonté d'occuper la totalité du champ juridique en question. Ainsi, une loi d'État qui interdit la construction de centrales nucléaires sans processus de recyclage des déchets reste applicable même si elle a pour effet d'empêcher la construction de centrales approuvées par le gouvernement fédéral [*Pacific Gas & Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation & Dev. Comm'n* (1983)] , ou bien encore une loi d'État qui réglemente les conditions de mise en jeu de la responsabilité des fabricants de stimulateurs cardiaques défectueux et les dommages-intérêts susceptibles d'être obtenus par les victimes n'est pas préemptée par la loi fédérale qui définit les conditions de fabrication et les critères techniques auxquels doivent satisfaire lesdits stimulateurs [*Medtronic, Inc. v. Lohr* (1996)].

La combinaison de règles fédérales et de règles étatiques sur un même sujet s'explique le plus souvent par le fait que les mesures prises par une autorité (disons, l'autorité fédérale) ne paraissent pas suffire, aux yeux de l'autre autorité (ici, l'autorité de l'État), à protéger ses propres intérêts et priorités. Parfois, elle s'explique par l'inertie pure et simple, le législateur négligeant de retirer ou de modifier les lois obsolètes. Dans tous les cas, elle pose de grandes difficultés à l'avocat en charge d'une affaire lorsqu'il s'agit de déterminer avec précision le droit applicable à celle-ci.

2 Les pouvoirs juridictionnels concurrents Il existe aux États-Unis non pas un, mais deux pouvoirs judiciaires : le pouvoir judiciaire des États et le pouvoir judiciaire fédéral. Ces deux

pouvoirs coexistent sur le même territoire. Bien souvent, cours d'État et cours fédérales se font face de part et d'autre d'une même rue ou d'une même place. Les cours fédérales ont vocation à se prononcer sur toutes les questions civiles ou criminelles qui mettent en cause le droit fédéral et les cours d'État sont compétentes pour régler les litiges et les crimes qui relèvent du droit des États. Toutefois, la clause de suprématie contenue dans la Constitution fédérale oblige les cours d'États à se prononcer sur la plupart des affaires qui mettent en cause des règles de droit fédéral. Inversement, les cours fédérales peuvent être parfois conduites à interpréter et appliquer le droit des États à l'occasion des affaires qui leur sont soumises sur le fondement de leur compétence en matière de diversité de citoyenneté. Il en résulte qu'un justiciable qui a avec un citoyen d'un autre État une affaire qui peut être plaidée sur le fondement soit de lois fédérales, soit de lois d'État, a le choix du juge et il peut intenter son action soit devant une cour fédérale, soit devant une cour d'État. Mais le défendeur a, lui aussi, le choix en ce sens que, si le demandeur a choisi de former une action fondée soit sur la diversité de citoyenneté, soit sur une question de droit fédéral devant une cour d'État, il peut demander dans la plupart des cas que l'affaire soit renvoyée à une cour fédérale. Ces enchevêtrements de compétences ne se posent pas dans la majorité des affaires qui viennent devant les cours d'État dans la mesure où celles-ci opposent le plus souvent des citoyens de cet État. De ce chef, l'immense majorité des actions en justice fondées sur le droit d'État sont argumentées et tranchées par les juridictions d'État.

Lorsqu'une cour fédérale est appelée à se prononcer sur une action fondée sur une loi d'État, elle est tenue d'appliquer le droit matériel de l'État ; en revanche, elle peut appliquer le droit procédural fédéral. Elle est aussi tenue, dans la même situation, de suivre et d'appliquer le droit de l'État dans l'interprétation que lui a donnée la plus haute cour de l'État. Inversement, lorsqu'une cour d'État est saisie d'une action fondée sur le droit fédéral, elle doit appliquer le droit matériel fédéral dans l'interprétation que lui ont donné les juridictions fédérales ; mais elle peut appliquer à la conduite du procès les règles de procédure de l'État.

## B. Rapports horizontaux

La plupart des affaires qui sont présentées devant les cours d'États concernent le droit et les juridictions d'un seul et même État. Mais il peut arriver que ces affaires mettent en cause des parties tierces, ou des transactions, ou des événements reliés à un autre État. Dans ce cas, un facteur additionnel de complexité se greffe sur le litige du chef des dimensions horizontales du fédéralisme. Les cours de plusieurs États peuvent ainsi avoir un titre de compétence à se prononcer sur le même litige, ou plusieurs États peuvent être suffisamment intéressés à sa solution pour prétendre qu'il soit fait application de ses propres lois pour le résoudre. Ces litiges complexes naissent, d'une part, de la compétence personnelle exercée par chaque cour d'État sur toute personne reliée au territoire de l'État, et d'autre part, de la diversité des solutions retenues par les États en matière de conflits de lois.

Le caractère souverain reconnu à tout État de l'Union a pour conséquence que celui-ci a un titre à exercer une compétence personnelle non seulement sur toute personne qui réside de façon permanente à l'intérieur de ses frontières, mais aussi sur tout individu qui vient à s'y trouver de manière temporaire. Dans les deux cas, ces personnes sont justiciables des cours d'États. Il fut admis pendant longtemps que la compétence personnelle d'un État sur les non-résidents était limitée à ceux de ces individus qui y possédaient des droits patrimoniaux (*property*). Ce principe a connu de grands bouleversements après la seconde guerre mondiale. En 1945, dans une affaire *International Shoe v. Washington*, la Cour suprême estima que toute personne qui avait eu, ou qui avait encore, un minimum de contacts (*minimum contacts*) avec un État, était susceptible d'être poursuivie devant ses tribunaux. Par contacts minimums, on peut entendre le simple fait d'avoir fait des affaires dans l'État.

Les règles de droit varient d'un État à l'autre. Aussi bien, dans toutes les affaires qui mettent en cause la législation de deux ou plusieurs États, un problème de « conflits de lois » se pose. La question est de savoir quelle est la législation d'État qui gouvernera la solution du litige. Pour des raisons qui tiennent à la structure fédérale de l'Union, il n'existe pas un droit fédéral uniforme qui définirait les règles à suivre en matière de conflits de lois. C'est aux tribunaux de l'État devant lesquels l'affaire est pendante de se prononcer. Le résultat est qu'aux États-Unis, les règles de conflits de lois sont diverses, souvent imprévisibles, et qu'il est parfois fort difficile de dire quel droit gouvernera le litige.

Le sentiment très fort que chaque État entretient de sa souveraineté a pour effet que nombre des règles de conflits de lois définies par les juridictions d'États privilégient ouvertement les lois de leur propre État. Si l'on ajoute à cette tendance générale le penchant fort répandu des cours d'États à interpréter très largement la compétence personnelle de l'État, on comprendra que le choix du tribunal saisi pour régler une affaire puisse souvent déterminer le choix du droit qui sera utilisé pour la résoudre. Dans toutes les affaires qui sont formellement intra-étatiques (les lois de deux ou plusieurs États ont vocation à s'appliquer), mais qui relèvent matériellement du droit des États (l'affaire relève du droit des États, non du droit fédéral), les avocats ont le choix entre une grande variété de cours et, du même coup, de législations d'États. La décision de saisir le tribunal de tel État ou de tel autre n'est pas simple. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération, à commencer par les aspects très concrets. Est-il judicieux d'un point de vue simplement pratique de saisir tel tribunal plutôt que tel autre ? Est-on certain d'être suffisamment disponible pour assumer les contraintes de la procédure, notamment en termes de présence et de convocation ? Mais surtout, choisir de saisir telle cour dans tel État, c'est le plus souvent déterminer le droit qui gouvernera le litige car la cour saisie aura tendance dans la plupart des cas à appliquer les lois de son État. Et il est bien certain que, selon leurs affaires, les plaideurs n'ont pas toujours les mêmes intérêts.

# Chapitre 3

## L'héritage de la *common law*

---

Le système juridique des États-Unis appartient à la famille des droits de *common law*. Les pays de *common law* (comme, par ex., l'Angleterre, l'Irlande, ou l'Australie) se différencient des pays de la famille des droits continentaux (dits aussi droits romano-germaniques) par le fait que leurs droits ont échappé au grand mouvement de codification qui marqua les pays européens comme la France et l'Allemagne au XIXe siècle et qui s'étendit par la suite à la plus grande partie du monde.

Les pays de *common law* ont tous été, à un moment donné de leur histoire, des colonies de l'Angleterre. Celle-ci y a naturellement importé le système juridique qui s'était mis en place sur son territoire après la victoire de Guillaume le Bâtard, duc de Normandie, sur le dernier roi anglo-saxon Harold II à la bataille d'Hastings en 1066. Devenu Guillaume le Conquérant, le roi normand mit en place les conditions d'une administration centralisée de la justice en créant une cour du roi. Les juges du roi se déplaçaient dans le royaume à l'intérieur de différents « circuits » où ils allaient rendre justice. La cour du roi devint bientôt l'institution la plus puissante du royaume. Tandis que sur le continent, le droit allait rester morcelé et divisé en une multitude de coutumes, on peut considérer qu'en 1272, à la mort d'Henri III, les rois d'Angleterre avaient déjà donné à leur royaume, une loi commune, la *commune ley*, qui deviendra plus tard la *common law*. Ce droit commun était le corps des règles juridiques qui se dégagent des décisions de justice rendues par les juges du roi. La *common law* devint ainsi synonyme de jurisprudence (*case-law*).

Des conditions historiques de formation de la *common law* (ensemble de règles de droit progressivement dégagées par les juges) est née l'idée centrale de la *common law*, celle qui exprime la quintessence de ce système de droit : celle selon laquelle les juges « font » le droit (*judge-made law*) en énonçant quelles sont ces règles qui forment la loi commune. Dans les pays de *common law*, il est tenu comme allant de soi que les juges sont là pour dire ce qu'est le droit et la jurisprudence est une source directe du droit. Mieux encore, le juge est là pour dire la loi commune, le droit qui est commun à tous, celui qui pose les principes de base, en sorte que le droit posé par le législateur ne peut intervenir qu'à titre supplétif. En d'autres termes, le droit est idéalement conçu comme venant d'abord du juge, non du législateur ; il est fait d'abord des règles énoncées dans les arrêts des cours de justice, non de celles édictées dans les lois des assemblées législatives.

A l'évidence, ce système d'énonciation du droit par les juges donne à ces derniers un très grand pouvoir. S'il devait n'être laissé qu'au bon vouloir et à l'humeur des magistrats, il leur donnerait un pouvoir encore plus grand. Pis, il pourrait donner lieu aux plus graves abus et injustices, les solutions des juges variant selon les affaires et selon les cours de justice. Aussi, pour assurer l'impartialité et la cohérence du système, les juges sont tenus de respecter une institution technique capitale, la règle dite du précédent. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, le juriste anglais William Blackstone en définit les ressorts essentiels lorsque, dans son livre « *Commentaires sur les lois d'Angleterre* » (1765-1769), il expliqua que, pour faire en sorte que « la balance de la justice soit fermement tenue et stable, [et] non pas sujette à variation avec l'opinion de chaque nouveau juge », il faut affirmer pour « règle établie » le devoir « de se conformer aux précédents quand des points déjà jugés reviennent devant les juges » (Vol. 1, p. 69). La règle du précédent a été introduite dans le droit américain avec la *common law*. On la connaît sous le nom de règle *stare decisis* (du latin *stare decisis et quieta non movere* - s'en tenir à ce qui a été décidé et ne pas modifier ce qui existe). Elle oblige les juges à suivre et à appliquer dans les affaires qu'ils doivent trancher les

règles de droit qui ont été dégagées par leurs prédécesseurs et par les juges des juridictions supérieures dans les affaires similaires.

Le système de la *common law* dans lequel, en théorie, les lois sont dites, non par les citoyens ou leurs représentants, mais par des juges, se trouve en porte à faux dans une démocratie, là où le peuple est censé se gouverner librement en se fixant à lui-même ses propres lois. Il n'est donc pas étonnant qu'il ait subi de grands changements avec l'avènement de la démocratie. En Angleterre, il y a longtemps que la *common law*, par opposition à la législation (*statute law*), est devenue une source seconde du droit ; la législation votée par le Parlement a commencé à s'imposer aux cours et tribunaux dès le XVI<sup>e</sup> siècle, et elle est devenue source suprême à partir du XIX<sup>e</sup> siècle. Les États-Unis ont connu une évolution similaire, peut-être encore plus marquée qu'en Angleterre car, dès les origines, à l'opposé de la société anglaise, encore très largement aristocratique et élitiste au milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle, les Américains ont fondé une société démocratique où les conditions sont égales et où le peuple gouverne. C'est pourquoi la *common law* n'a jamais pu s'implanter aux États-Unis comme elle a triomphé en Angleterre. Ses règles de fond étaient le plus souvent inadaptées aux conditions et à l'état d'esprit du nouveau Monde (par exemple, les règles anglaises du droit de propriété, toutes imprégnées de féodalité, ne convenaient pas dans un pays où la terre était si abondante ; ou bien encore les règles pénales qui imposaient de sévères châtiments à ceux qui ne partageaient pas la religion anglicane officielle, étaient aux antipodes de ce que les colons rêvaient d'établir sur la terre d'Amérique). Mais plus encore, sa règle de base essentielle, celle qui constitue la colonne vertébrale du système parce qu'elle fonde l'autorité du droit dit par le juge, à savoir la règle du précédent, allait s'avérer quasiment intenable dans une société démocratique où les lois sont faites par les élus du peuple et où, au surplus, les conditions économiques et sociales changent si rapidement. Et pourtant, nonobstant tous ces facteurs contraires, les États-Unis sont restés formellement un système de *common law*. En vérité, l'héritage de la *common law* pèse même encore très lourd dans leur système juridique, d'une part,

lorsqu'il s'agit d'expliquer les sources du droit et la hiérarchie entre elles, d'autre part et surtout, quand il s'agit de comprendre les raisons de la position élevée occupée par les juges dans la société américaine et les bases de leur très grand pouvoir.

## I. Les sources du droit

### A La *common law*

Aux États-Unis, le fond commun du droit est encore constitué pour une bonne partie par des règles de *common law*. La *common law* en tant que droit jurisprudentiel entièrement constitué par les décisions des cours et tribunaux a été le terreau sur lequel a grandi le droit américain. Dans chaque État, à l'exception de la Louisiane (v. *infra*), les règles de base et les principes généraux de la propriété (*property*), des contrats (*contracts*) ou de la responsabilité délictuelle et quasi délictuelle (*torts*) se dégagent des décisions rendues par les cours et tribunaux. Ces décisions qui constituent les précédents. Les décisions prises par les juridictions supérieures (cours d'appel et cour suprême de l'État) ont une autorité impérative pour toutes les cours inférieures (on parle de *binding precedent*). Les décisions des cours des autres États n'ont pour les cours de l'État où l'affaire est jugée qu'une autorité persuasive (on se réfère à un *authoritative precedent*).

1 La *common law* fédérale Au niveau fédéral, la *common law* a un contenu assez mince dans la mesure où le droit fédéral n'est pas, à l'inverse du droit des États, un droit commun, mais un droit d'exception composé en priorité de la Constitution, des lois et des traités des États-Unis. Dès 1789, dans l'article 34 de la loi portant organisation du pouvoir judiciaire fédéral (*Judiciary Act of 1789*), le Congrès en avait tiré les conséquences en posant la règle que lorsque les cours fédérales étaient amenées à faire application du droit commun, c'est-à-dire de la *common law*, elles



devaient l'appliquer dans les formes et l'interprétation que lui avaient données les droits des différents États (*laws of the several states*). En 1842, dans une affaire *Swift v. Tyson* qui concernait la question du droit applicable à une lettre de change émise dans un État et ultérieurement transférée à un non-résident, la Cour suprême estima pourtant sous la plume du juge Story que « ce texte n'avait jamais été considéré par les juges de la Cour comme s'appliquant, ou comme conçu pour s'appliquer, à des questions de nature (...) générale, indépendantes des lois et des usages locaux (...), comme par exemple l'interprétation des contrats ordinaires ou autres instruments écrits et, en particulier, les questions de droit commercial général ». Concrètement, la décision de la Cour signifiait que la loi de 1789 ne faisait pas obstacle à ce que les cours fédérales entreprennent de dégager les principes généraux du droit commercial, même dans l'hypothèse où ces principes seraient contraires aux décisions judiciaires de l'État dans lequel la cour fédérale avait son siège. Cette jurisprudence eut pour effet de prévenir une balkanisation des règles du droit commercial selon les États ; elle fonda la compétence des cours fédérales (qui devait durer près d'un siècle) pour dégager les principes d'une *common law* fédérale. En 1938, dans une affaire *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, la Cour suprême par la voix du juge Brandeis renversa cette jurisprudence et posa le principe que la *common law* fédérale générale n'existait pas (« *There is no federal general common law* »). Ce faisant, la Cour mit fin à ce qui apparaissait comme une anomalie au regard des principes du fédéralisme dans la mesure où la jurisprudence de 1842 investissait les cours fédérales du droit de définir et de poser des règles que le Congrès lui-même était impuissant à prendre, sans compter les inconvénients pratiques de ce système de double compétence qui entraînait le développement sur les mêmes questions de deux systèmes parallèles de *common law*, mais sans points de contact entre eux puisque les cours d'État, souveraines dans leur interprétation du droit commun, n'étaient pas tenues par l'interprétation des cours fédérales.

S'il n'existe donc plus aujourd'hui de *common law* fédérale générale, il existe en revanche une *common law* fédérale spéciale. Dans certains domaines précis et limités, le Congrès a expressément

mandaté les cours fédérales pour puiser dans la *common law* les règles complémentaires à une saine et effective application des lois votées par lui. Par exemple, en matière de droit du travail, la Cour suprême a jugé en 1957 que l'article 301 de la loi Taft-Hartley sur les relations de travail était l'expression d'une directive du Congrès adressée aux cours fédérales pour qu'elles élaborent une *common law* fédérale relative aux conventions collectives du travail qui soit un fidèle reflet de la politique législative fédérale s'agissant des relations entre le patronat et les syndicats (*Textile Workers Union v. Lincoln Mills*). Dans la même veine, mais en matière d'antitrust, la Cour suprême a considéré en 1978 qu'en votant l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sherman qui interdit les pratiques commerciales restrictives concertées, le Congrès avait voulu que ledit article fût interprété en puisant dans la tradition de la *common law* (*National Society of Professional Engineers v. United States*). Enfin, dans le domaine des règles fédérales de procédure, lesquelles sont élaborées directement par le pouvoir judiciaire au sein de la conférence judiciaire fédérale et entrent en vigueur à moins que le Congrès s'y oppose, l'article 501 des règles fédérales sur l'administration de la preuve en justice (*Federal Rules of Evidence*) prévoit à propos des « privilèges » dont peuvent se prévaloir les témoins (il s'agit de dispenses à l'obligation de témoigner en justice comme, par exemple, le refus du médecin de témoigner sur son patient) que lesdits privilèges sont « gouvernés par les principes de la *common law* tels que ces principes ont pu être interprétés par les cours des États-Unis à la lumière de la raison et de l'expérience ».

2 La *common law* des États C'est dans les États que la tradition de la *common law* comme ensemble de règles d'origine jurisprudentielle, de nature générale et fondamentale, est la plus vivante. Dans les États, la *common law* tient lieu de droit commun. A cette règle fait exception la Louisiane dont le *Civil Code* est d'inspiration française. Il existe aussi quelques États du sud-ouest et de l'ouest des États-Unis où subsistent encore quelques vestiges de l'influence espagnole. Toutefois, ces îlots de droit codifié sont battus par les flots de la méthode générale de *common law*. Dans les États, la *common law* joue le même rôle que jouent en France les grands codes ; elle

constitue le droit de base. Mais il existe aussi partout un grand nombre de lois (*statute law*) dont certaines ont repris dans leurs dispositions des solutions consacrées par les cours et tribunaux.

En tant qu'ensemble de règles jurisprudentielles, la *common law* est toujours spécifique à un État. Certes, dans la mesure où elle se réfère à des principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence, la *common law* a créé des ressemblances et des similitudes entre les solutions juridiques retenues selon les États. Toutefois, les cours suprêmes des divers États n'ont jamais hésité à statuer souverainement sur le contenu de la *common law* dans « leur » État et à donner leur interprétation de ce que, sous leur juridiction, elle pouvait et devait signifier. Il en résulte que des divergences d'interprétation se sont établies entre États. A ces divergences entre règles jurisprudentielles se sont ajoutées des différences entre règles législatives car chaque État a adopté, en matière de législation codificatrice de principes fondamentaux, ses lois spécifiques. C'est à la fin du XIXe siècle qu'à l'inspiration de l'association nationale des avocats (*ABA - American Bar Association*), on a commencé à s'inquiéter du développement anarchique des systèmes juridiques entre États et qu'une idée a été lancée qui allait connaître un grand avenir, non seulement aux États-Unis, mais au-delà de leur frontières : celle de lois uniformes. Le départ fut donné par l'ABA dès 1889 avec la création au sein de l'association d'un comité spécialement chargé d'élaborer de telles lois. Dès 1898, la commission avait commencé à rédiger des projets et obtenu du Congrès le vote d'une loi fédérale sur la faillite. L'élan décisif fut donné en 1912 avec la création de la Conférence nationale des commissaires aux lois uniformes des États (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*). Composés de délégués des États, cet organisme a pour fonction de s'atteler à la préparation, dans différents domaines et sur différents sujets, de textes de lois uniformes qui sont ensuite proposées aux législatures des États en vue de leur adoption. Ces assemblées n'ont nullement l'obligation d'adopter ces textes ; si elles viennent à le faire, elles peuvent même adopter le texte uniforme en le modifiant sur tel ou tel point. Les lois uniformes n'atteignent vraiment leur but que lorsqu'elles sont adoptées par un nombre suffisant

d'États. C'est dans le domaine commercial que la technique de la loi uniforme a connu le plus grand succès. Le *Uniform Commercial Code (UCC)* qui concerne le droit de la vente, les effets de commerce, les sûretés mobilières, etc., a été adopté dans tous les États (mais partiellement en Louisiane). Dans les autres domaines, les succès ont été plus modestes. Par exemple, parmi les grandes lois uniformes proposées dans le droit de la famille, celles élaborées en matière d'adoption, de reconnaissance des décisions de divorce, ou encore en matière de mariage et de divorce, ont été adoptées par moins de 10 États. Par contre, celle sur la compétence en matière de garde des enfants a été adoptée par tous les États.

## **B. La hiérarchie des sources du droit**

Si la *common law* reste encore, au niveau des États, une source très importante du droit, la combinaison des principes de la démocratie et du fédéralisme fait qu'elle se situe au bas de l'échelle de la hiérarchie des normes. En remontant vers le haut, on trouve au-dessus d'elle d'abord les actes des organes exécutifs de l'État, dont les règlements adoptés par les agences de l'État, ensuite les actes législatifs et les lois des États ainsi que, sur le même plan, les codes de procédure élaborés par les organes judiciaires, et enfin au sommet, la constitution de l'État. Dans les domaines de compétences attribuées à l'Union, c'est-à-dire dans le champ des « pouvoirs énumérés », l'ordre hiérarchique propre à chaque État est lui-même dominé par un ordre hiérarchique plus grand, l'ordre juridique fédéral. Celui-ci comprend à la base, la *common law* fédérale ; puis, les règlements des agences administratives fédérales ; au-dessus, les lois fédérales, les traités et les règles fédérales de procédure élaborées par le pouvoir judiciaire, tous sur le même plan ; et au sommet, la Constitution fédérale.

La hiérarchie des sources du droit ne détermine pas leur importance dans la vie juridique. S'il est vrai que le droit fédéral occupe aujourd'hui une place bien plus importante qu'au XIXe siècle, il

n'en demeure pas moins que la vie quotidienne des citoyens comme des personnes morales est réglée principalement par le droit des États.

## II. Le pouvoir des juges

Le juge est aux États-Unis la grande figure du droit. A la différence des systèmes de droit continentaux où les grands noms du droit sont des noms d'auteurs et de savants (Domat, Portalis, Gény), les grands noms du droit, aux États-Unis, sont des noms de juges (John Marshall, Oliver W. Holmes, Earl Warren). En fait, les grands juges sont surtout des juges fédéraux. Les juges d'États n'ont pas le même prestige dans la mesure où, à la différence de ces derniers, ils sont soumis dans nombre d'États aux aléas de l'élection populaire et aux vicissitudes des procédures de nouvelles confirmations qui ponctuent des carrières faites de mandats généralement à terme. Les juges fédéraux sont beaucoup plus protégés contre les aléas politiques (v. *supra*, Chap. 2, Section II, A). La Constitution ne les protège pas contre une éventuelle procédure de destitution (*impeachment*), mais la judiciarisation de la procédure est telle qu'elle ne peut aboutir que dans des hypothèses au demeurant exceptionnelles d'activités criminelles caractérisées, telles des cas de corruption ou de malversations avérées. Les juges fédéraux sont donc en pratique nommés à vie.

Le prestige des juges américains puise ses origines dans le système de la *common law*. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, Blackstone avait relevé dans ses « *Commentaires sur les lois d'Angleterre* » que, dans un système où les lois sont constituées d'abord par les coutumes, règles et maximes identifiées et dégagées par les juges des différentes cours de justice, ceux-ci étaient « les dépositaires des lois ; les vivants oracles (*living oracles*), qui devaient décider dans toutes les affaires où il y avait doute, et qui étaient tenus par serment de les décider conformément au droit du pays (*according to the law of the land*) »

(Vol. I, p.69). La même stature « d'oracle du droit » qu'occupait le juge anglais depuis le Moyen-âge s'est établie en Amérique. Mais, alors qu'en Angleterre elle commença à décliner avec la conquête du pouvoir législatif par les couches populaires qui fit de la loi votée par les assemblées la source suprême du droit, en Amérique cette position n'a pas été fondamentalement ébranlée. En dépit du fait que, comme en Angleterre, la loi votée par les assemblées populaires est devenue *de facto* la première source du droit, le juge américain est toujours un oracle du droit. La raison tient à ce qu'il possède sur la Constitution et sur les lois des pouvoirs sans commune mesure avec celui du juge anglais et, plus encore, avec ceux du juge dans les systèmes de droit codifié.

### **A. Le pouvoir des juges sur la Constitution**

1 Origines Le juge américain est revêtu, comme l'avait bien vu Tocqueville, « d'un immense pouvoir politique ». Et de s'interroger : « D'où vient cela ? Il se meut dans le même cercle et se sert des mêmes moyens que les autres juges [des autres nations] ; pourquoi possède-t-il une puissance que ces derniers n'ont pas ? » Tocqueville répondait : « La cause en est dans ce seul fait : les Américains ont reconnu aux juges le droit de fonder leurs arrêts sur la *constitution* plutôt que sur les *lois*. En d'autres termes, ils leur ont permis de ne point appliquer les lois qui leur paraîtraient inconstitutionnelles. » (en italiques dans le texte). Les Américains appellent ce pouvoir le pouvoir de *judicial review*.

A l'origine, la structure fédérale de l'Union américaine commandait nécessairement, sous une forme ou sous une autre, un contrôle de conformité des lois des États aux lois de l'Union. A la convention de Philadelphie, les plus nationalistes parmi les partisans d'un gouvernement central fort proposèrent une solution radicale pour faire respecter la Constitution, les lois et les traités de l'Union par les législatures des États. Ils suggérèrent de conférer au Congrès fédéral un pouvoir de veto sur les actes pris par celles-ci, et, si cela ne suffisait pas, de s'en remettre, le cas échéant, à

la force militaire pour calmer les excès et les abus. Inquiets des perspectives qu'ouvraient ces solutions draconiennes, les partisans des droits des États proposèrent à la place, d'une part, de reconnaître le principe de la supériorité du droit fédéral sur le droit des États dans une clause de suprématie, et d'autre part, de confier la garantie d'exécution et de mise en œuvre dudit principe aux juges, lesquels dans leur esprit (le pouvoir judiciaire fédéral avec ses cours et ses juges n'ayant pas encore été créé) ne pouvaient être bien entendu que les juges d'États. Ces propositions conciliatrices l'emportèrent et c'est pourquoi l'Article VI (2) de la Constitution fédérale oblige les juges des États, en cas de contrariété, d'écarter les lois de leurs propres États, y compris leur constitution, pour assurer en toutes hypothèses la suprématie du droit fédéral. La Constitution fédérale reconnaissait donc formellement dès le départ un certain pouvoir de *judicial review*.

Aujourd'hui, le pouvoir de *judicial review* a une portée infiniment plus vaste et plus étendue que celui expressément visé à l'Article VI (2) de la Constitution. De seulement conféré aux juges d'État qu'il était, il est devenu d'application générale ; tous les juges américains, juges fédéraux comme juges d'États, le possèdent. Et d'apparemment limité aux seules lois d'État, tel qu'il fut originellement énoncé, il s'applique à toutes les lois, lois d'États comme lois du Congrès. Ce résultat est la conséquence du célèbre arrêt *Marbury v. Madison*.

L'arrêt *Marbury v. Madison* est la plus grande décision judiciaire américaine. Dans cette affaire, l'intelligence de John Marshall consista à poser le principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, non pas comme le corollaire particulier d'une constitution fédérale, mais comme le corollaire général de toute constitution écrite. En d'autres termes, le génie de John Marshall fut de donner audit principe valeur universelle. Pour réussir cet exploit, il s'appuya sur un raisonnement que seul un juge de *common law* pouvait faire. Il partit de l'affirmation selon laquelle la Constitution des États-Unis n'était pas une constitution ordinaire en ce sens qu'elle limitait le pouvoir et qu'elle était écrite. Si elle est écrite, poursuivait-il en substance, c'est parce

que le constituant a voulu qu'elle limitât effectivement le pouvoir et qu'on la considérât comme une loi, bref comme du véritable droit. Dès lors que la Constitution est du droit (*law*), Marshall appliqua l'idée fondamentale de la *common law*, à savoir, « c'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit » (*to say what the law is*). De cette affirmation qui consistait à légaliser la Constitution, à en faire une « loi » accessible au juge comme n'importe quelle autre règle de droit, affirmation qu'en 1803, personne ne pouvait disputer puisque la Constitution dans son Article VI (2) justement s'auto-qualifiait de « loi » ou « droit » suprême (*supreme law of the land*), John Marshall tira la conclusion très logique que le juge peut et doit connaître de la Constitution, et qu'il doit l'interpréter en tant que de besoin pour décider des litiges qui lui sont soumis. Ainsi Marshall réduisit-il le problème politique de la contrariété de la loi à la constitution à un problème technique, c'est-à-dire à un problème de conflits de lois, lequel invite le juge en présence de deux lois, la loi constitutionnelle et la loi ordinaire, à choisir laquelle doit s'appliquer au litige.

Sous la présidence de John Marshall, la Cour suprême annula plusieurs fois des lois d'États qu'elle jugea contraires à la Constitution fédérale. Elle fut en revanche très prudente vis-à-vis des lois du Congrès. Ce n'est qu'en 1857, dans une affaire *Dred Scott v. Sandford*, qu'elle décida d'y recourir contre le Congrès quand elle annula la loi fédérale qui avait entériné le « Compromis dit du Missouri » qui interdisait la pratique de l'esclavage dans toute la partie du territoire américain s'étendant au nord de la latitude de 36° 30' et qui ne se trouvait pas comprise dans les limites du Missouri. Cette décision malheureuse précipita la guerre de Sécession (1861-1865). Après la guerre civile, le contrôle de constitutionnalité des lois connut un développement spectaculaire. La Cour suprême devint l'institution la plus controversée de cette période de la fin du XIXe siècle et du début du XXe qui est passée à l'histoire comme celle du « gouvernement des juges ». Les causes de cette extraordinaire et remarquable ascension du pouvoir des juges est à rechercher dans les amendements qui clôturèrent la guerre civile et, en particulier, dans le XIVe du nom.



2 Evolution Avant la guerre de Sécession, les droits et libertés des individus s'organisaient principalement dans le cadre de l'État. Après la guerre civile, la situation a changé du tout au tout avec l'adoption du XIV<sup>e</sup> Amendement qui interdit aux États de priver une personne de vie, de liberté ou de propriété sans le bénéfice des protections dues par le droit (*without due process of law*), ou de refuser à quiconque relève de leur juridiction l'égal protection des lois (*equal protection of the laws*). Adopté en 1868 pour protéger les anciens esclaves affranchis, le texte bénéficia surtout aux Blancs qui, s'appuyant sur lui, se mirent à déférer aux tribunaux toutes les lois d'État qui portaient atteinte à leurs droits. Quiconque avait à se plaindre d'une loi d'État qui l'atteignait dans sa liberté ou dans sa propriété (n'est-ce pas là l'effet de toutes les lois ?...) avait dorénavant une raison d'aller en justice et de demander au juge, au nom de la clause de *due process of law*, de lui rendre justice vis-à-vis de son État. Les justiciables ne s'en sont évidemment pas privés et les juges américains ont tiré des dispositions du XIV<sup>e</sup> Amendement un droit de regard sur toutes les lois d'États qui s'est ajouté à celui qu'ils possédaient déjà sur les lois du Congrès en vertu de la jurisprudence *Marbury v. Madison*. Ils en ont gagné un pouvoir et un prestige exceptionnels vis-à-vis de l'opinion publique. Ils agrandirent encore leur pouvoir lorsque, pressés par les recours qui leur étaient présentés, ils décidèrent que les États étaient tenus de presque toutes (mais pas toutes) les garanties du *Bill of Rights* au motif que le XIV<sup>e</sup> Amendement, toujours lui, en avait « incorporé » dans le droit constitutionnel opposable aux États les principales dispositions.

Sans doute cette évolution du juge américain comme protecteur des droits et libertés a-t-elle subi un coup d'arrêt au moment de la crise du *New Deal*. A l'issue de la partie de bras de fer qu'elle engagea avec le président Franklin D. Roosevelt sur l'étendue des libertés qu'elle pouvait garantir aux citoyens en matière économique, la Cour suprême dut s'incliner et, aujourd'hui encore, le contrôle qu'elle exerce sur les libertés économiques ne dépasse pas le stade des apparences. Toutefois, cette retraite n'a pas véritablement altéré le pouvoir des juges sur la Constitution. Car,

si le domaine de la politique économique relève aujourd'hui principalement des organes législatifs et exécutifs, la Cour a trouvé d'autres raisons de développer sa jurisprudence sur les droits et libertés dans la mesure où les inégalités et les discriminations ainsi que les réglementations de toutes sortes prises par les autorités, locales, fédérales ou d'États, ont multiplié les hypothèses de mécontentement, donc, de recours aux juges.

3 Limites Le pouvoir des juges sur la Constitution n'est pas illimité. Il est théoriquement toujours possible de renverser une interprétation judiciaire de la Constitution. Le cas s'est produit quelques fois dans l'histoire des États-Unis. Par exemple, le XVIe Amendement qui donne au Congrès le pouvoir d'établir un impôt sur le revenu a été adopté en 1913 parce qu'il fallait renverser une décision de la Cour suprême qui avait jugé que le Congrès n'avait pas ce pouvoir. Mais ces occasions ont été rares dans l'histoire américaine. La raison tient au fait que les conditions de la révision constitutionnelle, telles qu'elles sont prévues dans l'Article V de la Constitution fédérale, sont extrêmement difficiles à réunir. C'est une procédure très lourde qui ne peut aboutir que dans des circonstances exceptionnelles. Mais surtout, c'est une procédure qui, depuis le New Deal, n'est pas nécessaire. Car, au moment de la crise de 1937, le spectaculaire renversement de sa jurisprudence par la Cour démontra qu'il était possible de changer la Constitution sans passer par cette procédure (v. *supra*). Dans ces conditions, à partir du moment où il apparut que les révisions constitutionnelles formelles initiées sur le fondement de l'Article V (seul moyen par lequel le peuple peut exprimer son désaccord avec la jurisprudence de la Cour et sa volonté de la renverser) seraient toujours problématiques, si ce n'est impossible à réaliser, et ceci pour toutes sortes de raisons (difficulté de rédiger l'amendement souhaité, impossibilité de forcer les États à se prononcer sur le texte dans des délais déterminés), la Cour suprême n'a pas eu d'autre choix pour adapter la Constitution à l'évolution des faits, des idées et des mœurs, que d'embrasser une politique jurisprudentielle non orthodoxe sur la règle du précédent. Sans doute la règle du précédent est-elle toujours suivie en matière constitutionnelle.

En 1992, à propos de l'avortement, la Cour a d'ailleurs pris soin de définir avec un luxe peu commun de conditions et de précautions les critères au vu desquels, le cas échéant, elle s'autorise à ne pas la suivre (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*). Mais la règle du précédent est suivie dans des conditions qui dépendent du seul jugement de la Cour de sorte que les neuf juges de la Cour suprême ont *de facto*, sinon *de jure*, le pouvoir souverain puisqu'ils peuvent, d'eux mêmes, changer la signification de la loi fondamentale et suprême adoptée par le peuple souverain.

## **B. Le pouvoir des juges sur les lois**

1 Les traditions de la *common law* Dans les pays de *common law*, le juge est un régulateur naturel des relations sociales bien avant le législateur. Pour l'opinion publique, c'est lui qui, au fil des siècles, arrêt après arrêt, a posé les normes de cette loi commune qui gouverne les relations que les hommes entretiennent entre eux et les rapports qu'ils peuvent avoir avec les choses . Bref, c'est lui qui a façonné le droit privé général. Quant aux lois (*statutes*), la société les a longtemps regardées, et ceci pendant des siècles en Angleterre, comme se rapportant à des matières de droit public, c'est-à-dire comme réglementant les relations que l'individu entretient avec l'État. De cette manière de percevoir les lois du législateur par rapport à la loi commune définie par le juge est née l'idée que la *common law* était le droit commun – c'est d'ailleurs bien le sens de l'adjectif « *common* » - tandis que la législation était un droit d'exception. En d'autres termes, la *common law* définie par le juge est le droit authentique, le véritable droit, par rapport auquel la loi votée par le législateur est presque une intruse, un élément rapporté qui ne peut que la contrarier.

Dans les sociétés où, en termes de légitimité sociale, la loi est considérée comme seconde par rapport à la jurisprudence, il est bien certain que le juge représente toujours un grand pouvoir social. Et de fait, dans les pays de *common law*, le juge fut, un temps, le maître du droit et des lois

parce qu'il lui appartenait de recevoir les lois dans la *common law* aux conditions qu'il jugeait opportunes. La conquête des assemblées législatives par les classes populaires a apporté des tempéraments à ce grand pouvoir des juges. Mais elle n'a pas fondamentalement bouleversé des traditions séculaires. Aujourd'hui encore, l'interprétation des lois par les juges est très différente dans les pays de *common law* et dans les pays de droit codifié.

Dans les pays de droit codifié, le juge est au service du législateur et des lois ; il regarde codes et lois comme autant de champs fertiles sur lesquels la semence des affaires qu'il doit résoudre lui permet de récolter l'abondante moisson de la jurisprudence qui vient nourrir les principes abstraits posés dans les textes. En droit français, toutes les règles spécifiques de la responsabilité civile délictuelle et quasi délictuelle sont de nature jurisprudentielle et elles ont toutes été tirées par les juges des quelques lignes de principes généraux posés par le Code civil. Dans les pays de *common law*, la relation du juge à la loi est complètement différente. Dans la mesure où, historiquement, la *common law* a existé bien avant le droit législatif et où, au surplus, elle a été regardée depuis des temps immémoriaux comme le réceptacle de tous les principes juridiques généraux qui découlent de la raison, le juge est porté à considérer que le législateur ne peut pas avoir voulu poser des règles générales et usurper une fonction qui ne lui appartient pas. A ses yeux, la loi ne peut avoir été adoptée que pour définir des règles spéciales sur un problème *ad hoc* pour lequel la *common law* n'avait pas de solution adéquate. La loi est ainsi une terre aride sur laquelle en principe rien ne pousse. Devant nécessairement s'insérer dans un corps de règles, déjà défini par les juges et qui se suffit à lui-même, la loi doit toujours être interprétée de façon étroite. Les juges considèrent qu'il n'y pas lieu d'en rechercher l'esprit et de faire produire aux principes généraux qu'elle peut contenir tous leurs effets sous-jacents. C'est dire qu'il n'est pas question d'aller chercher dans les travaux préparatoires ce que le législateur a bien pu voulu faire, ou de raisonner par analogie en s'inspirant des solutions retenues dans des domaines voisins, ou d'anticiper par une interprétation téléologique les résultats que le législateur voulait atteindre.

En principe, les règles appliquées par le juge de *common law* dans l'interprétation des lois conduisent à interpréter les lois étroitement. L'idée sous-jacente est que rien ne peut égaler la perfection de la *common law* et que, lorsque le législateur intervient pour la compléter ou, pis, pour la changer, c'est toujours quelque chose de fâcheux. Pour comprendre cette attitude négative vis-à-vis des lois, il ne faut jamais oublier que, pour un juriste de *common law* élevé dans la vénération du travail accompli par les juges pendant de siècles, le législateur ne sait pas, et à la limite ne saura jamais, créer le droit comme le juge, pas à pas, affaire après affaire, parce que le droit est toujours conçu, non sous la forme de principes abstraits, mais sous la forme de règles précises et limitées aux affaires dans lesquelles elle furent énoncées.

2 Le juge américain et les lois Alors que tout dans leur histoire constitutionnelle et politique les prédisposait à embrasser la révolution juridique qui bouleversa les sociétés européennes, à faire table rase des anciennes lois et coutumes définies par les juges et à introduire un droit nouveau, démocratique et populaire qui soit l'expression de la volonté des représentants du peuple, les États-Unis sont restés un pays de *common law*. Mais cette culture de *common law* a dû se concilier avec la culture démocratique qui structure aussi la pensée des Américains et qui entraîne une autre manière, complètement différente, de concevoir la place des lois dans l'ensemble du droit. Situé au cœur du conflit entre ces deux cultures et bien obligé de le résoudre du chef de ses fonctions d'interprète des lois, le juge américain dispose vis-à-vis de celles-ci d'une liberté de manœuvre peu commune. Qu'il adhère aux traditions de la *common law* et à l'interprétation stricte des lois, en limitant au maximum l'effet de la volonté législative (comme il le fit à la fin du XIXe et au début du XXe siècle avec l'interprétation restrictive qu'il donna aux lois antitrust ou aux lois sociales), ou qu'il épouse la tradition démocratique en faisant produire à la loi la plénitude de ses effets, dans les deux cas sa jurisprudence est légitime.

S'il suit les traditions de la *common law*, le juge s'en tiendra seulement au texte et à rien d'autre (*plain meaning rule*). Il l'appliquera à la lettre, voire au pied de la lettre, sauf si cette interprétation littérale doit le conduire à un résultat manifestement absurde. Cette méthode naturellement appauvrissante de la portée des lois conduit le législateur à riposter en adoptant des lois qui sont de véritables livres, de plusieurs centaines de pages, où tout est défini, prévu, anticipé à l'avance, de telle sorte que rien ne puisse être laissé à l'arbitraire judiciaire. Le juriste formé à la tradition des droits codifiés, habitué de ce chef à pratiquer la distinction entre la lettre et l'esprit du texte, est parfois étonné des scrupules que semblent avoir les juges américains pour se dégager de la lecture littérale des lois. Pour s'en tenir à un exemple célèbre, l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sherman adoptée en 1890 pour restreindre les abus de position dominante et les trusts prévoit: « Tout contrat, arrangement sous forme de trust ou sous toute autre forme, ainsi que tout complot, établi en vue de restreindre le commerce avec l'étranger ainsi que les relations commerciales entre États, est illégal ». Dans les premières affaires qui ont été rendues sur la loi Sherman, l'article 1<sup>er</sup> fut interprété comme susceptible d'invalider d'office tout contrat au motif que « tout contrat » (*every contract*) signifie tout (*every*) contrat. La Cour suprême en conclut que la loi Sherman ne pouvait interdire que les restrictions déraisonnables au commerce, et en 1978, le juge Stevens pouvait encore expliquer: « Le problème que nous avons avec l'article 1<sup>er</sup> de la loi Sherman est qu'il ne peut pas signifier ce qu'il dit. La loi dit que « tout » contrat qui restreint le commerce est illégal. Mais ... les restrictions participent de l'essence même de tout contrat; et si on devait le lire à la lettre, l'article 1<sup>er</sup> invaliderait la quasi-totalité des relations contractuelles privées. » (*National Society of Professional Engineers v. United States*).

A l'inverse, le juge peut choisir de se détacher de la lecture littérale du texte. Il peut, plutôt que de s'en tenir au sens premier des mots et des phrases, rechercher d'abord quel est l'esprit de la loi. L'affaire la plus célèbre en ce sens est la décision *Holy Trinity Church v. United States* rendue par la Cour suprême en 1892 à propos de l'interprétation qu'il convenait de donner à une loi du

Congrès qui avait limité le recrutement de personnel étranger par les employeurs américains. En gros, la loi interdisait à quiconque de recruter et de faire venir aux États-Unis une personne étrangère « pour accomplir tout travail ou service que ce soit », à l'exception des personnes qui seraient « acteurs professionnels, artistes, conférenciers, chanteurs, ou domestiques ». L'église de la Sainte Trinité établie dans l'État de New York avait passé contrat avec le pasteur anglais, E. Walpole Warren, pour qu'il vienne aux États-Unis établir son ministère à la paroisse de l'église. La question posée à la Cour était de savoir si le contrat passé entre l'église et le pasteur Warren violait la loi du Congrès. La Cour suprême décida par la négative au motif que « c'est une règle familière que celle selon laquelle une chose peut être contenue dans la lettre de la loi, sans pourtant y figurer [formellement], parce que n'étant ni dans son esprit ni dans l'intention de ses auteurs ».

Mais le juge peut aussi aller encore plus loin. Conformément à la tradition civiliste qui voit le juge non comme le censeur, mais comme l'allié du législateur, il peut rechercher quelle a été l'intention de ce dernier. Exemple de cette méthode démocratique d'interprétation judiciaire est l'arrêt *United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber* rendu par la Cour suprême en 1978. Le titre VII de la loi de 1964 sur les droits civils a interdit « à tout employeur, à tout syndicat ... toute discrimination contre un individu à raison de sa race, de sa couleur [de peau], de sa religion, de son sexe, ou de son origine nationale, à l'occasion de son admission ou de son embauche dans tout programme d'apprentissage ou de formation permanente ». Brian Weber, ouvrier de race blanche qui travaillait dans l'une des usines de l'entreprise sidérurgique Kaiser, avait sollicité son admission dans un programme de formation permanente et il s'était vu opposé un refus au motif qu'il n'y avait plus de place pour lui, du chef des dispositions qui avaient été prises en vue d'assurer la formation des minorités conformément à un plan d'*affirmative action* (discriminations positives). La Cour dut trancher la question de savoir si ce refus était constitutif d'une discrimination raciale. Elle décida par la négative au motif que « l'interdiction [de toute

discrimination raciale] ... doit être comprise à la lumière des travaux préparatoires du Titre VII et du contexte historique dans lequel il a été élaboré ». Et de préciser : « Il ressort clairement de l'examen de ces sources qu'une interprétation de ces articles qui interdirait toute forme de discrimination positive prise sur le fondement de la race "produirait un résultat qui serait radicalement contraire aux buts de la loi" et qui doit [par conséquent] être rejeté ». Cette décision a fait l'objet d'une intense critique de la part des « textualistes » qui, fidèles à la tradition de la *common law*, refusent aux juges la possibilité d'obtenir des éclaircissements sur la loi en se référant aux travaux préparatoires. A l'inverse, leurs adversaires prétendent que, dans un État démocratique, il est légitime, voire nécessaire, de prendre en considération l'intention du législateur. Le débat qui oppose en matière d'interprétation législative les textualistes et les partisans du recours à l'intention législative n'est pas prêt d'être résolu. Derrière leur querelle apparemment technique et purement juridique, c'est en vérité la maîtrise des juges sur le droit qui est en jeu.



# Chapitre 4

## Le pouvoir démocratique

---

« [A]ux États-Unis c'est le peuple qui gouverne » avait bien vu Tocqueville. Là où le peuple gouverne, les processus du droit, c'est-à-dire les mécanismes par lesquels les règles de droit prennent forme et se réalisent, sont démocratiques. C'est le cas des règles qui organisent la fonction législative qui créent les lois ou de celles qui gouvernent la fonction judiciaire par laquelle les hommes sont jugés. L'influence et le poids du pouvoir démocratique sur ces règles de forme sont aux États-Unis considérables. En d'autres termes, le droit est créé et mis en œuvre par des institutions au-dessus desquelles il existe un pouvoir souverain, le pouvoir démocratique, qui peut les détruire ou les modifier à son gré.

### I. Le pouvoir démocratique et la formation du droit

A l'inverse des sociétés européennes où la théorie du mandat représentatif autorise encore le maintien d'une assez grande distance entre le peuple et le législateur, la conception américaine de la démocratie a depuis déjà longtemps rapproché le peuple de ceux qui légifèrent au point qu'elle l'a placé pratiquement à côté du législateur et qu'à la limite, elle l'a investi du droit de légiférer avec lui. Par « législateur », il faut entendre non seulement les assemblées législatives démocratiquement élues, mais aussi les administrations qui, avec les besoins de réglementation et de régulation des sociétés complexes dans lesquelles nous vivons, sont devenues autant productrices de règles de droit que le législateur.

## A La fonction législative

Bien que les États-Unis soient formellement un pays de *common law*, la loi y est aujourd'hui la première source du droit. Les lois (*laws*) portent différentes appellations qui varient selon les trois niveaux de gouvernement auxquelles elles sont faites, fédéral, étatique et local. Il y a un seul gouvernement fédéral, mais 50 gouvernements d'État et 83.000 gouvernements locaux. Aux yeux des Américains, ces gouvernements sont tous, autant qu'ils sont, des niveaux « législatifs » en ce sens qu'ils produisent des « lois » (*laws*). Les lois adoptées par le Congrès et signées par le président au niveau fédéral ainsi que celles qui sont votées par les législatures des États et signées par leurs gouverneurs respectifs portent le nom de *statutes* ; ces textes correspondent à ce que le droit français entend par « lois ». Au niveau local, les « lois » (*laws*) qui sont prises par les comtés, les villes, les municipalités, les districts scolaires, portent d'autres noms (*ordinances, resolutions*).

Quel que soit le niveau auquel elles sont adoptées, quel que soit le nom qu'elles portent, les « lois », les règles de droit, sont toujours faites au travers de procédures qui donnent au peuple la possibilité de peser dans le processus législatif. D'abord un grand nombre d'États (au total 23), localisés surtout dans l'Ouest et le Sud-Ouest, reconnaissent le droit d'initiative populaire qui permet aux citoyens de proposer des textes soumis à référendum. De nombreux textes ont été adoptés de la sorte, notamment en matière de gestion des ressources publiques et d'environnement. Mais le peuple pèse aussi fortement sur les lois adoptées par les élus du peuple, notamment parce que, à l'exception de l'élection présidentielle qui juridiquement se déroule encore au suffrage indirect (bien qu'en fait, elle se déroule quasiment au suffrage direct dans la mesure où les grands électeurs s'engagent à voter pour un candidat désigné), le suffrage indirect n'existe plus aux États-Unis. Ceux qui font les lois (*law-makers*) sont directement élus par le peuple ; les mandats sont courts (2 ans), ce qui accentue la pression des électeurs sur les élus, à l'exception, il est vrai, des membres des deuxièmes chambres élus pour des mandats plus longs.

Les électeurs pèsent encore sur les élus par le système des primaires qui leur permettent de choisir dans les partis qui se présentera à leurs suffrages. En pratique, le système implique la mobilisation de ressources financières considérables qui renversent la logique démocratique des primaires en ce qu'elles donnent aux candidats des moyens de se faire entendre des électeurs bien supérieurs au seul moyen dont l'électeur dispose (le bulletin de vote) pour se faire entendre des partis. La réforme, réclamée par les uns et différée par les autres, sur le financement des campagnes électorales devrait mettre un terme à ces dysfonctionnements.

Le peuple peut aussi faire pression sur les élus par le droit de pétition qui lui donne un titre à intervenir dans le processus législatif. Au niveau fédéral, il s'agit d'un droit constitutionnel formellement garanti par le 1er Amendement. Certes, les lois adoptées à la suite de pétitions sollicitées directement par les citoyens ne sont pas légion pas plus que les pétitions elles-mêmes (mais il faut savoir que, dans les années 1830, de nombreuses pétitions furent déposées au Congrès tendant à l'abolition de l'esclavage dans le District de Columbia). Le droit de pétition n'en a pas moins une signification symbolique importante dans le procédé de fabrication des lois. Il ne fonde pas, mais il légitime l'intervention des électeurs auprès des élus ; il leur donne un droit à exiger que des lois soient prises. On peut tenir la marche de Washington qui, en 1963, réunit derrière Martin Luther King plus d'un million de personnes devant le Capitole pour la défense de l'égalité des droits civils et politiques et la fin des discriminations raciales comme un paradigme particulièrement réussi de ce que représente le droit de pétition pour les Américains d'aujourd'hui.

Parallèlement au droit de pétition et en liaison avec lui, les idées et les représentations de l'opinion publique sur ce que doivent être les techniques de confection des lois donnent au peuple la possibilité de faire entendre sa voix dans le processus législatif dans des proportions infiniment plus grandes qu'en Europe, et certainement qu'en France. Tout le travail pré-législatif

qui, en France, s'accomplit dans les ministères, et auquel ni le peuple, ni même ses représentants ne participent avant que le « produit » (entendez, le projet de loi) ne soit achevé, aux États-Unis c'est dans les assemblées législatives qu'il s'effectue. Au niveau fédéral, les 535 membres élus du Congrès (435 représentants et 100 sénateurs) ont à leur disposition un personnel de 23.000 personnes, ce qui correspond à une moyenne de 47 à 56 personnes par membre du Congrès. Aucun député ou sénateur français n'a de tels moyens. Cette équipe est indispensable à chaque représentant et à chaque sénateur pour concourir à la rédaction des textes législatifs dont, seuls, ils ont l'initiative. Chacun d'entre eux reçoit de multiples sollicitations de la part des électeurs qui sont soit spontanées, soit organisées et rassemblées dans ces puissants groupes de pression que sont les *lobbies*. Depuis la fin du XIXe siècle, le *lobbying* est une composante essentielle du processus législatif aux États-Unis. Reconnu et officialisé en tant que tel, il imprime sa marque à la rédaction des lois dans la mesure où il les oblige à réserver le sort des multiples intérêts particuliers qu'il représente. Ses dangers sont connus depuis longtemps et, après maintes tentatives infructueuses, le Congrès a réussi à adopter des lois qui en sanctionnent les abus et en réglementent la pratique.

Enfin, au nombre des moyens par lesquels le pouvoir démocratique intervient dans le processus législatif, il faut citer les auditions (*hearings*) qui peuvent se dérouler devant les commissions des assemblées législatives. Que ce soit au niveau fédéral ou au niveau des États, les *hearings* sur les propositions de lois présentées par les membres des assemblées ne sont pas systématiques. Au Congrès, chaque commission ou sous-commission (la Chambre des représentants et le Sénat ont, à eux seuls, 39 commissions permanentes et 159 sous-commissions...) décide en fonction de l'importance de la loi en discussion. En fait, les *hearings* sont très nombreux ; ils ont d'ailleurs considérablement accru le travail des commissions et le nombre du personnel nécessaire pour en assurer le fonctionnement. En tout état de cause, lorsqu'une audition est prévue, outre le fait qu'elle est évidemment publiquement annoncée, elle est aussi en principe obligatoirement ouverte

au public. Les témoins s’y rendent soit spontanément, le plus souvent avec une version écrite de leur déposition qui est consignée au procès-verbal de la séance, soit sur le coup d’une citation à comparaître assortie de sanctions pénales en cas de non-comparution. Les débats sont intégralement pris en sténotypie et publiés dans le rapport de la commission. Les *hearings* sont les instruments privilégiés par lesquels la société civile et ses membres les plus représentatifs du sujet traité ont la possibilité de faire entendre la voix du électeurs.

## **B. La fonction réglementaire**

Comme tous les États industrialisés, les États-Unis ont connu au XXe siècle la révolution qui, dans toutes les démocraties représentatives, a changé la place et le rôle de la loi en obligeant les gouvernements à faire passer une large partie de la fonction législative (au sens matériel) à l’exécutif et aux administrations. Alors qu’au XIXe siècle, la loi votée par les assemblées démocratiquement élues était regardée comme l’unique instrument de production de nouvelles règles de droit, aujourd’hui le règlement élaboré par les bureaux est tout aussi important dans l’ensemble des règles juridiques qui régissent les sociétés. Partout la montée du pouvoir réglementaire a été générale.

Aux États-Unis, le mouvement prit naissance dès la fin du XIXe siècle lorsque le Congrès commença à déléguer partie de ses pouvoirs à des organismes créés *ad hoc* pour exercer des fonctions de régulation qu’il était hors de question qu’il exerçât lui-même. La première grande « commission » administrative fut créée en 1887 dans le but principal de réguler les tarifs de chemin de fer (*Interstate Commerce Commission*). Pendant le New Deal, pour sortir le pays de la crise économique née de la Grande Dépression de 1929, l’administration Roosevelt fit créer par le Congrès commissions et agences administratives à un rythme accéléré soit en vue de réguler les marchés (par ex., *Securities and Exchange Commission* pour réguler le marché boursier et les

transactions financières), soit pour apporter à chacun les conditions d'une meilleure sécurité économique et personnelle (par ex., *Social Security Administration*). Enfin, à la fin des années 1960 et au début des années 1970, une troisième vague vit la création d'agences plus particulièrement chargées de maintenir la qualité de la vie dans les domaines de la protection du consommateur, de l'environnement ou de la santé (*Environmental Protection Agency, Occupational Safety and Health Administration, Consumer Product Safety Commission*).

Commissions et agences sont aujourd'hui des sources très importantes de règles de droit fédéral. Elles sont l'illustration la plus marquante de ce que les Américains appellent d'une formule plutôt négative « l'État administratif », lequel s'oppose dans leur esprit à « l'État démocratique » composé d'individus élus et responsables devant le peuple. En 1946, le Congrès a adopté une grande loi fédérale, le *Administrative Procedure Act*, qui soumet les agences au contrôle démocratique et qui constitue le texte fondateur du droit administratif américain. Parmi toutes les dispositions de ce texte, il faut relever celle qui le *rule-making*, c'est-à-dire les conditions d'élaboration des règlements. L'idée essentielle, contenue dans l'article 553 (c) du *A.P.A.*, est la suivante : « Afin de donner à toutes les personnes concernées par un projet de règlement la possibilité de participer à son élaboration, l'agence responsable doit autoriser la soumission par écrit de données, de points de vue, ou d'arguments, sans préjudice de la possibilité, le cas échéant, de les présenter oralement. » La possibilité pour tous les intérêts concernés de participer à la confection des règlements est garantie par l'obligation qu'a toute agence de notifier publiquement son intention de prendre une nouvelle réglementation ou de changer la réglementation existante. Si le public n'a pas été à même de donner son avis ou si l'agence n'a pas pris en considération les arguments présentés par lui devant elle sans justifier des raisons pour lesquelles elle les rejetait, le juge considérera que le règlement adopté n'est pas « pleinement motivé » (*fully reasoned*) et il l'annulera. La jurisprudence estime que les agences se doivent de répondre – soit en modifiant le règlement, soit en expliquant pourquoi le règlement est maintenu en l'état – aux « commentaires

documentés et pertinents » (*comments of cogent materiality*) avancés par le secteur privé [*United States v. Nova Scotia Food Products Corp.* (1977)].

## II. Le pouvoir démocratique et l'application du droit

Aux États-Unis, il n'est pas d'autorité chargée d'appliquer le droit que le pouvoir démocratique ne désigne, au moins indirectement. C'est le cas des membres de chaque gouvernement (quel que soit le niveau envisagé : fédéral, fédéré ou local) ainsi que de tous les agents qui seraient considérés en France comme les hauts fonctionnaires. C'est aussi le cas des juges bien qu'ici la dépendance est plus ou moins directe selon la nature des juridictions, fédérales ou d'États.

### A. La fonction exécutive

En principe, les agents investis de fonctions exécutives sont élus. La règle s'applique à tous les agents investis de fonctions d'autorité, c'est-à-dire les agents qui commandent et dirigent les personnels permanents de la « fonction publique ». Le principe de l'élection est général au niveau local, s'agissant des municipalités, des comtés, des villes. Au niveau des États, ces questions sont réglées par la constitution de chacun d'entre eux ; mais, dans tous les cas, le « gouverneur », qui est le chef de l'exécutif de l'État, est toujours démocratiquement élu, le plus souvent avec son équipe de gouvernement. Au niveau fédéral, il n'y a que le Président qui soit démocratiquement élu selon un mode de scrutin qui est en théorie indirect, mais qui en pratique fonctionne comme un scrutin direct à un tour, les grands électeurs étant tenus de voter pour le candidat désigné par le parti qu'ils représentent. Toutefois, s'il existe bien une fonction publique fédérale, comme au niveau local, il n'y a pas de haute fonction publique permanente ; les « grands corps » de l'État n'existent pas. Chaque président amène avec lui « son » administration qu'il compose, certes,

avec des personnes de son choix librement désignées par lui, mais qui ne peuvent prendre leurs fonctions que si elles sont confirmées par le Sénat, en sorte qu'il n'existe pas d'emploi important qui ne soit à sa totale et absolue discrétion. D'une manière ou d'une autre, directement ou indirectement, le pouvoir démocratique fait toujours sentir sa présence.

## **B. La fonction judiciaire**

A la différence des pays européens qui ont tous réussi à maintenir une distance entre le peuple et la justice, les États-Unis n'ont jamais coupé le peuple de ses juges. En Europe, les juges sont loin du peuple tant par leur statut qui les immunise des pressions populaires que par leur représentation symbolique dans l'opinion publique. La séparation entre les magistrats et les citoyens est une caractéristique générale des systèmes juridiques européens que l'on retrouve partout, y compris en Angleterre où les plus hauts juges sont des *lords*. La même distance n'existe pas aux États-Unis même si pourtant le juge y est la seule personne à laquelle on s'adresse à la troisième personne par un pompeux « Votre Honneur ». Mais les mots sont ici accessoires au regard des faits quotidiens et des réalités concrètes, et le point fondamental est qu'aux États-Unis le peuple participe à la fonction judiciaire. Il y participe essentiellement par deux moyens, d'une part, en concourant directement ou indirectement à la sélection des juges, d'autre part, en rendant la justice, « à leurs côtés » par l'institution du jury.

1 La sélection des juges Elle obéit à des règles très différentes selon qu'il s'agit des juges fédéraux ou des juges d'État. Au niveau fédéral, les règles qui gouvernent la nomination des juges ont été conçues en 1787 par la convention de Philadelphie majoritairement composée de délégués de sensibilité dans l'ensemble plutôt élitiste et qui n'avaient pas de plus grand souci, compte tenu du rôle essentiel que jouait le pouvoir judiciaire dans le gouvernement fédéral qu'ils projetaient, que d'isoler les juges des pressions populaires et d'assurer leur indépendance. L'idée



qu'ils puissent être élus, fut-ce même par le Congrès, fut donc écartée au profit d'une nomination à vie faite par le président avec l'avis et le consentement du Sénat. En pratique, l'avènement des partis politiques a modifié les conditions concrètes d'application du système.

Aujourd'hui, le pouvoir de nomination des juges fédéraux s'exerce ouvertement selon des lignes partisans. Certes, les juges n'appartiennent pas formellement à un parti politique. Une fois nommés, il est d'ailleurs de règle qu'ils abandonnent tous les liens qu'ils ont pu entretenir avec un parti politique ; il n'en demeure pas moins qu'ils continuent, une fois sur le siège, d'être représentatifs de ce que, faute d'une appartenance partisane, on appellera une certaine « philosophie judiciaire ». Dans l'opinion publique, ils portent une étiquette ; ils sont politiquement classés en juges « libéraux » ou « conservateurs ». Plus de 90% des juges récemment nommés ont appartenu au parti du président qui les a désignés, sauf pour ceux nommés sous la présidence de Gérald Ford où ce chiffre est « tombé », si l'on peut dire, à 82%. Il existe aussi des usages qui peuvent selon les cas aggraver ou, à l'inverse, tempérer la politisation de la fonction judiciaire fédérale. Par exemple, pour les postes situés au bas de la hiérarchie, il est de règle que le président recueille l'accord formel du sénateur dans l'État duquel le juge pressenti est appelé à siéger (règle de la courtoisie sénatoriale). Dans certains cas, tel sénateur ne se privera pas de la possibilité que lui ouvre la règle de faire de pressantes recommandations au président ; dans d'autres, il en usera pour s'opposer à des nominations indésirables aux yeux de ses électeurs.

Au niveau des États, la désignation des juges est très largement aux mains du pouvoir démocratique. A l'inverse des règles conçues par les Fédéralistes pour isoler le pouvoir judiciaire fédéral des pressions populaires, les règles qui gouvernent la désignation des juges au niveau des États ont été fortement marquées par les idées du puissant courant de pensée démocrate et populaire qui, dans les traces de Thomas Jefferson au début du XIXe siècle, d'Andrew Jackson et du mouvement populiste des années 1820-1830, puis d'Abraham Lincoln, de Theodore

Roosevelt, de Franklin D. Roosevelt, se méfie de ces juges fédéraux arrogants qui prennent prétexte de textes juridiques obscurs pour réorganiser l'ordre social selon les vues de la classe dirigeante et qui, parce qu'ils sont inamovibles, n'ont de comptes à rendre à personne. La règle est donc qu'au niveau des États, les juges sont élus par le peuple pour des mandats qui peuvent être aussi courts que de 4 à 6 ans et aussi longs que de 12 à 15 ans. Il existe des tempéraments à ce principe de l'élection. Le plus célèbre d'entre eux, connu comme le « plan du Missouri », consiste à assurer la nomination des juges selon une procédure qui combine le principe de l'élection et celui de la nomination : un comité d'experts indépendants proposent trois noms à l'exécutif de l'État qui en choisit un, et qui le nomme au moins pour un an, ou au plus tard jusqu'aux prochaines élections, date à laquelle le peuple dira si le juge ainsi désigné peut conserver ses fonctions. Si le juge est confirmé par le peuple (« *retained in office* »), il restera en fonction pour un mandat qui est généralement de 12 ans au niveau des cours d'appel, et pour un mandat plus court, de 4 à 6 ans, au niveau des cours de première instance. A l'issue de leurs mandats, les juges sont rééligibles selon les mêmes procédures. Tous les efforts entrepris en vue de supprimer complètement le principe de l'élection des juges d'États – dont les inconvénients sont pourtant bien connus, notamment du chef de l'importance grandissante prise par l'argent dans la politique électorale - se sont toujours heurtés à une résistance massive. Le principe de l'élection n'a été complètement supprimé que dans 6 États.

2 Le procès américain et le rôle du jury Rien n'est plus caractéristique de l'importance que les Américains attachent à la présence du pouvoir démocratique dans le fonctionnement de la justice que l'institution du jury. Organe clé de la procédure accusatoire qui exista autrefois en Angleterre sous deux formes, le jury d'accusation et le jury de jugement, l'institution s'est implantée aux États-Unis avec la *common law*. Composé de personnes choisies au hasard sur les listes électorales, le jury a pour tâche de concourir soit à côté du procureur (dans la forme du jury d'accusation, dit *grand jury*), soit à côté du juge en matière pénale comme en matière civile (sous forme de jury de

jugement, dit *petit jury*) à l'administration de la justice. Toutes les mises en accusation et tous les procès, loin s'en faut, ne sont pas respectivement décidées ou jugés par jury ; mais le jury est une institution qui, même quand il n'existe pas, domine de son ombre toute la procédure, civile et criminelle. Alors que partout dans les autres pays, y compris l'Angleterre, le rôle du jury a décliné, aux États-Unis le jury s'est consolidé. Il y a à cela plusieurs raisons. D'abord, le droit au jury est un droit inscrit dans la Constitution et il est devenu emblématique de la conception américaine du procès. Par sa composition, le jury place le peuple à l'intérieur de l'institution judiciaire et lui donne la possibilité de rendre justice aux côtés du juge, comme le montrent, souvent avec talent, toujours avec fierté, les productions cinématographiques et les séries télévisées américaines. Ensuite, le droit au jury est l'expression du droit d'être jugé par ses pairs, droit profondément enraciné dans la culture citoyenne américaine, dont les racines se trouvent en Angleterre dans la Grande Charte de 1215, mais qui a pris sur le continent américain une importance considérable eu égard aux principes fondateurs de la démocratie. Quand on l'examine de près, on constate que la justice américaine est bien plus sévère que la nôtre (dans de nombreux États, elle inflige le châtement capital, elle condamne les accusés à des peines de prison dont la durée dépasse parfois de dizaines d'années leur espérance de vie, elle prononce des dommages punitifs exorbitants). Mais les Américains s'en accommodent et, lorsqu'ils la critiquent, c'est rarement pour la sévérité des jugements qu'elle rend, et presque toujours pour la manière dont était composé le jury qui l'a rendue.

a/ Le droit au jury, droit constitutionnel Aux États-Unis, le droit d'être jugé par jury est consacré dans pas moins de trois dispositions du *Bill of Rights*. Pour comprendre l'insistance des Américains sur ce droit constitutionnel, regardé par eux à la fin du XVIIIe siècle comme on regarde aujourd'hui un droit qualifié de « fondamental », il faut se rappeler le rôle capital que l'institution du jury avait tenu à l'époque coloniale et dans les années qui suivirent la déclaration d'indépendance. A la même époque en Angleterre, le jury était depuis longtemps devenu une

puissante institution. Il avait conquis son indépendance au XVII<sup>e</sup> siècle, avec le procès du quaker William Penn en 1670 quand, à la suite de l'intervention du Parlement, il fut acquis que des jurés ne pouvaient pas être soumis à amende et envoyés en prison pour avoir acquitté un prévenu qu'ils estimaient en leur âme et conscience innocent des crimes dont on l'accusait. La même indépendance vis-à-vis du pouvoir se manifesta dans les colonies américaines et nombreux furent les jurys coloniaux qui acquittèrent les personnes accusées de crimes ou délits teintés d'arrière pensées politiques. Les colons américains célébrèrent le jury comme le rempart de la liberté, le moyen de prévenir l'oppression de la couronne. Ils le firent d'autant plus que, pour assurer une répression plus efficace des violations de leurs lois fiscales et douanières haïes des colons, les Anglais s'efforçaient de supprimer le droit au jury dans tous les procès entamés du chef de la violation de ces textes en transférant le jugement des tribunaux de droit commun aux cours d'amirauté devant lesquelles le droit au jury n'existait pas. Le refus du jury en matière pénale devint ainsi ans l'esprit des colons la marque même de la tyrannie.

Parallèlement à cette évolution, le jury en matière civile est devenu un rempart contre l'oppression des riches et des classes dirigeantes. La période qui suivit la fin des hostilités avec l'Angleterre fut marquée par une crise financière de grande ampleur au cours de laquelle les relations entre débiteurs et créanciers prirent une tournure quasi dramatique. Les premiers, accablés de dettes qu'ils ne pouvaient payer, trouvaient souvent auprès des jurys populaires la compréhension et la mansuétude qui leur permettaient d'échapper aux obligations contractuelles que les seconds leur réclamaient en justice.

Le droit au jury est énoncé dans trois dispositions du *Bill of Rights*. Il est d'abord prévu dans le Ve Amendement sous la forme du droit à une mise en accusation par *grand jury* pour tout crime fédéral ; le *grand jury*, qui peut comprendre jusqu'à 24 personnes, a pour principale fonction de décider, sur requête du procureur, si le prévenu doit être traduit en justice ou, au contraire, s'il

doit être relâché, les charges retenues contre lui n'étant pas suffisantes ; cette institution peut aussi, le cas échéant, rassembler des informations qui permettent de continuer la poursuite, mais elle ne peut pas juger. Le droit au jury est garanti ensuite en matière pénale par le VI<sup>e</sup> Amendement ; il s'agit ici du *petit jury*, c'est-à-dire du jury de jugement, composé d'une douzaine de personnes qui ont pour mission de garantir à l'accusé, « dans toutes les poursuites criminelles, [...] un jugement rapide et public par un jury impartial ». Enfin, le droit au jury est prévu, en matière civile, par le VII<sup>e</sup> amendement ; il s'agit ici encore du *petit jury*, donc du jury de jugement, qui se trouve garanti « dans les procès de *common law* où la valeur en litige excédera vingt dollars » (les procès de *common law* se distinguent des procès en *equity* ; ils s'entendent principalement des actions en responsabilité civile, surtout celles qui naissent des *torts* et qui couvrent les demandes de dommages-intérêts pour délits et quasi-délits). Pris au pied de la lettre, ces trois textes sont tous opposables au gouvernement fédéral, mais pas aux États. Vis-à-vis de ces derniers, ils ne le sont que dans la mesure où la Cour suprême a jugé qu'ils avaient été incorporés dans le droit au *due process of law* qui leur est opposable par l'effet du XIV<sup>e</sup> Amendement. Or, la Cour suprême a toujours refusé de les incorporer tous, et elle n'a rendu constitutionnellement obligatoire pour les États que le droit au jury de jugement dans les procès pour crimes punis d'une peine supérieure à six mois d'emprisonnement. Il en résulte que l'institution du jury connaît des modalités d'application très diverses selon les États.

b/ L'institution du jury, nature et fonctionnement Par « droit au jugement par jury », on entend toujours le *petit jury*, c'est-à-dire le jury de jugement. Le jury d'accusation sous forme de *grand jury* n'existe que dans moins de la moitié des États. Le jury de jugement est, en revanche, d'application générale en matière pénale (il est obligatoire pour certains crimes) et d'application quasi générale en matière civile (il y a quelques États qui ne le prévoient pas, mais ils sont rares ; d'autres ne le prévoient que pour certaines affaires).

En tant qu'institution judiciaire, le jury est lié au système de la procédure accusatoire que l'on oppose à celui de la procédure inquisitoire. Les deux systèmes se distinguent par la manière dont ils conçoivent la recherche de la vérité sur les faits à juger. Celui qui juge doit-il ou non y participer ? Dans le système accusatoire, la réponse est négative. La recherche de la vérité sur les faits à juger est soustraite au juge et remise aux mains des parties. Tel est l'essence du système américain du procès devant jury, le *trial*. Nul doute que débattre ouvertement devant un groupe de citoyens des circonstances de fait d'une affaire, leur exposer librement les différentes versions des parties, et leur demander de trancher entre elles à l'issue d'une confrontation à armes égales est une méthode d'administration de la justice particulièrement séduisante à l'époque démocratique que nous vivons. Elle permet à la justice de se faire au grand jour, de manière transparente, à la vue de tous.

L'institution du procès devant jury a toutefois ses exigences. Le principe du jugement par jury est de garantir au justiciable un *fair trial*, c'est-à-dire un procès qui soit « impartial », et moins comme on le croit souvent un procès « équitable ». Ce qui compte aux yeux des Américains, ce qui fait le procès « juste », ce n'est pas le résultat auquel il parvient, mais les moyens qu'il emploie. Si la procédure a été « *fair* », la sentence le sera aussi nécessairement. Pour ce faire, il n'y a pas de meilleur moyen aux yeux des Américains que de faire d'un groupe de citoyens le juge des faits tandis que le juge reste celui du droit. En pratique, le principe du jugement par jury exige que, durant tout le procès, le jury écoute, passif, les preuves qui sont rapportées devant lui par les parties, à l'aide des témoins qu'elles ont fait citer, puis se retire pour délibérer et rendre un verdict sur les faits qui soit impartial. Tout le système tourne autour de la nécessité de préserver une parfaite impartialité du jury. Aussi bien faut-il veiller, de bout en bout, à chaque stade du procès, à ce qu'aucun élément de partialité ne puisse s'y introduire.

Au stade de la composition du jury, qui s'opère par tirage au sort dans un groupe (*pool*) très large de citoyens composé par les juridictions à partir des listes électorales, des listes des titulaires du permis de conduire et d'autres sources, de manière à approcher au plus près la représentation de la communauté dans toute sa diversité, le juge et les avocats des parties se voient reconnaître le droit d'interroger les jurés potentiels au cours d'une procédure dite *voir dire*, selon un ancien terme français. Les avocats de chaque partie ont un droit de récusation très étendu qui peut s'exercer pour une raison précise (*for cause*), mais aussi de façon purement discrétionnaire sans qu'il soit nécessaire de fournir de motif précis (*peremptory challenge*).

Au stade du procès lui-même, la nécessité de maintenir une impartialité absolue du jury tout au long du procès a donné naissance, dans tous les pays de *common law*, à un corps de règles substantiel sur le droit de la preuve (*evidence*). Aux États-Unis, ce corps de règles a pris des proportions impressionnantes, presque gigantesques. Au civil comme au pénal, il est absolument essentiel que le jury ne soit pas influencé dans un sens plus que dans l'autre ; il ne peut donc pas entendre n'importe quoi ; il faut que les informations qu'on lui communique et les faits qu'on lui présente soient irréprochables. Conséquence obligée de l'administration des preuves devant un jury, le système accusatoire entretient une nette préférence pour la preuve orale, celle qui se rapporte par témoignage. La préférence pour la preuve orale a des conséquences capitales. En particulier, elle donne au témoin une importance décisive, pour ne pas dire dramatique. Le procès prend un aspect théâtral ; les témoins sont les acteurs d'une pièce qui se joue devant le jury et l'oralité exacerbe la confrontation des thèses en présence. Tout dépend de ce que le témoin va dire, de la manière dont il le dira et de l'impression qu'il fera sur le jury. « Voir » devient aussi important qu'« entendre ». Les paroles du témoin peuvent avoir une telle importance sur l'issue du verdict qu'il est exclu qu'on le laisse parler librement. Aucune d'entre elles ne peut être laissée au hasard ; toutes, mêmes les plus banales, doivent être amenées, conduites et dirigées par la partie qui espère en tirer avantage, mais aussi – pour que l'égalité des

armes entre les parties reste toujours la même - surveillées, contrôlées et éventuellement contestées par celle qui craint d'en souffrir. C'est pourquoi le procès américain est tout entier fait et ponctué par ces interrogatoires et contre-interrogatoires auxquels les avocats de chacune des parties soumettent les témoins et qui obéissent à un ensemble de règles savantes et compliquées tirées du droit de la preuve (*evidence*). Le respect des règles du droit de la preuve est assuré par le juge à la demande des avocats des parties ; c'est au juge qu'il appartient de décider de l'admission ou du rejet des objections qu'ils opposent aux déclarations des témoins.

Au cours du procès, les jurés ne peuvent pas intervenir; ils ne peuvent pas *a fortiori* poser des questions aux avocats (sauf dans des circonstances très particulières, et encore ne peuvent-ils le faire que par écrit et sous le contrôle du juge) ; ils ne peuvent même pas prendre de notes. L'obsession de l'impartialité nourrit contre eux une perpétuelle présomption de faillibilité qui les prive de l'accès à toutes les informations du procès. Les jurés ne connaissent seulement que les informations que les avocats jugent nécessaire de leur communiquer. D'autre part, pour présenter au jury une information aussi exacte que possible, la preuve par ouï-dire (*hearsay*), c'est-à-dire celle par laquelle un témoin rapporte les propos d'une tierce personne, est strictement interdite. Enfin, la preuve administrée devant le jury doit se rapporter exclusivement aux faits qui font l'objet du procès et aux personnes qui y sont directement parties. Dans un procès en responsabilité civile pour accident de voiture dirigé contre le conducteur du véhicule, le rappel des nombreux accidents déjà causés par celui-ci n'est pas recevable ; par contre, ce même rappel devient recevable si le procès est dirigé contre le propriétaire du véhicule dans la mesure où il sert à prouver l'imprudence de ce dernier qui a confié son véhicule à des mains manifestement inexpertes.

A l'issue du procès, le jury se retire pour délibérer. Le jury délibère seul, hors la présence du juge qui pourrait l'influencer. Néanmoins, le juge contrôle tout de même le jury au moins de deux



manières, d'une part, en définissant ce qui dans le litige ressort des questions de fait et des questions de droit, et d'autre part, en instruisant le jury des règles de droit applicables. Dans de nombreuses juridictions, ces instructions sont généralement préparées sous forme standardisée pour chaque type d'affaires de manière à ce que le juge n'ait pas à les établir chaque fois. En pratique, les avocats des parties interviennent presque toujours pour suggérer leurs propres instructions. Les instructions qui sont finalement communiquées au jury, généralement par voie orale, résultent souvent d'une combinaison entre les deux. Leur exposition par le juge peut durer une heure, voire plus.

c/ Le rôle du jury, bilan et perspectives d'avenir L'institution du jury a exercé une grande influence sur la société américaine. Tocqueville estimait que le jury était bien plus qu'une institution judiciaire qui exerçait une grande influence sur le sort des procès ; « il en exerce », écrivait-il, « une bien plus grande encore sur les destinées mêmes de la société », et d'ajouter : « Le jury est donc avant tout une institution politique ». Ces remarques étaient visionnaires.

Le jury a exercé « une grande influence sur le caractère national » des Américains. Comme l'avait annoncé Tocqueville, il a contribué à « répand[re] dans toutes les classes le respect pour la chose jugée et l'idée du droit ». Le service de juré est considéré par tous comme un important devoir civique. Servir comme juré représente aux yeux de l'opinion publique une composante essentielle de la citoyenneté aux États-Unis. Si les Américains sont si attachés au jury, s'ils le considèrent comme quelque chose d'unique dans leurs institutions, c'est bien sûr parce qu'il garantit à tout un chacun le droit d'être jugé par ses pairs. Cette perception est capitale pour ce qui concerne le jury criminel. Mais pour le jury civil d'autres éléments interviennent. Au civil, dans les affaires qui intéressent la société en général, le jury est le seul organe au sein duquel les citoyens se voient offrir la possibilité de participer directement à des décisions qui concernent le bien commun de la collectivité toute entière. C'est le jury qui draine vers les cours et tribunaux la solution de tous ces

grands problèmes de société que le législateur ne peut pas régler, tantôt parce qu'il n'en a pas le pouvoir, tantôt parce que les conditions politiques sont telles que ces problèmes ne peuvent pas recevoir de solution satisfaisante. Sans le jury, les grandes affaires qui touchent des millions d'Américains comme la sécurité des véhicules, la responsabilité du chef des produits défectueux, les méfaits du tabac, les abus causés par la liberté de porter des armes, ne seraient jamais allés devant les juridictions. Faute de pouvoir les résoudre par la voie législative, le peuple a avec le jury une chance de pouvoir les résoudre par la voie judiciaire. Il est bien certain que, dans cette logique, la possibilité pour les jurys d'infliger des dommages punitifs exorbitants est une condition décisive de l'efficacité du procédé.

Le jury a, d'autre part, grandement influencé la profession juridique, et singulièrement celle d'avocat. L'avocat américain a gagné, à la faveur de l'institution du jury, une position de prestige dans la société. C'est le jury qui a fait de lui la grande figure, la « star » du procès américain. Induite à l'origine par la logique du système accusatoire, l'emprise de l'avocat sur le procès américain n'a cessé de se renforcer au détriment dans certains cas de celle du juge. L'institution du jury lui a permis de devenir le maître des faits et c'est à partir de son habileté, de son art à les présenter à l'avantage de son client (d'aucuns diront à les manipuler...) qu'il a construit son prestige et sa réputation. Cette évolution qui était souhaitable au XIXe siècle à une époque où, bien souvent, la recherche de la vérité ne dépendait que des ressources de l'esprit humain, donc de facteurs subjectifs et fragiles, se trouve aujourd'hui ébranlée par l'élévation du niveau d'éducation de la population qui bouleverse l'idée reçue des capacités intellectuelles prétendument limitées du jury, et d'autre part, par l'apparition de la preuve scientifique qui rabaisse la preuve orale au rang de preuve accessoire. La figure du jury au XXIe siècle, sa liberté d'action par rapport aux avocats et son rôle dans le procès américain dépendra pour beaucoup de la mesure dans laquelle le droit de la preuve accueillera ces nouveaux éléments.

Aujourd'hui, le jury fait l'objet aux États-Unis d'une intense réflexion. Les raisons en sont complexes. L'une d'entre elles tient certainement à la composition des jurys. Au cours des années récentes, cours et tribunaux, au niveau fédéral comme au niveau des États, ont déployé de réels efforts pour élargir les listes à partir desquelles les jurés sont tirés au sort. Certains de ces efforts ont été la conséquence d'actions en justice intentées par des membres de catégories manifestement sous-représentées comme les femmes ou les minorités raciales. Des progrès ont été réalisés, mais plusieurs problèmes néanmoins subsistent. Parmi tous les problèmes qui pèsent sur la composition du jury, le plus débattu est celui qui naît du droit de l'avocat de récuser une personne tirée au sort pour siéger comme juré sans donner de justification (*peremptory challenge*). Il est aisé de voir que ce droit peut être source de graves abus, particulièrement s'il est exercé sur le fondement de préjugés raciaux ou sexuels. Certains ont proposé de le supprimer purement et simplement au motif qu'il serait incompatible avec une société authentiquement démocratique et de n'admettre que la récusation pour bonne cause. La suggestion a soulevé une tempête de protestations parmi les avocats.

La deuxième raison du malaise que connaît aujourd'hui l'institution du jury vient de ce qu'il n'apparaît pas comme particulièrement adapté pour traiter d'affaires complexes. Nombreux sont les juristes qui doutent des capacités des jurés à décider d'affaires compliquées comme celle qui font recours à des tests ADN ou qui intéressent Internet, la télévision par câble, etc. À dire vrai, ces problèmes ne sont pas insurmontables parce que, à l'exception de la matière criminelle dans laquelle le jugement par jury est obligatoire dans certains cas, il est le plus souvent possible de faire l'économie d'un procès devant jury par accord commun entre les parties, notamment en matière civile. Les avocats négocient d'ailleurs souvent entre eux cette possibilité.

Nonobstant ses imperfections, le jury reste une institution à laquelle les Américains sont très attachés. Personne n'en envisage sérieusement la suppression. Inscrit dans le *Bill of Rights*, le

droit au jugement par jury demeure une grande liberté américaine, la seule qui permette au pouvoir démocratique d'avoir sa place à l'intérieur du pouvoir judiciaire, si aristocratique par ailleurs.

# Conclusion

---

L'influence de la culture juridique américaine sur les systèmes juridiques contemporains n'est pas douteuse. Dénoncée par les uns, bien accueillie et même encouragée par les autres, cette influence doit beaucoup à la position exceptionnelle des États-Unis comme seule superpuissance dans les grands équilibres mondiaux. Elle bénéficie aussi des instruments de propagande très efficaces que constituent les moyens audio-visuels (films, séries télévisées). Mais il faut bien reconnaître que la culture juridique américaine n'exercerait pas un si grand pouvoir de séduction sur les esprits si les messages qu'elle véhicule et les solutions qu'elle offre ne répondaient aux attentes des sociétés prétendument victimes de son influence. L'élément décisif est que, pour qui le regarde de l'extérieur, au travers des représentations cinématographiques et télévisuelles qu'en donnent les médias, le droit des États-Unis séduit et attire parce qu'il apparaît comme la quintessence de la modernité. Partout là où il s'élabore et se fait (assemblées d'électeurs, assemblées d'administrés, assemblées de citoyens, assemblées d'actionnaires) comme là où il s'applique et se dit (prétoires des cours de justice où siège passif, mais souverain, le jury populaire), partout le droit américain met en scène le peuple et les citoyens ; ce faisant, il répond aux yeux du grand public aux demandes, aux besoins et aux espoirs d'une société démocratique, égalitaire et individualiste comme sont ou aspirent à l'être toutes les sociétés contemporaines.

Sa vitalité démocratique mis à part, le droit des États-Unis est en réalité peu connu du grand public et même de l'immense majorité des juristes. Les juristes français tireraient toutefois grand profit d'une étude plus serrée des principes fondamentaux du droit américain, surtout en ce début de siècle où la France est engagée dans un processus d'unification quasi fédérale du continent européen, voisin à première vue, de celui qu'ont connu les États-Unis au XIXe siècle. De tous

les fédéralismes existants aujourd'hui, le fédéralisme américain est certainement le plus achevé parce que c'est le seul qui superpose deux niveaux de gouvernement dans les trois fonctions de l'État (législative, exécutive et judiciaire), de sorte que celui-ci est, pour ainsi dire, tout à la fois partout et nulle part, puisque toujours sur deux niveaux. C'est ce modèle de fédéralisme qui a fait du droit des États-Unis un ensemble infiniment complexe, travaillé de toutes sortes de tensions et de contradictions, et toujours en devenir, à l'image de la société qu'il gouverne.

# Bibliographie

---

## I. Ouvrages

Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 7th ed., New York, Oxford University Press, 1998.

Bernard Bailyn (et al.), *The Great Republic: A History of the American People*, Lexington, Mass., D.C. Heath, 1985.

Edgar Bodenheimer, *An Introduction to the Anglo-American Legal System: Readings and Cases*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, Minn., West Group, 1988.

William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999.

Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État, De la démocratie en France et en Amérique*, PUF, 1985

René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 5<sup>e</sup> ed., Dalloz, 1973

E. Allan Farnsworth, *An Introduction to the Legal System of the United States*, 3rd ed., New York, Oceana Publications, 1996.

*The Federalist Papers*, A collection of essays written in support of the Constitution of the United States; from the original text of Alexander Hamilton, James Madison, John Jay [Roy P. Fairfield (ed.)], Baltimore, John Hopkins University Press, 1981 [Trad. française G. Jèze, réed. Economica, 1984].

Lawrence M. Friedman, *History of American Law*, 2<sup>nd</sup> ed., New York, Simon & Shuster, A Touchstone Book, 1985.

Lawrence M. Friedman, *The Republic of Choice, Law, Authority and Culture*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

Peter Herzog, États-Unis d'Amérique [Mariage, Divorce, Régimes matrimoniaux ; Filiation ; Droit international privé], *Editions du Juris-Classeur*, Droit comparé, fasc. 1, 1998.

Denis Lacorne, *L'invention de la République : le modèle américain*, Paris, Hachette, 1991.

André Levasseur, *Droit des États-Unis*, 2<sup>e</sup> ed., Dalloz, 1997

Arthur T. von Mehren, *Law in the United States*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987.

Abner J. Mikva & Eric Lane, *An Introduction to Statutory Interpretation and the Legal Process*, New York, Aspen Law & Business, 1997.

William D. Popkin, *Statutes in Court, The History and Theory of Statutory Interpretation*, Durham, Duke University Press, 1999.

Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven, Yale University Press, 1990.

Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 2 vols., GF Flammarion, 1981

André Tunc, *Le droit des États-Unis d'Amérique, Sources et techniques*, Dalloz, 1955.

Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969.

Élisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, coll. « Grands arrêts », Dalloz, 2010

## II. Jurisprudence citée

Les arrêts soulignés sont traduits et commentés dans Elisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, coll. « Grands arrêts », 2010 (ci-après GACSEU).

*Barron v. Baltimore*, 32 US (7 Pet) 243 (1833), GACSEU, arrêt n° 5, p. 95 s.

*Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954) GACSEU, arrêt n° 19, p. 285 s.

*Carter v. Carter Coal Co.*, 298 US 238 (1936)

*Cobens v. Virginia*, 19 US (16 Wheat.) 264 (1821) GACSEU, arrêt n° 3, p. 56 s.

*Dred Scott v. Sandford*, 60 US (19 How.) 393 (1856)

*Erie Railroads v. Tompkins*, 304 US 64 (1938), GACSEU, arrêt n° 16, p. 250 s.

*Gibbons v. Ogden*, 22 US (9 Wheat.) 1 (1824) GACSEU, arrêt n° 4, p. 72 s.

*Holy Trinity Church v. United States*, 143 US 457 (1892)

*International Shoe v. Washington*, 326 US 310 (1945)

*Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) GACSEU, arrêt n° 8, p. 140 s.

*Marbury v. Madison*, 5 US (1 Cranch) 137 (1803) GACSEU, arrêt n° 1, p. 1 s.

*Martin v. Hunter's Lessee*, 14 US (1 Wheat.) 304 (1816)



*McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316 (1819) GACSEU, arrêt n° 2, p. 29 s.

*Medtronic, Inc. v. Lohr*, 518 US 470 (1996)

*National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 US 679 (1978)

*Pacific Gas & Elec. Co. v. State Energy Resources Conservation & Dev. Comm'n*, 461 US 190 (1983)

*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992), GACSEU, arrêt n° 47, p. 729 s.

*Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896)

*Printz v. United States*, 521 US 98 (1997)

*Schechter Poultry Corp. et al. v. United States*, 295 US 495 (1935) GACSEU, arrêt n° 11, p. 176 s.

*Swift v. Tyson*, 41 US (16 Pet.) 1 (1842)

*Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 US 448 (1962)

*United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977)

*United Steelworkers of America, AFL-CIO-CLC v. Weber*, 443 US 193 (1979)

# Table des matières

---

Sommaire

Introduction

Chapitre I – Les fondements historiques

I – La période coloniale

II – La formation d'une Nation

A La proclamation des « Etats-Unis »

B La « Constitution » des Etats-Unis

C Une « Union indestructible d'Etats indestructibles » (1789-1869)

1 Le débat initial sur les pouvoirs du gouvernement fédéral 2 L'épreuve de force entre les Etats et le gouvernement fédéral

III La consolidation de l'Etat fédéral

A La révolution des bases constitutionnelles du droit des Etats-Unis

B L'ère du « gouvernement des juges »

IV Le droit des Etats-Unis au XXe siècle

A L'irrésistible croissance du gouvernement fédéral

B Le droit des Etats-Unis après 1945

Chapitre II – La structure fédérale

I Le droit des Etats

A Organisation constitutionnelle des Etats

B Organisation judiciaire des Etats

II Le droit fédéral

A Organisation constitutionnelle fédérale

1 Le pouvoir législatif 2 Le pouvoir exécutif 3 Le pouvoir judiciaire

B Organisation judiciaire fédérale

1 Les cours fédérales inférieures 2 La Cour suprême des Etats-Unis

III Les rapports entre droit fédéral et droit des Etats

A Rapports verticaux

1 Les pouvoirs législatifs concurrents 2 Les pouvoirs juridictionnels concurrents

B Rapports horizontaux

Chapitre III – L'héritage de la *common law*

I Les sources du droit

A La *common law*

1 La *common law* fédérale 2 La *common law* des Etats

B La hiérarchie des sources du droit

II Le pouvoir des juges

A Le pouvoir des juges sur la Constitution

1 Origines 2 Evolution 3 Limites

B Le pouvoir des juges sur les lois

1 Les traditions de la *common law* 2 Le juge américain et les lois

## Chapitre IV – Le pouvoir démocratique

### I Le pouvoir démocratique et la formation du droit

A La fonction législative

B La fonction réglementaire

### II Le pouvoir démocratique et l'application du droit

A La fonction exécutive

B La fonction judiciaire

1 La sélection des juges 2 Le procès américain et le rôle du jury

Conclusion

Bibliographie

Table des matières