



TRAVAUX DIRIGÉS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

Cours de : M. le Prof. Philippe **COSSALTER**

Chargés de TD : Dr. Maria **KORDEVA**

M. Jean **FAIVRE**

Année universitaire 2021/ 2022 – Licence L1 – S1

SÉANCE n°4

LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

I. DOCUMENTS

Document n°1 : Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue du Droit public*, 1928, pp. 197- 257 (extraits).

Document n°2 : Cour suprême des États-Unis, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 du 24 février 1803 in Élisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, pp. 2-13 (extraits).

Document n°3 : Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, pp. 9-23.

II. EXERCICE

Vous commenterez (plan détaillé) l'arrêt *Marbury v. Madison* rendu par la Cour suprême des États-Unis le 24 février 1803 (document n°3).

Document n°1 : Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *Revue du Droit public*, 1928, p. 197- 257 (extraits).

I. – Le problème juridique de la régularité.

1. – La garantie juridictionnelle de la Constitution – la justice constitutionnelle – est un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques. Ces fonctions ont-elles-mêmes un caractère juridique : elles consistent en actes juridiques. Ce sont ou des actes de création de droit, c'est-à-dire de normes juridiques, ou des actes d'exécution de droit créé, c'est-à-dire de normes juridiques posées. (...)

La Constitution réglant pour l'essentiel la confection des lois, la législation est, vis-à-vis d'elle, application du droit. (...)

La liberté du législateur, qui n'est subordonné qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand. A chaque degré que l'on descend, le rapport de liberté à limitation se modifie en faveur du second terme : la part de l'application augmente ; celle de la libre création diminue.

2. – Chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur.

L'idée de régularité s'applique à chaque degré dans la mesure où il est application ou reproduction du droit. Car la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. Ce n'est pas seulement dans le rapport des actes d'exécution matérielle (...) aux normes individuelles – décision administrative et jugement, – ou encore de ces actes-ci d'exécution (...) aux normes générales légales ou réglementaires que l'on peut postuler la régularité et des garanties techniques propres à l'assurer, mais aussi dans les rapports du règlement à la loi et de la loi à la Constitution. Des garanties et de la légalité des règlements et de la constitutionnalité des lois sont donc aussi concevables que des garanties de la régularité des actes juridiques individuels.

Garanties de la Constitution signifie donc : garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois. (...)

II. – La notion de Constitution

4. – La question de la garantie et du mode de garantie de la Constitution, c'est-à-dire de la régularité des degrés de l'ordre juridique qui lui sont immédiatement subordonnés, présuppose, pour être résolue, une notion claire de la Constitution. (...)

A travers les multiples transformations qu'elle a subies, la notion de Constitution a conservé un noyau permanent : l'idée d'un principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre. De quelque façon qu'on détermine la Constitution toujours c'est le fondement de l'Etat, la base de l'ordre juridique que l'on prétend à saisir. Ce qu'on entend avant tout et toujours par Constitution – et la notion coïncide à cet égard avec celle de forme de l'Etat –, c'est un principe où s'exprime juridiquement l'équilibre des forces politiques au moment considéré, c'est la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques, – tribunaux et autorités administratives. Cette règle de la création des normes juridiques

essentielles de l'Etat, la détermination des organes et de la procédure de la législation forme la Constitution au sens propre, originaire et strict du mot. Elle est la base indispensable des normes juridiques qui règlent la conduite réciproque des membres de la collectivité étatique, de même que celles qui déterminent les organes nécessaires pour les appliquer et les imposer, et la façon dont ils procéderont, c'est-à-dire, en somme, l'assise fondamentale de l'ordre juridique.

D'où l'idée de lui assurer la plus grande stabilité possible, de différencier les normes constitutionnelles des normes légales, en en soumettant la révision à une procédure spéciale, comportant des conditions plus difficiles à réunir. Ainsi apparaît la distinction de la forme constitutionnelle et de la forme légale ordinaire. A la limite, seule la Constitution, au sens strict et propre du mot, est revêtue de cette forme spéciale, ou – comme on s'exprime habituellement, sinon heureusement – la Constitution au sens matériel coïncide avec la Constitution au sens formel. (...)

1° La juridiction constitutionnelle.

9. – Il n'est pas d'hypothèse de garantie de la régularité où l'on pourrait davantage que dans celle de la garantie de la Constitution, être tenté de confier l'annulation des actes irréguliers à l'organe même qui les a faites. Et en aucun cas, cette procédure ne serait précisément plus contre-indiquée. Car la seule forme où on y pourrait voir dans une certaine mesure une garantie efficace de la constitutionnalité – déclaration de l'irrégularité par un tiers organe et obligation pour l'organe auteur de l'acte irrégulier de l'annuler – est ici impraticable, parce que le Parlement ne peut, par nature, être obligé de façon efficace. Et ce serait une naïveté politique de compter qu'il annulerait une loi votée par lui pour la raison qu'une autre instance l'aurait déclarée inconstitutionnelle. L'organe législatif se considère dans la réalité comme un créateur libre du droit et non comme un organe d'application du droit, lié par la Constitution, alors qu'il l'est théoriquement, bien que dans une mesure relativement restreinte. Ce n'est donc pas sur le Parlement lui-même que l'on peut compter pour réaliser sa subordination à la Constitution. C'est un organe différent de lui, indépendant de lui et par conséquent aussi de toute autre autorité étatique qu'il faut charger de l'annulation des actes inconstitutionnels – c'est-à-dire une juridiction ou un tribunal constitutionnel.

A ce système, on adresse ordinairement certaines objections. La première est, naturellement, qu'une telle institution serait incompatible avec la souveraineté du Parlement. Mais – abstraction faite de ce qu'il ne peut pas être question de la souveraineté d'un organe étatique particulier, la souveraineté appartenant tout au plus à l'ordre étatique lui-même – cet argument s'écroule par cela seul que l'on doit reconnaître que la Constitution règle en somme la procédure de la législation, de la même manière exactement que les lois la procédure des tribunaux et des autorités administratives ; que la législation est subordonnée à la Constitution, absolument comme la justice et l'administration le sont à la législation, et que, par suite, le postulat de la constitutionnalité des lois est, théoriquement comme techniquement, absolument identique au postulat de la légalité de la juridiction et de l'administration. Si, contrairement à ces vues, on continue d'affirmer l'incompatibilité de la justice constitutionnelle avec la souveraineté du législateur, c'est simplement pour dissimuler le désir de la puissance politique qui s'exprime dans l'organe législatif de ne pas se laisser – en contradiction patente avec le droit positif – limiter par les normes de la Constitution. Mais, même si on approuve cette tendance pour des raisons d'opportunité, il n'est pas d'argument juridique dont elle puisse s'autoriser.

Il n'en va pas très différemment de la seconde objection, que l'on tire du principe de la séparation des pouvoirs. Certes, l'annulation d'un acte législatif par un organe autre que l'organe législatif lui-même constitue bien un empiètement sur le « pouvoir législatif » comme l'on s'exprime couramment. Mais le caractère très problématique de cette argumentation apparaît si l'on considère que l'organe à qui est confiée l'annulation des lois inconstitutionnelles, même s'il reçoit – par l'indépendance de ses membres

– l’organisation d’un tribunal, n’exerce cependant pas véritablement une fonction juridictionnelle. Pour autant que l’on puisse les distinguer, la différence entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative, consiste avant tout en ce que celle-ci crée des normes générales, tandis que celle-là ne crée que des normes individuelles¹. Or annuler une loi, c’est poser une norme générale ; car l’annulation d’une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n’étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d’annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l’annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme empiètement sur le pouvoir législatif. Or, dans ce cas, on ne parle généralement pas d’une violation du principe de la séparation des pouvoirs, comme, par exemple, lorsque, dans les Constitutions des monarchies constitutionnelles, la législation est confiée en principe au Parlement conjointement avec le monarque, mais que, dans certaines hypothèses exceptionnelles, le monarque a, conjointement avec les ministres, le droit d’édicter des ordonnances qui dérogent aux lois. Cela nous entraînerait trop loin d’examiner ici les motifs politiques d’où est née toute cette doctrine de la séparation des pouvoirs, quoique ce soit la seule façon de faire apparaître le sens véritable de ce principe, fonction de l’équilibre des forces politiques dans la monarchie constitutionnelle. Si l’on veut le maintenir dans la République démocratique, seule peut raisonnablement être prise en considération celle de ces différentes significations qu’exprime mieux que celle de séparation l’expression division des pouvoirs, c’est-à-dire l’idée de la répartition de la puissance entre différents organes, non pas tant pour les isoler réciproquement que pour permettre un contrôle réciproque des uns sur les autres. Et cela, non seulement pour empêcher la concentration d’un pouvoir excessif entre les mains d’un seul organe – concentration qui serait dangereuse pour la démocratie –, mais encore pour garantir la régularité du fonctionnement des différents organes. Mais alors l’institution de la justice constitutionnelle n’est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation.

La question de savoir si l’organe appelé à annuler les lois inconstitutionnelles peut être un tribunal est par suite sans portée.

Son indépendance vis-à-vis du Parlement comme vis-à-vis du gouvernement est un postulat évident. Car ce sont précisément le Parlement et le gouvernement qui doivent être, en tant qu’organes participant à la procédure législative, contrôlés par la juridiction constitutionnelle. (...) L’annulation d’une loi se produit essentiellement en application des normes de la Constitution. La libre création qui caractérise la législation fait ici presque complètement défaut. Alors que le législateur n’est lié par la Constitution que relativement à sa procédure, d’une façon exceptionnelle seulement par des principes ou directions générales, l’activité du législateur négatif au contraire, de la juridiction constitutionnelle, est absolument déterminée par la Constitution. Et c’est précisément par là que sa fonction ressemble à celle de tout autre tribunal en général ; elle est principalement application, dans une faible mesure seulement création du droit ; elle est par suite véritablement juridictionnelle.

On ne peut pas à cet égard proposer une solution uniforme pour toutes les Constitutions possibles : l’organisation de la juridiction constitutionnelle devra se modeler sur les particularités de chacune d’entre elles. Voici cependant quelques considérations de portée et valeur générales : le nombre de ses membres ne devra pas être trop élevé, étant donné que sur des questions de droit qu’elle est appelée essentiellement à se prononcer, qu’elle doit remplir une mission purement juridique d’interprétation de la Constitution. Parmi les modes de recrutement particulièrement typiques, on ne saurait prôner sans réserves ni la simple

¹ On peut négliger ici le fait que même cette distinction n’est pas une distinction de principe et qu’en particulier le législateur – spécialement le Parlement – peut poser aussi des normes individuelles.

élection par le Parlement, ni la nomination exclusive par le chef de l'Etat ou par le gouvernement. (...) Il est de la plus grande importance d'accorder dans la composition de la juridiction constitutionnelle une place adéquate aux juristes de profession. (...) il est également important d'exclure de la juridiction constitutionnelle les membres du Parlement ou du gouvernement, puisque ce sont précisément leurs actes qu'elle doit contrôler. Il est aussi difficile qu'il serait désirable d'écarter toute influence politique de la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle. On ne peut nier que les spécialistes peuvent aussi – consciemment ou inconsciemment – se laisser déterminer par des considérations politiques.

2° L'objet du contrôle de la constitutionnalité.

10. – I. Ce sont les lois arguées d'inconstitutionnalité qui forment le principal objet de la justice constitutionnelle.

Par lois, il faut entendre les actes ainsi dénommés des organes législatifs, c'est-à-dire dans les démocraties modernes des Parlements centraux ou – s'il s'agit d'un Etat fédéral – locaux.

Doivent être soumis au contrôle de la juridiction constitutionnelle tous les actes qui accusent la forme des lois, même s'ils ne contiennent que des normes individuelles, et, par exemple, le budget ou toutes autres actes où la doctrine traditionnelle incline, pour une raison quelconque, à voir, en dépit de leur forme de loi, de simples actes administratifs. Le contrôle de leur régularité ne peut être confié à aucune autre instance que la juridiction constitutionnelle. Mais même la constitutionnalité d'autres actes du Parlement, qui ont d'après la Constitution caractère obligatoire sans revêtir nécessairement la forme des lois (...) et autres actes semblables doit pouvoir être vérifiée par la juridiction constitutionnelle.

De même encore, tous les actes qui prétendent à valoir comme lois, mais qui ne le sont pas en raison du défaut d'une condition essentielle quelconque – à supposer naturellement qu'ils ne soient pas entachés de nullité absolue, auquel cas ils ne pourraient pas faire l'objet d'une procédure de contrôle – ainsi que les actes qui ne prétendent pas à être des lois, mais qui auraient dû l'être d'après la Constitution, et qui – par exemple afin de les soustraire au contrôle de constitutionnalité – ont été inconstitutionnellement revêtus d'une autre forme, soit votés par le Parlement comme simples résolutions non publiées, soit publiées comme simples règlements. Dans le cas, par exemple, où la juridiction constitutionnelle n'aurait à contrôler la constitutionnalité que des lois et où le gouvernement, ne pouvant obtenir le vote d'une loi, réglerait par voie de règlement une matière qui, d'après la Constitution, ne peut l'être que par voie législative, ce règlement qui tiendrait inconstitutionnellement lieu de loi devrait pouvoir être attaqué devant la juridiction constitutionnelle.

11. – II. La compétence de la juridiction constitutionnelle ne doit pas se limiter au contrôle de la constitutionnalité des lois.

Elle doit s'étendre d'abord aux règlements ayant force de loi, actes immédiatement subordonnés à la Constitution et dont la régularité consiste exclusivement – on l'a déjà indiqué – en leur constitutionnalité. (...)

15. – VI. Il semble aller de soi que le tribunal constitutionnel ne peut juger que des normes encore en vigueur au moment où il rend une décision. (...)

L'annulation d'une norme inconstitutionnelle par la juridiction constitutionnelle – on songe ici encore principalement aux normes générales – n'est à la rigueur nécessaire que lorsqu'elle est plus récente que la Constitution. Car, s'il s'agit d'une loi antérieure à la Constitution et en contradiction avec elle, celle-ci y déroge, en vertu du principe de la *lex posterior* ; il paraît donc superflu et même logiquement impossible de l'annuler. (...)

3° Le critère du contrôle de constitutionnalité.

Quel sera le critère qu'appliquera la juridiction constitutionnelle dans l'exercice de son contrôle ? Quelles normes devra-t-elle mettre à la base de ses décisions ? (...)

Il va de soi que, pour les actes immédiatement subordonnés à la Constitution, c'est leur constitutionnalité, pour les actes qui ne lui sont que médiatement subordonnés, c'est leur légalité qui doit être contrôlée, ou, plus généralement, que pour tout acte, c'est sa conformité aux normes du degré supérieur qui doit être vérifiée. Il va également de soi que le contrôle doit porter aussi bien sur la procédure selon laquelle l'acte a été élaboré que sur son contenu, si les normes du degré supérieur contiennent des dispositions sur ce point aussi.

4° Le résultat du contrôle de constitutionnalité.

(...) il est nécessaire, si l'on veut que la Constitution soit efficacement garantie, que l'acte soumis au contrôle du tribunal constitutionnel soit directement annulé par son arrêt même, au cas où il est reconnu irrégulier. (...)

V. – La signification juridique et politique de la justice constitutionnelle.

22. – Une Constitution à laquelle la garantie de l'annulabilité des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire, au sens technique. Bien que l'on n'en ait en général pas conscience – parce qu'une théorie juridique dominée par la politique ne permet pas de prendre cette conscience –, une Constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particuliers les lois inconstitutionnelles restent aussi valables – leur inconstitutionnalité ne permettant pas de les annuler – équivaut à peu près, du point de vue proprement juridique, à un vœu sans force obligatoire. (...) Ce faible degré de force obligatoire réelle est en désaccord radical avec l'apparence de fermeté allant jusqu'à la fixité que l'on confère à la Constitution en soumettant sa révision à des conditions renforcées. Pourquoi tant de précautions, si les normes de la Constitution bien que presque immodifiables, sont en réalité presque sans force obligatoire ? (...) La Constitution dit sans doute dans son texte et veut dire que les lois ne doivent être élaborées que de telle ou telle façon et qu'elles ne doivent pas avoir tel ou tel contenu : mais admettant que les lois inconstitutionnelles seront aussi valables, elle signifie en réalité que les lois peuvent être faites d'une autre façon et leur contenu se heurter aux limites assignées ; car les lois inconstitutionnelles ne peuvent elles aussi être valables qu'en vertu d'une règle de la Constitution ; elles doivent être, elles aussi, d'une façon quelconque constitutionnelles, puisque valables. Mais cela signifie que la procédure législative expressément indiquée dans la Constitution et les directions qui y sont posées ne sont pas, en dépit des apparences, des dispositions exclusives, mais seulement alternatives. (...)

(...) la justice constitutionnelle a aussi une importance spéciale, qui varie selon les traits caractéristiques de la Constitution considérée. Cette importance est de tout premier ordre pour la République démocratique, dont les institutions de contrôle sont une condition d'existence. Contre les attaques diverses, en partie justifiées, qui sont actuellement dirigées contre elle, cette forme d'Etat ne peut mieux se défendre qu'en organisant toutes les garanties possibles de la régularité des fonctions étatiques. Plus elles se démocratisent, plus le contrôle doit y être renforcé. La justice constitutionnelle doit être aussi appréciée de ce point de vue. En assurant la confection constitutionnelle des lois et en particulier aussi leur constitutionnalité matérielle, elle est un moyen de protection efficace de la minorité contre les empiètements de la majorité. (...) Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propice à réaliser cette idée. La simple menace du recours au tribunal constitutionnel

peut être entre les mains de la minorité un instrument propre à empêcher la majorité de violer inconstitutionnellement ses intérêts juridiquement protégés et à s'opposer par là, en dernière analyse, à la dictature de la majorité, qui n'est pas moins dangereuse pour la paix sociale que celle de la minorité. (...)

Document n°2 : *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 du 24 février 1803 in Elisabeth Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 2-13 (extraits).

FAITS

Après sa défaite aux élections de novembre 1800, le parti fédéraliste, qui était aux affaires depuis dix ans, ne se résolut point à l'idée de ne plus jouer de rôle dans le fonctionnement de l'État. Dans l'intervalle de temps qui restait à courir jusqu'en mars, date de la passation des pouvoirs au parti républicain, il décida de s'assurer le contrôle du pouvoir judiciaire. Moins d'un mois avant la fin de la législature, le Congrès qu'il contrôlait vota en catastrophe une loi qui créait de nouveaux tribunaux dans lesquels le président fédéraliste sortant, John Adams, nomma quelques dizaines de juges de manière à peupler les cours fédérales de magistrats acquis aux idées plutôt centralisatrices de son parti.

William Marbury faisait partie de la fournée de nouveaux juges. La loi entrée en vigueur, il avait été nommé juge de paix dans le District de Columbia. Sa nomination par le Président sortant ayant été confirmée par le Sénat, il aurait dû, en principe, être en fonctions quand le nouveau Président élu, Thomas Jefferson, s'installerait au pouvoir. (...) Dans la précipitation de leur dernier jour au pouvoir, et nonobstant la célérité déployée jusqu'à des heures avancées de la nuit par les services de John Marshall – alors, secrétaire d'État dans l'administration du Président Adams, mais déjà nommé pour devenir Président de la Cour suprême à l'expiration de ses fonctions – l'administration sortante n'eut pas le temps de notifier à tous les nouveaux juges leurs actes de nomination. Plusieurs d'entre eux, dont William Marbury, ne reçurent pas le précieux document et ne purent donc prendre leurs fonctions.

(...) sitôt investi dans ses fonctions, le Président Thomas Jefferson ordonna d'arrêter la procédure de notification de leurs actes de nomination aux nouveaux juges. Les intéressés estimèrent que c'était un abus de pouvoir et ils réclamèrent leurs actes. À la fin de 1801, n'ayant toujours rien reçu en dépit de demandes répétées, Marbury et quelques-uns de ses collègues décidèrent de porter leur affaire devant la Cour suprême. Ils lui demandèrent de prendre une ordonnance d'injonction (*mandamus*) contre le nouveau secrétaire d'État, James Madison, lui ordonnant de s'exécuter en envoyant les actes de nominations (...). La Cour notifia la requête au défendeur, lui enjoignant de lui indiquer les raisons pour lesquelles l'injonction sollicitée ne devrait pas lui être adressée. Madison ignore la demande de la Cour suprême et refusa de comparaître devant elle pour s'expliquer.

OPINION DE LA COUR

(Marshall, Président)

(...) La loi qui établit les cours judiciaires des États-Unis autorise la Cour suprême « à adresser des ordonnances d'injonction à n'importe quelle cour ou à n'importe quelle personne exerçant une fonction officielle, et placées sous l'autorité des États-Unis, dans toutes les affaires où les principes et les usages du droit le justifient ».

Le secrétaire d'État, étant une personne exerçant une fonction officielle et étant placé sous l'autorité des États-Unis, correspond très précisément à la lettre du texte. Si la Cour se trouvait ne pas pouvoir adresser d'injonctions à une telle autorité, ce ne pourrait être que parce que la loi est

inconstitutionnelle et, par conséquent, insusceptible à tous égards de conférer le pouvoir et la mission qu'elle s'est proposée de conférer en termes exprès.

La Constitution a remis la plénitude du pouvoir judiciaire des États-Unis à une Cour suprême, et à telles cours inférieures qu'il plaira au Congrès d'établir au gré des besoins. Ce pouvoir s'étend expressément à toutes les affaires survenant sous l'empire des lois des États-Unis. Il en résulte que, d'un certain point de vue, il est susceptible d'être exercé dans la présente affaire parce que le litige porte sur un droit qui a été conféré par une loi des États-Unis.

Dans la mise en œuvre de ce pouvoir, il est prévu que « la Cour suprême aura juridiction de premier degré dans toutes les affaires relatives aux ambassadeurs, autres ministres étrangers et consuls, et dans toutes celles dans lesquelles un État est partie. Dans toutes les autres affaires, la Cour suprême aura juridiction d'appel ». (...)

S'il avait été dans les intentions des auteurs du texte de laisser à l'entière discrétion du Congrès la distribution de la compétence judiciaire entre la Cour suprême et les cours inférieures, il aurait été inutile d'aller au-delà d'une définition des pouvoirs judiciaires et des tribunaux dans le sein desquels ils devaient être logés. Si telle est l'interprétation qu'il convient de retenir, alors tout le reste de l'article est superfétatoire et dénué de toute signification. Si le Congrès conserve le pouvoir de conférer à la Cour une juridiction d'appel là où la Constitution a prévu qu'il ne pouvait s'agir que d'une juridiction de premier degré et une juridiction de premier degré là où la Constitution ne parle que de juridiction d'appel, alors la distribution des compétences judiciaires effectuée par la Constitution n'est qu'une coquille vide. (...)

La question de savoir si un acte contraire à la Constitution peut devenir la loi du pays est une question d'intérêt fondamental pour les États-Unis mais, heureusement, pas d'une difficulté proportionnée à son intérêt. Pour la résoudre, il n'est besoin que de rappeler certains principes depuis longtemps fermement établis.

Que le peuple ait le droit originaire d'établir son futur gouvernement sur les principes qui, d'après lui, permettront d'atteindre son bonheur, est le fondement sur lequel repose toute la société américaine. La mise en œuvre de ce droit originaire exige une grande énergie et, de ce chef, ne peut, ni ne doit être répétée fréquemment. Aussi bien les principes qui sont ainsi établis sont-ils considérés comme fondamentaux. Et comme l'autorité dont ils émanent est suprême, et ne peut agir qu'exceptionnellement, les principes en question sont conçus pour être permanents.

La volonté originaire et suprême organise le gouvernement, et assigne aux différents pouvoirs leurs compétences respectives. Elle peut soit s'arrêter là, soit établir des limites que ces pouvoirs ne devront pas dépasser.

Le gouvernement des États-Unis ressort du deuxième modèle. Les compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la constitution est écrite. À quoi servirait-il que ces pouvoirs soient limités et que ces limites soient écrites si ces dites limites pouvaient, à tout moment, être outrepassées par ceux qu'elles ont pour objet de restreindre ? Lorsque ces limites ne s'imposent pas aux personnes qu'elles obligent et lorsque les actes interdits et les actes permis sont également obligatoires, il n'y a plus de différence entre un pouvoir limité et un pouvoir illimité. C'est une proposition trop simple pour être contestée que soit la constitution l'emporte sur la loi ordinaire qui lui est contraire, soit le pouvoir législatif peut modifier la constitution au moyen d'une loi ordinaire.

Entre ces deux possibilités, il n'y a pas de troisième voie. Ou la constitution est un droit supérieur, suprême, inaltérable par des moyens ordinaires ; ou elle est sur le même plan que la loi ordinaire et, à l'instar des autres lois, elle est modifiable selon la volonté de la législature.

Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la constitution n'est pas du droit ; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité.

Il est certain que ceux qui élaborent les constitutions écrites les conçoivent comme devant former le droit fondamental et suprême de la nation, et que, par conséquent, le principe d'un tel gouvernement est qu'un acte législatif contraire à la constitution est nul.

Ce principe est consubstantiel à toute constitution écrite et doit, par conséquent, être considéré par cette Cour comme l'un des principes fondamentaux de notre société. Il ne faut donc pas le perdre de vue dans la poursuite de l'examen du sujet.

Si un acte législatif, contraire à la constitution, est nul, doit-il, nonobstant sa nullité, être considéré comme liant les juges et oblige-t-il ceux-ci à lui donner effet ? Ou, en d'autres termes, bien qu'il ne soit pas du droit, constitue-t-il une règle qui serait en vigueur comme s'il en était ? Ce serait renverser en fait ce qui est établi en théorie ; et cela constituerait, à première vue, une absurdité trop énorme pour qu'on y insistât. Il faut pourtant y consacrer une réflexion plus attentive.

C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. Ceux qui appliquent une règle de droit à des cas particuliers doivent nécessairement expliquer et interpréter cette règle. Lorsque deux lois sont en conflit, le juge doit décider laquelle des deux s'applique.

Dans ces conditions, quand une loi est en opposition avec la constitution et que la loi comme la constitution s'appliquent à un cas particulier de telle sorte que le juge doit, ou bien décider de l'affaire conformément à la loi et écarter la constitution, ou bien en décider conformément à la constitution et écarter la loi, le juge doit dire laquelle des deux règles en conflit gouverne l'affaire. C'est l'essence même du devoir judiciaire.

Si donc les juges doivent tenir compte de la constitution, et si la constitution est supérieure à la loi ordinaire, c'est la constitution, et non la loi ordinaire, qui régit l'affaire à laquelle toutes les deux s'appliquent.

Ceux qui contestent le principe selon lequel la constitution doit être tenue par le juge comme une loi suprême, en sont donc réduits à la nécessité de soutenir que les juges doivent ignorer la constitution, et n'appliquer que la loi.

Mais cette doctrine minerait les fondements mêmes de toutes les constitutions écrites. Elle reviendrait à dire qu'un acte qui, selon les principes et la théorie de notre gouvernement, est radicalement nul, est néanmoins, en pratique, obligatoire en tous points. Elle admettrait que, si le pouvoir législatif venait à faire ce qui est expressément défendu, cet acte, nonobstant l'interdiction absolue, serait en réalité effectif. Elle donnerait en pratique au pouvoir législatif une omnipotence sans limites tout en prétendant restreindre ses pouvoirs dans d'étroites limites. C'est assigner des limites et déclarer dans le même temps qu'elles peuvent être outrepassées à volonté. (...)

Le pouvoir judiciaire des États-Unis s'étend à toutes les affaires survenues sous l'empire de la constitution.

Les auteurs de cette attribution de pouvoir auraient-ils pu vouloir dire qu'en l'exerçant, les juges devraient s'abstenir de rechercher dans la constitution ? Qu'une affaire survenue sous l'empire de la constitution devrait être examinée sans considération pour l'instrument sous l'empire duquel elle est née ?

Une telle absurdité ne saurait être maintenue. (...)

Autrement, quelle pourrait être la raison d'obliger les juges à faire serment de lui rester fidèle ? Il n'est pas douteux que le serment vise tout particulièrement leur comportement dans l'exercice de leurs fonctions officielles. Qu'il serait immoral de le leur imposer s'ils devaient être utilisés comme les instruments, mieux comme les instruments conscients, d'une violation des principes qu'ils ont juré de défendre !

De même, le serment qui leur est imposé par la loi à l'occasion de leur prise de fonction, est un témoignage probant de l'opinion du législateur lui-même sur le sujet. Il est formulé en ces termes : « Je jure solennellement que je rendrai la justice sans considération de personnes, que je ferai également droit au pauvre et au riche ; et que je m'acquitterai fidèlement et impartialement des fonctions qui m'incombent en tant que...aux mieux de mes capacités et de mon entendement, conformément à la Constitution, et aux lois des États-Unis ».

À quoi servirait-il qu'un juge fasse serment d'accomplir ses fonctions conformément à la constitution des États-Unis, si cette constitution ne lui tenait pas lieu de règle de conduite ? Si elle lui était fermée et ne pouvait pas être examinée par ses soins ?

Si c'était réellement le cas, la situation serait plus grave qu'une solennelle parodie. Imposer ou prêter ce serment serait également criminel.

Il n'est pas non plus complètement inutile de remarquer que dans ce qui est considéré comme la loi suprême du pays, c'est la constitution elle-même qui est d'abord mentionnée ; et non pas les lois des États-Unis en général, mais uniquement les lois prises en application de la constitution sont placées au même rang.

Ainsi, la terminologie particulière de la constitution des États-Unis confirme et renforce le principe, présumé essentiel dans toutes les constitutions écrites, qu'une loi contraire à la constitution est nulle ; et que les tribunaux, aussi bien que les autres ministères, sont liés par cet instrument.

Document n°3 : Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, pp. 9-23.

CHAPITRE PREMIER

GOUVERNEMENT PAR LES JUGES ET GOUVERNEMENT
PARLEMENTAIRE. — LES FONDEMENTS AMÉRICAINS
DU GOUVERNEMENT PAR LE JUDICIAIRE.

Le système de gouvernement, qui est sorti aux Etats-Unis de l'association de plus en plus étroite des tribunaux à la direction de la marche de la législation, a été qualifié gouvernement par le judiciaire. *Government by judiciary* : c'est le titre d'une remarquable étude de droit constitutionnel publiée en 1911 dans l'organe peut-être le plus réputé de la science politique américaine (1). En 1912 un

(1) L'étude, si solidement documentée, de L.-B. BOUDIN, dans 26. *Political Science Quarterly*, 238-270, a été écrite sous l'influence de la campagne de protestation de l'ex-président Roosevelt contre les obstacles apportés par le contrôle judiciaire au développement de la législation sociale et ouvrière et, de ce chef, a pris une certaine allure de combativité. Mais c'est l'œuvre d'un juriste qui ne critique pas le principe même de ce contrôle, mais seulement son extension de l'examen de la compétence législative à celui de l'opportunité des lois. C'est à peu près sous le même titre, *Government by Judges*, qu'un des hauts dignitaires de la magistrature, M. WALTER CLARK, président de la Cour suprême de North Carolina, publiait un discours fait à Cooper Union le 27 janvier 1914, dans lequel il dénonçait les directions nouvelles qu'avait prises le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois comme une perversion de la constitution. Cf. aussi son article : *Some Myths of the law*, dans le numéro de novembre 1914 de *Michigan Law Review*.

livre de propagande en faveur du retour à l'indépendance du pouvoir législatif était intitulé : *Our judicial oligarchy* (1). Titre de combat. Mais l'auteur s'accordait au fond sur la définition à donner au régime qu'il combattait avec un loyal défenseur de ce régime, le professeur BURGESS (2), qui déclarait que l'on ne doit pas hésiter à appeler le système gouvernemental des Etats-Unis l'*aristocratie de la robe*. Oligarchie judiciaire ou aristocratie de la robe, c'est toujours la même idée présentée, tantôt sur le ton de la critique, tantôt sur celui de l'apologétique. En 1914 un des livres les plus sincèrement impartiaux qui aient été consacrés à la matière prenait ce titre : *La doctrine américaine de la suprématie judiciaire* (3). Ces étiquettes extraites de l'abondante littérature du sujet suffisent pour faire entrevoir le contenu qu'elles recouvrent.

Le dégagement de cette forme de gouvernement est le résultat d'une évolution tardive du droit constitutionnel américain. La constitution fédérale des Etats-Unis, quoique appartenant au type des constitutions dites rigides, n'en a pas moins subi des transformations tout aussi profondes que celles auxquelles sont exposées les constitu-

(1) GILBERT E. ROE. *Our judicial oligarchy*, avec introduction de Robert La Follette. New-York, 1912.

(2) Cité par REED POWELL 33 *Political Science Quarterly*, 439.

(3) CHARLES GROVE HAINES. *The american doctrine of judicial supremacy*. New-York. Macmillan. Œuvre d'un auteur qui aborde le problème par son côté social et qui, après en avoir examiné les origines historiques dans une dissertation de doctorat en 1909 : *The conflict over the judicial powers in the United States to 1870*, tome XXV-1 des *Columbia Studies in history, economics and public law*, l'a repris en 1917 au point de vue comparatif : *Judicial interpretation of Constitution Act of the Commonwealth of Australia*, dans 30 *Harvard Law Review*, 595-618.

tions non écrites. Ni l'un ni l'autre des deux systèmes combinés d'équilibre invariable de pouvoirs sur lesquels les constituants de 1787 avaient édifié leur œuvre constitutionnelle, — ni l'équilibre entre le gouvernement fédéral et les gouvernements d'états, ni l'équilibre entre les branches coordonnées du gouvernement fédéral, — n'ont résisté à l'ébranlement du temps.

Leur conception du fédéralisme, que le juge CHASE a définie dans un *dictum* célèbre : une union indestructible d'états indestructibles, est déjà bien distante des réalités de l'heure présente. L'indestructibilité de l'Union est devenue beaucoup plus forte qu'ils n'avaient pu le rêver. Il y a longtemps qu'elle est à l'abri de la répétition d'assauts comme celui qu'elle a subi lors de la guerre de sécession. Mais cette consolidation s'est opérée au détriment de l'indestructibilité des Etats, c'est-à-dire de leur autonomie législative, de leur droit de régler seuls leur police, leur commerce et leur régime industriel intérieurs.

Si l'autonomie des Etats a échappé, par la protection de la judicature fédérale, au coup brutal qu'avaient voulu lui porter en 1868 les auteurs du XIV^e amendement, le travail postérieur de la pratique constitutionnelle lui a imposé toute une série de sacrifices successifs au profit de l'unité nationale. L'*Interstate Commerce Commission*, à partir de 1887, la *Federal Trade Commission* depuis 1914 et divers bureaux administratifs fédéraux ont élaboré une réglementation du transport, du commerce et des relations économiques entre Etats qui, par ses répercussions incessantes sur la vie industrielle et intérieure des Etats, a de plus en plus restreint leur indépendance (1). Par le

(1) FREDERICK N. JUDSON. *Law of interstate commerce and its federal regulation*, 3^e édition, Chicago, 1916; BERLE, *The expan-*

moyen de la législation *couverte* ou *indirecte*, en usant de son pouvoir de taxation, de son monopole postal ou de son droit de réglementer la circulation et les transports entre Etats, pour frapper les récalcitrants de taxes prohibitives ou leur rendre la vie commerciale impossible, le Congrès fédéral est parvenu à généraliser dans toute l'Union plus d'une réglementation policière ou industrielle que l'autonomie législative des Etats lui eut interdit d'imposer directement (1).

Enfin la ratification du XVIII^e amendement sur la prohibition de l'alcool et du XIX^e amendement sur le suffrage des femmes a doté le gouvernement fédéral d'un nouvel instrument, la législation par voie d'amendement à la constitution, qui lui permettra désormais de faire brèche dans l'autonomie des Etats toutes les fois qu'il aura derrière lui, comme en 1919 et en 1920, une opinion publique assez forte pour lui assurer le concours des deux tiers des membres de chaque Chambre du Congrès et des trois quarts des législatures d'Etats. On comprend fort bien que ces deux amendements aient arraché des cris de colère à des hommes qui n'étaient, ni favorables à la liberté de consommation de l'alcool, ni hostiles au féminisme, mais qui restaient indéfectiblement attachés au vieil idéal de *selfgovernment* des Etats (2). Le fédéralisme

sion of american administrative law, 30 *Harvard Law Review*, 430-448; S.-O. DUNN. *The interstate commerce commission*, 63 *Annals American Academy of social and political sciences* 155; DRINKER. *The interstate commerce Act.*; F.-H. COOKE. *The commerce clause of the federal constitution*.

(1) CH. MERRILL HOUGH. *Covert legislation and the constitution*, 30 *Harv. Law Rev.*, 801-814; THURLOW M. GORDON. *The Child Labor Law case*, 32 *Harv. L. Rev.*, 45-67.

(2) *Reports of American Bar. Association*, XLIII, 1918, 45 et s..

de 1921 est déjà bien différent du fédéralisme de 1789 (1) et les réformes de 1919 et 1920 laissent prévoir que le fédéralisme de demain s'en éloignera encore beaucoup plus (2).

Ce premier fondement, de l'édifice constitutionnel de 1787-1789 a pourtant fait preuve de plus de stabilité relative que le second. L'équilibre entre les Etats et la Fédération a fléchi sans rompre. Il est modifié, et non détruit; tandis que l'équilibre primitivement institué entre les trois branches exécutive, législative et judiciaire du gouvernement fédéral s'est révélé à l'épreuve de l'expérience comme un équilibre instable et fragile. Il y a longtemps, plus d'un quart de siècle, qu'il est renversé, et définitivement renversé.

La Constitution fédérale a été rédigée en un temps ou

97 et s. ; MARBURY. *The limitations upon the amending power*, 33, *Harv. Law. Rev.*, 1920, 223 et s.

(1) C'est ce que constate M. R. LYNN BATES dans une étude publiée sous ce titre suggestif : *The new constitution of U. S.*, dans 5 *Am. Bar Ass. Journal*, 1919, 584-601. Que la constitution actuellement existante soit différente de celle qui a été primitivement adoptée, c'est, dit-il, un fait qu'on enregistre, et non pas un fait qu'on puisse discuter. Après avoir suivi les agrandissements successifs du pouvoir fédéral au détriment du pouvoir des Etats, il arrive au XVIII^e amendement et déclare « qu'il serait difficile de concevoir un abandon plus complet du schéma originaire de la constitution » (p. 593). La nationalisation du gouvernement et la limitation du pouvoir des Etats comme unités administratives lui apparaît comme le plus saillant des traits caractéristiques de ce qu'il appelle la nouvelle constitution, p. 591-593.

(2) Sur la répercussion que la concentration temporaire des pouvoirs par le gouvernement fédéral pendant la guerre est appelée aussi à exercer sur l'avenir de la législation à portée nationale, cf. XLIII. *Amer. Bar. Ass. Reports* 321 et HUGH dans 31 *Harv. Law Rev.*, 693.

la vogue de l'*Esprit des Loix* battait son plein en Amérique. Ses auteurs ont puisé dans ce livre quelques-unes de leurs vues de philosophie politique. Ils ont surtout emprunté à MONTESQUIEU le dogme de la séparation des pouvoirs, sur lequel il avait édifié sa cité idéale (1). Ils se sont efforcés de l'appliquer dans toute sa logique et sa rigueur, en assurant l'indépendance respective et l'égalité des trois pouvoirs, non pas tant par un système de freins et de contrepoids que par le cantonnement de chaque pouvoir dans un compartiment bien clos de l'activité gouvernementale, où il travaille en dehors de toute coopération des deux autres, de façon à éviter, tant que cela reste matériellement possible, des contacts entre pouvoirs concurrents qui pourraient dégénérer en frottements et donner prétexte à empiètements de l'un sur l'autre.

Des trois cloisons, ainsi dressées par la convention de Philadelphie entre branches du gouvernement fédéral, il n'en subsiste finalement qu'une : (2) la cloison séparative

(1) BRYCE. *République Américaine*, I, p. 55 de l'édition française de 1911.

(2) Et encore n'est-elle plus elle-même aussi étanche qu'au lendemain de la promulgation de la constitution. ROSCOE POUND, XLIV. *Amer. Bar. Association Reports*, 445-446. La barrière entre l'exécutif et le législatif reste debout. On en est quitte pour passer par dessous. La coutume, en transformant l'élection présidentielle en un véritable plébiscite, a fait du président des Etats-Unis un *leader* politique, qui dispose sur tous les élus de son parti d'un pouvoir de direction d'autant plus fort qu'il en est investi par le suffrage de tous les militants de l'Union. Tant que son parti garde le contrôle du Congrès, il retrouve, en tant que chef de la majorité, les moyens de coopérer au travail législatif que la constitution lui avait refusés en tant que chef de l'exécutif. Le droit d'initiative appartenant à chacun des représentants de son parti dans les deux chambres lui permet d'y introduire les bills qu'il a préparés ou fait préparer par ses agents administratifs. Par des entretiens à la Maison Blanche avec ses prin-

entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif qui, — malgré les jours qu'elle ouvre à l'exécutif sur le compartiment législatif par le droit de veto, et au législatif sur le compartiment de l'exécutif par le concours du Sénat à la ratification des traités et son influence sur les nominations faites par le président, — prétend empêcher les représentants de l'exécutif de coopérer d'une façon suivie au travail législatif (1) et les organes du pouvoir législatif de contrôler officiellement l'administration intérieure ou extérieure du chef de l'Etat. C'était avec une admiration quelque peu béate que nous relevions avant la guerre ce trait particulier de la Constitution américaine. Les épithètes nous manquaient pour louer, comme nous l'aurions voulu, cette forte organisation du pouvoir exécutif qui permettait au président, pendant toute la durée

cipaux partisans, il règle le programme et la tactique de ses troupes pour la défense de ses projets et la lutte contre les projets adverses. Par la distribution du *patronage* il peut, dans le combat législatif, rallier les hésitants et empêcher les actes d'indiscipline. Ces phénomènes, imprévisibles en 1787-1789, ont amené les présidents, depuis plus d'un quart de siècle, à formuler, dans leurs campagnes électorales, des programmes de réformes législatives qui semblent étrangers au cercle de leurs fonctions constitutionnelles, et que cependant ils arrivent à faire aboutir. Cet engagement de la pratique constitutionnelle hors des voies tracées par les hommes de 1787, qui se dessine nettement avec la première présidence de Mac Kinley, s'est accentué sous la présidence de Roosevelt, qui fut un chef législatif très agissant et très autoritaire (Cf. Young, *New American Government*, 49), et est arrivé à son point culminant sous l'action du président Wilson pendant la période dictatoriale de la guerre.

(1) Les fâcheux effets, qui résultent pour la valeur technique des statuts américains de cette absence de coopération régulière de l'exécutif à la préparation et à la délibération des lois, ont été mis en lumière par M. ERNST FREUND dans les deux derniers chapitres de ses *Standards of American Legislation*, notamment p. 312 et s.

de sa magistrature, de poursuivre imperturbablement sa politique personnelle, et notamment sa politique étrangère, sans se laisser troubler par l'écho des querelles des partis ou par les variations de l'opinion du Congrès. Notre admiration a dû être refroidie par l'expérience que nous faisons en ce moment, à l'occasion de la ratification du traité de Versailles, des conséquences pratiques de cette dissociation systématique entre l'action de l'exécutif et celle du législateur. Cet emprisonnement du chef de l'Etat et du Congrès dans des compartiments sans portes de communication suffisantes, qui les empêchent de confronter et d'associer leurs politiques, représente tout ce qui survit aujourd'hui du système de séparation absolue des pouvoirs dont s'étaient inspirés les Constituants de 1787 (1).

L'exemple des Etats-Unis d'Amérique, dont la Constitution avait développé le dogme constitutionnel de MONTESQUIEU jusqu'à ses dernières conséquences logiques, est l'une des démonstrations les plus décisives de l'impuissance du principe de la séparation des pouvoirs à tenir longtemps ses promesses. Tôt ou tard, l'équilibre égalitaire, qu'il prétend établir entre les pouvoirs constitués,

(1) Même dans cette dernière application, il n'a chance de se maintenir qu'à condition de se prêter à quelques compromissions. Je n'ai d'autre preuve que l'expérience récente du président Wilson qui, dans la préparation du traité de Versailles, a voulu revenir aux principes de 1789 et écarter les précédents tardifs qui tendaient à donner au comité permanent des affaires étrangères du Sénat une association de fait à la direction de la politique extérieure. Il a, par là, déclenché le mouvement de réaction contre les *présidences fortes* qui s'est traduit si énergiquement par le geste, quasi-révolutionnaire au point de vue constitutionnel, que vient de faire le président Harding en soumettant, lors de son entrée en fonctions, la composition de son cabinet au contrôle du Sénat.

fléchit sous la poussée d'un besoin d'unité de vues et d'unité d'action dans le développement de la politique nationale. En Angleterre et en France, la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, qui a plié sous sa norme les pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire. Aux Etats-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là, un régime de gouvernement par les juges.

La conquête de la suprématie politique par le judiciaire s'est réalisée surtout aux dépens du pouvoir législatif et par une invasion dans le domaine du *statute-law*. Le *statute-law* américain s'oppose au *common-law* ou *case-law*. Le *common-law*, c'est la coutume juridique anglaise, adaptée aux conditions de la société américaine d'aujourd'hui par le travail des cours de justice. Quelques esprits réalistes, comme le professeur J. CHIPMAN GRAY (1), n'hési-

(1) GRAY, après avoir esquissé ses vues dans un article déjà ancien (*Judicial precedents : a short history of comparative jurisprudence*, 9 *Harv. Law Rev.*, 71), les développa depuis dans un livre qui restera l'une des œuvres maîtresses de la littérature juridique du début du *xx*^e siècle. *Nature and sources of the law* (*Columbia University Studies*), 1909. Rien de plus pénétrant n'a été écrit sur la matière depuis les pages, devenues classiques, de SUMNER-MAINE. *Ancienne loi et coutume primitive*, trad. COURCELLE-SENEUIL, 31-33. Les théories de GRAY ont naturellement été exploitées par des écrivains d'avant-garde comme B. ADAMS. *Centralization and the law*, 23, 45-63, qui écrit des lignes telles que celles-ci : « la loi est la résultante du conflit de forces qui naît de la lutte pour l'existence parmi les hommes... Il n'y a pas de principes légaux abstraits... La classe dominante, qu'elle soit les prêtres ou les usuriers, les soldats ou les banquiers, façonne la loi en sa faveur... Le législateur ou le juge n'est que l'instrument subconscient par l'intermédiaire duquel... la volonté de la classe dominante est rendue effective. »

tent pas à le définir un droit fait par les juges. Les légistes, attachés aux traditions professionnelles, continuent, sous les inspirations du classique anglais BLACKSTONE (1), à y voir « une coutume générale et immémoriale déclarée telle de temps à autre par les décisions des cours de justice » (2). Peu importe la qualification. Elle ne saurait changer la nature et la provenance du produit qualifié. Ce qui est certain, c'est que ce droit n'est écrit que dans les sentences judiciaires. C'est donc l'équivalent de ce que nous appelons en France la *jurisprudence*, avec cette différence toutefois que chez nous, -- comme dans tous les pays latins et germaniques que les Américains groupent sous le nom de pays de *civil law* pour les opposer à ceux qui ont adopté comme fond commun de leur droit

(1) *Commentaries*. Introduction, section 3, 1, *in fine*. Sa définition a été reproduite et développée dans les commentaires de STEPHEN, édition de 1886, I, 53. « Les juges, dit STEPHEN, sont les dépositaires des lois, les oracles vivants qui doivent décider dans tous les cas de doute et qui sont obligés par serment à décider conformément à la loi du pays ».

(2) Cf. les développements d'EDWARD JENKS, dans l'auto-récension de son *Digest of english civil law* qu'il a donnée en une série d'articles de 30 *Harv. Law Review*, 15 et s., 114 et s., ainsi que ceux de BALDWIN. *Education for the bar in the U. S.* dans 9 *American Political Science Review*, 437 et, en sens divers, LEFROY. *Judge-made-law* dans *Law Quarterly Review*, XX, 339 et XXII, 293, 416 ; M.-C. KLINGELSMITH. *The continuity of case-law*, 58. *Pennsylvania Law Review* 399 ; WILLIAM H. HORNBLLOWER. *A century of judge-made-law*, 7, *Columbia Law Review* 453 ; ALEXANDER LINCOLN. *Relations of judicial decision to the law* 21. *Harv. Law Rev.* 120 ; ROSCOE POUND. *Juristic science and the law*, 31. *Har. L. Rev.* 1047 et *Administrative application of legal standards*, XLIV. *Ann. Bar Ass. Reports*, 446-462 ; JAMES E. CARTER, *Law and its origin, growth and function*, 183-193 ; CH. E. CARPENTER, *Courts decisions and the common law*, 17, *Columbia Law Review*, 593 ; ORRIN N. CARTER, 40, *Am. Bar. Ass. Rep.* 873.

le *common law* anglais, — la jurisprudence met en œuvre des textes législatifs, tandis que les cours des pays de *common law* interprètent une coutume qui, avant la consécration législative, n'était écrite nulle part. Le *statute-law*, c'est le droit établi par la branche législative du gouvernement : le Congrès fédéral ou les législatures d'Etats. Les statuts américains sont les correspondants de nos lois ou textes législatifs, mais les correspondants d'allure beaucoup plus modeste.

Les textes du *statute law* américain sont loin d'avoir l'autorité de fait que nous sommes tentés de leur prêter en les identifiant avec nos lois continentales. Trop souvent ces statuts, les statuts d'Etats plus encore que les statuts fédéraux, ne sont que l'expression d'un désir populaire de réforme et non la preuve de la réalisation effective de la réforme souhaitée. Nous nous méprendrions étrangement sur leur signification réelle, si nous jugions les rapports américains entre le droit des statuts et le droit des décisions judiciaires d'après ceux qui règnent chez nous entre la loi et la jurisprudence, ou même en Angleterre entre le *statute law* et le *case-law*.

SIR COURTENAY ILBERT, dans un article consacré à l'étude d'un livre alors récent du professeur ERNST FREUND (1), a fort bien défini la distance qui sépare à cet égard le statut américain du statut anglais ou de la loi française. « Il faut rappeler, dit-il, que l'attitude du juriste américain à l'égard de la législation n'est pas la même que celle du juriste anglais. Le juriste américain est porté à concevoir ses législatures comme des corps dont l'acti-

(1) *Standards of American Legislation*, Chicago University Press, 1917, publication issue d'une série de leçons faites en mars 1915 à l'université Johns Hopkins.

tivité doit être contrôlée, et est effectivement contrôlée, par les cours. La différence fondamentale entre les législatures américaines et la législature qui siège à Westminster est que cette dernière est souveraine et omnipotente alors que les autres ne le sont pas » (1). L'action du statut américain est freinée par un réseau subtil de limitations constitutionnelles. « Les représentants des intérêts affectés par cette législation sont toujours à l'affût de ces fissures et les juristes sont entraînés à les découvrir et à arguer de leurs effets. Le risque pour une loi d'être « renversée » est l'un des « hasards de la législation » auxquels le professeur FREUND se réfère (2), pour dégager le critère pratique de distinction entre le concept américain de la « justice judiciaire » et notre concept continental de la législation.

Les rôles respectifs des législatures et des cours américaines dans l'élaboration du droit sont illustrés en un rapprochement plus saisissant encore avec les institutions constitutionnelles anglaises par le professeur REED POWELL, qui, dans l'un des derniers fascicules du *Journal de la Société de législation comparée de Londres*, clôt une pénétrante étude du contrôle des cours de justice sur l'exercice par les législatures de leurs pouvoirs de police (3) par cette conclusion : « La Cour suprême des

(1) *American legislatures and american courts*, dans *Journal of the Society of comparative legislation*, avril 1918, N. S., n° 40, p. 42.

(2) *L. c.*, p. 43.

(3) Le mot *police* est pris ici dans son sens américain, avec l'acception extensive qu'il avait dans la langue de notre ancien droit. Il désigne l'ensemble des mesures d'administration prises pour défendre l'intérêt public contre le heurt des intérêts et des droits individuels. Le juge CH. W. HOUGH, *Due process of law*, dans 32, *Har-*

Etats-Unis est le substitut américain de la Chambre britannique des Lords. Elle constitue la véritable et seule seconde Chambre conservatrice du gouvernement fédéral ». Les Cours suprêmes d'Etats remplissent la même fonction de seconde chambre conservatrice dans les gouvernements d'Etats. Contre leur opposition à l'entrée en vigueur de statuts, il n'est d'autre recours possible que par la voie de l'amendement à la Constitution. « Et il faut ajouter qu'un amendement à la Constitution fédérale est probablement quelque chose de plus difficile à obtenir que l'érection en loi par les communes d'un bill rejeté par les Lords » (1).

vard law Review, 231, en donne cette définition : « c'est l'expression concrète de la souveraineté ».

(1) *The police power in American constitutional Law* dans *Journal of comparative legislation*, 3^e série, I, 3, octobre 1919, p. 174 : REED POWELL reprend l'idée exprimée sous une forme humoristique, dans le numéro de mai 1918 de l'*American political science review*, par ALBERT KALES qui dit que, lorsqu'on sollicite des juges l'exercice de leur contrôle législatif, la formule courante « plaise à la cour » n'est plus de mise et qu'il convient de leur parler sur le ton révérencieux qu'on prend pour aborder les lords anglais. Le rapprochement, esquissé par MM. KALES et REED POWELL avec la légèreté de touche d'écrivains qui savent ce que valent ces comparaisons, est développé avec une curieuse gravité dans un article de *Harvard Law Review* (XXVII, 1913-1914, pp. 45-67) qui montre combien ceux des juristes américains, dont l'horizon ne s'étend pas au delà de la pratique nationale, ont peine à réaliser notre conception européenne de la législation. Dans cet article M. HUBERT POPE se demande pourquoi les cours de justice anglaises ne sont pas également autorisées à « annuler » pour cause d'inconstitutionnalité les statuts du parlement britannique. Il n'est, d'après lui, d'explication possible à ce phénomène mystérieux que dans le fait historique que le parlement anglais « a été une cour de justice avant d'être une législature au sens moderne du mot » et qu'il demeure aujourd'hui « la plus haute cour du royaume ». Le congrès fédéral américain, n'étant pas placé au som-

Dans une communication à l'un des meetings annuels de la *Philadelphia Bar Association*, M. JAMES BECK, développant une thèse historique fort paradoxale et s'efforçant de relier par un lien de filiation directe les attributions législatives des cours américaines aux droits politiques de nos anciens parlements, signale la similitude, en elle-même frappante, entre les pouvoirs exercés à l'heure présente par les juges américains et ceux que nos parlementaires du XVIII^e siècle avaient cherché à tirer de leur droit de vérification et d'enregistrement des ordonnances (1).

Non moins significatif est le langage devenu courant dans la littérature américaine pour qualifier l'épreuve que tout statut peut être appelé à subir avant de prendre place définitivement dans le *statute-book* (2). Si les qua-

met de la hiérarchie judiciaire, n'a pas qualité, quand il élabore une loi, pour déterminer ce qu'elle peut valoir au point de vue constitutionnel. Ses opinions à cet égard ne sont que des « jugements législatifs » dénués d'autorité. Tandis que le parlement britannique, par là-même qu'il cumule les pouvoirs judiciaire et législatif, a compétence, en tant que cour suprême, pour juger la valeur constitutionnelle de ses propres actes législatifs.

(1) La communication de M. Beck ne m'est connue que par l'analyse qui en a été donnée dans le *Journal of the Society of comparative legislation*. N. S., XXXVI, juillet 1916, p. 365.

(2) Pour se convaincre que ce n'est pas là une expression imagée, il suffira de se reporter à l'édition des *Compiled Statutes of U. S.* de 1919. A l'endroit, par exemple, où l'on s'attend à trouver le texte, qui a soulevé de si ardentes controverses, du *Child Labor Law*, on ne relèvera que cette courte note : « Cet acte prohibant la transportation dans le commerce entre états des produits du travail de l'enfant a été déclaré inconstitutionnel dans *Hammer v. Dagenport*, 38 *Supreme Court*, 529, et par conséquent, est omis dans cette compilation »

lificatifs *veto judiciaire* (1), *censure judiciaire* (2) sont déjà des expressions de combat, il en est d'autres qui se retrouvent indifféremment sous la plume des défenseurs comme des adversaires de la suprématie des juges, comme « *contrôle judiciaire* » (3) et surtout « *judicial review* » (4). C'est le terme le plus usuel. Mot technique

(1) NOEL SARGENT. *The american judicial veto*, dans 31, *American Law Review* 663 HENRY H. BALLANTINE, *Labor legislation and recall of judicial veto*, dans le numéro de septembre 1912 de *Case and Comment*; F. E. CHIPMAN, *The veto power of judges*, dans *Legal Bibliography* d'octobre 1912.

(2) ERNST FREUND. *Constitutional limitations and labor legislation* dans 4, *Illinois Law Review*, p. 609-623. Cet article consacré à l'examen des décisions, assez divergentes, émises par les cours suprêmes en ce qui concerne la constitutionnalité des statuts limitant les heures de travail, s'inspire de tendances plutôt conservatrices. C'est, d'ailleurs, le professeur FREUND qui a écrit depuis (*Standards of American legislation*) ces mots significatifs : « il est nécessaire de garder à l'esprit que les cours représentent ce que nous avons de mieux comme gouvernement ». Il est d'autant plus frappant de le voir employer, à la page 623 de cet article une formule comme celle-ci : « La marche des décisions judiciaires dans la matière des huit heures de travail révèle une censure (*ensorship*) judiciaire qui n'est basée sur aucun principe fixe », et de l'entendre constater que la « politique judiciaire » dont il suit les manifestations « cherche à cristalliser en normes de droit constitutionnel des théories économiques » (p. 623) qui, en Europe, « ne sont regardées que comme des matières de politique, et non de droit et sont, par conséquent, dans le contrôle reconnu de la législation » (p. 614).

(3) DAVID K. WATSON. *The Constitution of U. S.*, Chicago 1910, tome II, p. 1192.

(4) EDWARD S. CORWIN. *The doctrine of judicial review*. Princeton University Press 1914; OSCAR L. POND. *Methods of judicial review in relation to the effectiveness of commission control* dans *Annals of Am. Academy of pol. and Soc. Science*, mai 1919, pp. 54-65. Compte rendu de LEFROY. *Short treatise of canadian constitutional Law* dans 32, *Harvard Law Review*, 583. Cf., même revue, XXXI, 476. C'est aussi le langage des juges, celui qu'on retrouve

qui désigne le travail de vérification auquel le juge d'appel soumet l'œuvre du juge de première instance.

La formule, devenue classique, du professeur GRAY, qui contient une large part de vérité universelle, n'est vraie dans toute sa lettre que pour le statut américain : « Les statuts, écrit-il, ne trouvent pas leur interprétation en eux-mêmes : leur signification est déclarée par les cours et c'est avec la signification déclarée par les cours, et avec nulle autre signification qu'ils sont imposés à la communauté comme loi (1) ». Le législateur américain n'a pas, comme le nôtre, les moyens de faire prévaloir son texte sur cette glose judiciaire. Car les juges américains ont toujours l'ultime ressource, pour briser ses résistances, de traiter comme inconstitutionnels ceux de ses textes qu'il ne consent pas à plier à leur interprétation. Le *statute-law* est donc inapte à nous donner à lui seul une vision exacte des réalités actuelles de la vie juridique américaine.

Cette situation humiliée du statut américain est la résultante, d'une part, de l'extension prise, depuis un peu plus d'un quart de siècle, par le contrôle des tribunaux sur la constitutionnalité des lois, et, d'autre part, de l'extrême liberté d'allures que l'interprétation judiciaire des statuts a conquise au contact du contrôle de constitutionnalité. Il y a bien encore un troisième facteur : c'est l'influence de l'éducation légale et, en particulier, la

notamment dans le *Lochner Case* (198, U. S. 45) où l'opinion de la Cour s'exprime en termes sévères sur « les statuts de la nature de celui *under review* ». Cf. DOBBYNS. 13, *Illinois Law Review*, p. 90.

(1) J.-C. GRAY. *The nature and sources of the law*. New-York, 1909, § 366.