

Les rapports de systèmes au sein d'un État fédéral : l'exemple des États-Unis

Wanda MASTOR

Professeur de droit public
Université Toulouse Capitole

Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC)
– Centre d'excellence Jean Monnet

« La Constitution des États-Unis ressemble à ces belles créations de l'industrie humaine qui comblent de gloire et de biens ceux qui les inventent, mais qui restent stériles en d'autres mains. »

Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*,
Pagnerre éditeur, 1848, p. 269.

Le réflexe comparatiste est non seulement souhaitable, mais absolument indispensable pour qui réfléchit à la question des rapports de systèmes. Pour ce qui est du fédéralisme, nulle comparaison possible entre les États-Unis, « la plus parfaite de toutes les constitutions fédérales connues »¹ et la France, dont l'expérience du fédéralisme se réduit à la volonté de « l'abattre » par le Comité de salut public² et sa mention dans le décret relatif aux gens suspects du 17 septembre 1793³. Mais la comparaison avec l'Union européenne (UE) ne s'avère pas plus pertinente. Comme Tocqueville l'avait déjà démontré, les raisons favorables à la réussite du fédéralisme ne sont pas à rechercher uniquement dans la création et l'aménagement sophistiqués d'un cadre institutionnel : « Il y a un fait qui facilite admirablement, aux États-Unis, l'existence du Gouvernement fédéral. Les différents États ont non seulement les mêmes intérêts à peu près, la même origine et la même langue, mais encore le même degré de civilisation ce qui rend presque toujours l'accord entre eux chose facile. Je ne sais s'il y a si petite nation européenne qui ne présente un aspect moins homogène dans ses différentes parties que le peuple américain, dont le territoire est aussi grand que la moitié de l'Europe »⁴.

1. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Pagnerre éditeur, 1848, p. 268.

2. Selon le mot de Saint-Just, « Rapport fait au nom du Comité de salut public par le citoyen Saint-Just sur la nécessité de déclarer le Gouvernement provisoire de la France révolutionnaire jusqu'à la paix du 19 vendémiaire an II (10 oct. 1793) », extrait disponible dans la revue *Juspoliticum*, <http://juspoliticum.com/EDP/spip.php?article115>

3. Art. 2 : « Sont réputés gens suspects, 1° ceux qui, soit par leur conduite, soit par leurs relations, soit par leurs propos ou leurs écrits, se sont montrés partisans de la tyrannie ou du fédéralisme, et ennemis de la liberté », Archives parlementaires de 1787 à 1860, t. 61.

4. « De l'État du Maine à l'État de Géorgie on compte environ 400 lieues. Il existe cependant moins de différence entre la civilisation du Maine et celle de la Géorgie, qu'entre la civilisation de la Normandie et celle de la Bretagne. Le Maine et la Géorgie, placés aux deux extrémités d'un vaste empire, trouvent donc naturellement plus de facilités réelles à former une confédération que la Normandie et la Bretagne, qui ne sont séparées que par un ruisseau », A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, *op. cit.*, p. 273.

La question des rapports de systèmes nécessite – outre le maniement de plusieurs disciplines, plusieurs contentieux – une réflexion d'un très haut degré d'exigence, notamment terminologique. Primauté n'est pas suprématie, ordre n'est pas système, hiérarchie n'est pas dialogue et les notions qui sont appelées au secours des doutes et hésitations le sont parfois, malheureusement, de manière insuffisamment rigoureuse. Dire qu'il « faudrait » que les juges dialoguent⁵ au sein d'un système harmonieux et non autoritaire devrait être argumenté de manière systématique. L'harmonie ne va pas de soi (rien ne va d'ailleurs « de soi » en droit). L'essentiel en droit réside toujours dans la justification des discours, et ceux relatifs aux rapports de systèmes, de manière fort singulière, foisonnent de métaphores, jeux de mots et autres images qui n'ont pas qu'une visée cosmétique. Ils dissimulent aussi – peut-être – la difficulté, pour une certaine partie de la doctrine, d'identifier clairement les rapports observés. Les images utilisées par les auteurs français reflétant le malaise dialogique ne manquent effectivement pas⁶ : « le verrou est-il déjà mis ? »⁷, « un faux pas dans le dialogue des juges ? »⁸, « vers un gouvernement du juge constitutionnel »⁹, « l'impossible conciliation »¹⁰, « quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? »¹¹, « une partie de billard à trois branches »¹², « la Cour de cassation persiste et signe »¹³, « brouillard dans les institutions »¹⁴, « du bon usage de la guerre des juges par le justiciable »¹⁵, « la Cour de cassation fait barrage »¹⁶, « la Cour de cassation brouille les cartes »¹⁷, « entre méfiance et prudence »¹⁸, « pourquoi tant de méfiance ? »¹⁹, « harmonies et dissonances des monologues juridictionnels croisés »²⁰...

C'est au sein de ce rapport de systèmes ou, plus exactement, de ce *système de rapports*, que se déploient les droits nationaux et le droit supranational. À cette complexité du champ d'étude s'ajoute la difficulté d'une neutralité axiologique des discours. Même si la plupart des auteurs s'en défendent, se dissimulent souvent, derrière les analyses des rapports entre le droit constitutionnel et le droit européen notamment, des postures idéo-

5. La paternité de l'expression « dialogue des juges » semble revenir au président B. Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt du 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn Bendit* : « Il ne doit y avoir, ni gouvernement des juges, ni guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges », *D.* 1979, p. 155.

6. Ce recensement terminologique a pu être effectué grâce à la précieuse bibliographie de X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité, pratique et contentieux*, Litec, coll. « Procédures », 2011, p. 345 et s.

7. C. BAILLON-PASSE, « Premières décisions du juge *a quo* et premiers enseignements sur le traitement de la QPC : le verrou est-il déjà mis ? », *LPA*, n° 122, 2010.

8. J. BIANCARELLI et G. BARRAUD, « La QPC et le droit de l'UE : un faux pas dans le dialogue des juges ? », *LPA*, 2010.

9. P. BLACHER, « Vers un gouvernement du juge constitutionnel », *AJDA*, n° 9, 2010, **tribune** p. 465.

10. C. BLERY, « QPC, jurisprudence *Cesareo* et office du juge : l'impossible conciliation », *Procédures*, n° 6, 2010, p. 2-3.

11. A. BORZEIX, « La QPC : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *RDP*, n° 4, 2010.

12. F. BOUCARD, « La QPC et les cours suprêmes. Une partie de billard à trois branches », *JCP G*, n° 30-34, 2010.

13. F. CHALTIEL, « La Cour de cassation persiste et signe sur la QPC », *LPA*, n° 155-156, 2010.

14. Y. GAUDEMET, « Brouillard dans les institutions : à propos de l'exception d'inconstitutionnalité », *RDP*, n° 3, 2009, p. 581-587.

15. V. KIRSEY et H. PORTELLI, « Droits fondamentaux : du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », *JCP G*, n° 28-20, 2010, p. 1468-1475.

16. V. LOPEZ-RIVOIRE, « QPC : la Cour de cassation fait barrage », *Infojuridiques*, n° 70, 2010.

17. X. PRÉTOT, « QPC. La Cour de cassation brouille les cartes », *Annouces Seine*, n° 21, 2010, p. 5.

18. A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA*, n° 2, 2010, p. 80-87.

19. D. ROUSSEAU et D. LEVY, « La Cour de cassation et la QPC : pourquoi tant de méfiance ? », *Gaz. Pal.*, n° 115-117, 2010, p. 12.

20. D. SIMON et A. RIGAUD, « La priorité de la QPC : harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 9, 2010, p. 63-83.

logiques. La comparaison avec les États-Unis est également stimulante de ce point de vue : il serait bien évidemment une erreur scientifique de comparer les controverses entre fédéralistes et antifédéralistes à celles animant actuellement l'opposition entre souverainistes et défenseurs de la fédération européenne. Outre que ces deux oppositions sont déjà en elles-mêmes caricaturales et artificielles, le contexte historique et institutionnel fait obstacle à la vérité d'une telle analyse. Cependant, aux États-Unis comme dans l'UE, les arguments politiques ont toujours été une importante toile de fond : dans les deux cas, c'est de l'exercice du pouvoir dont il s'agit. Renforcer le Gouvernement fédéral ou les pouvoirs des États n'est pas qu'une question historique aux États-Unis. Bien des sujets – pour ne pas dire leur totalité – peuvent toujours être étudiés par ce prisme.

La comparaison entre l'UE et les États-Unis se heurte rapidement à des arguments juridiques. Le droit de l'Union prime sur le droit constitutionnel des États membres sans pour autant remettre en cause la suprématie des Constitutions. Le principe de primauté devant s'entendre comme l'interdiction faite aux divers systèmes de faire obstacle à l'application des traités. C'est la raison pour laquelle, comme l'affirme le Conseil constitutionnel lui-même dans sa décision *Traité établissant une constitution pour l'Europe*²¹, le constituant a « consacré l'existence d'un ordre juridique intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international »²². Un ordre juridique qui s'intègre à un autre ordre peut être interprété de plusieurs manières. Selon une vision maximaliste, il s'agit de l'existence d'un seul ordre, non hiérarchisé, au sein duquel les systèmes coopèrent en vertu de règles posées par les traités. « Le prisme », comme l'écrit Baptiste Bonnet, « n'est plus la hiérarchie des normes mais l'harmonie des systèmes qui coexistent, s'influencent mutuellement »²³.

Intellectuellement, il est peut-être tentant de comparer le citoyen texan au sein de l'État fédéral au citoyen français au sein de l'UE. En faisant abstraction du cadre purement institutionnel, il pourrait être séduisant de transposer cet extrait du célèbre arrêt *McCulloch* de la Cour suprême à l'UE : « Ce n'est que dans les rêves politiques qu'on a pu penser abattre les frontières séparant les États et fonde le peuple américain en une masse commune. Par conséquent, quand le peuple agit, il agit toujours dans ses États. Mais les actes qu'il adopte n'en conservent pas moins le caractère d'actes du peuple »²⁴. Voilà bien l'incroyable particularité de ce pays qui avait déjà fasciné Tocqueville en son temps : malgré la forte appartenance de chaque individu à son État, il existe bien, au-delà, un peuple américain. Quel autre pays, système au monde peut prétendre souffrir cette comparaison ? Si le droit impose l'existence d'un citoyen européen, aucun argument ne peut convaincre de celle d'un peuple européen.

Au-delà des notions de citoyenneté, de peuples, de valeurs communes, de nation, il est un élément premier, évident, qui empêche la rigueur de la comparaison : les États-Unis sont un État fédéral dont la Constitution s'impose à tous les États membres. En vertu de son article 6, le droit fédéral est érigé en « *Supreme Law of the Land* ». Point ici de réflexion sur l'autorité hiérarchique ou matérielle, les logiques de soumission ou de coopération, d'ordre égalitaire ou ordre autoritaire²⁵ : la logique fédérale l'emporte sur les autres et évacue les réflexions sophistiquées sur les rapports des systèmes. D'où la comparaison

21. 19 nov. 2004, déc. n° 2004-505 DC.

22. Consid. n° 11.

23. B. BONNET, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Lextenso éditions, coll. « Forum », 2013, p. 70-71.

24. 17 us 5 (Wheat) 316, 403 (1819), cité par E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2^e éd., 2010, p. 31. Les traductions d'Elisabeth Zoller étant d'une grande qualité, nous nous permettons d'y faire référence.

25. Pour reprendre la distinction d'H. ARENDT « Qu'est-ce que l'autorité ? » (1954), *La crise de la culture. Huit exercices de la pensée politique*, trad. P. Levy, Paris, Gallimard, 2006, p. 123.

avec l'UE également impossible du point de vue de la question de la souveraineté. Si, selon la théorie de la fédération d'Olivier Beaud, l'UE peut être qualifiée comme telle, il n'en va pas de même aux États-Unis où le Gouvernement central est bien souverain²⁶.

L'État fédéral et sa Constitution priment sur les États fédérés et leurs Constitutions et la question de la répartition des compétences est au cœur du fonctionnement du fédéralisme (I). Au-delà de ces évidences constitutionnelles, il faut bien avoir à l'esprit que « le peuple américain se pense peuple d'une république fédérale avec autant de cœur que le peuple français se pense peuple d'une république laïque »²⁷. Ce fédéralisme n'est pas qu'une règle figée dans la norme suprême dont découleraient des règles mécaniques de répartition des compétences. Il s'agit d'un fédéralisme vivant, dont l'interprétation a pu varier au gré des présidences et des politiques jurisprudentielles de la Cour suprême. Observant le régime américain dans les années 1950, André et Suzanne Tunc soulignaient que les pouvoirs octroyés au Congrès fédéral par la Constitution étaient « extrêmement minces », tout en relevant déjà que dans les faits, il était également compétent en matière économique et de politique étrangère, « les deux matières qui font l'objet principal des préoccupations du monde moderne »²⁸. De nos jours, la répartition des compétences est plus présentée comme donnant aux États fédérés le pouvoir de réglementer l'essentiel de la vie quotidienne des citoyens, comme l'avait d'ailleurs fait Tocqueville : « La souveraineté de l'Union ne touche les hommes que par quelques grands intérêts ; elle représente une partie immense, éloignée, un sentiment vague et indéfini. La souveraineté des États enveloppe chaque citoyen, en quelque sorte, et le prend chaque jour en détail. C'est elle qui se charge de garantir sa propriété, sa liberté, sa vie ; elle influe à tout moment sur son bien-être ou sa misère »²⁹. Le droit constitutionnel américain peut aussi s'étudier à travers les degrés de pouvoir offerts tantôt à l'Union, tantôt aux États, rappelant ainsi la controverse fondatrice entre les fédéralistes et antifédéralistes. Bien évidemment, le déplacement temporel du curseur a été, et est encore, essentiellement l'œuvre de la Cour suprême des États-Unis qui fait ainsi une lecture vivante du fédéralisme (II).

I. DU TEXTE FONDATEUR À L'ARRÊT *MCCULLOCH V/ MARYLAND*

C'est la Constitution – « ni une Constitution nationale, ni une Constitution fédérale » mais « un composé des deux » selon le mot du *Fédéraliste*³⁰ – qui, dans son article 1, section 8, énumère les compétences appartenant au Congrès. C'est ce dernier qui « aura le pouvoir d'instituer et de recouvrer des impôts, des droits de douane, des taxes et des droits d'accise dans le but d'assurer le règlement de la dette des États-Unis, de pourvoir à une défense commune et à la prospérité générale ». La suite de l'article donne également compétence à l'Union pour faire des emprunts sur le crédit des États-Unis ; réglemen-

26. O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 147 : « Au lieu de démentir la théorie de l'indivisibilité de la souveraineté, la Fédération la confirme : n'étant pas un État, elle ne connaît pas la souveraineté et elle peut diviser la puissance publique » ; « l'UE est une "Fédération" (Bund), au sens utilisé par Carl Schmitt, d'une union durable de plusieurs États dans une nouvelle entité qui ne supprime pas pour autant ces États », p. 489. Et l'auteur d'ajouter dans une note (note 40, p. 147) : « Lorsque la Fédération dégénère en un État fédéral, alors la réserve de souveraineté joue en faveur de l'État fédéral au détriment de l'État fédéré ». Nous verrons que la jurisprudence de la Cour suprême a parfois corrigé ce glissement.

27. E. ZOLLER, *Histoire du gouvernement présidentiel aux États-Unis*, Dalloz, 2011, p. 49.

28. A. et S. TUNC, *Le droit des États-Unis d'Amérique, sources et techniques*, Institut de droit comparé de l'université de Paris, coll. « Les systèmes de droit contemporains », 1955, t. VI, p. 6.

29. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 272.

30. A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Le Fédéraliste*, trad. fr., 1988, Lettre XXXIX, p. 319.

ter le commerce avec l'étranger, entre les différents États de l'Union et avec les tribus indiennes ; établir une réglementation uniforme pour la naturalisation et en matière de faillite ; de battre monnaie ; d'instaurer un service postal ; de protéger les droits des auteurs et inventeurs ; d'instituer des tribunaux fédéraux subordonnés à la Cour suprême ; de combattre la piraterie ; de déclarer la guerre ; de lever et entretenir une armée et une marine ; de régler l'organisation et l'administration des forces navales et terrestres ; de pourvoir à l'organisation des milices. Le dixième amendement proclame quant à lui que « Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États ou au peuple ».

A. Des pouvoirs énumérés

En 1791, il devient donc absolument clair que la compétence fédérale est d'attribution, comme l'avaient annoncé les pères fondateurs dans la lettre XLV : « Les pouvoirs que la Constitution proposée délègue au Gouvernement fédéral sont en petit nombre et définis. Ceux qui doivent rester aux gouvernements d'États sont nombreux et illimités. Les premiers s'exerceront principalement sur des objets extérieurs, comme la guerre, la paix, les négociations et le commerce étranger auquel se rattachera, pour la plus grande partie, le pouvoir de taxation. Les pouvoirs réservés aux États s'étendront à tous les objets qui, dans le cours ordinaire des affaires, intéressent la vie, les libertés, la propriété des citoyens, l'ordre intérieur, les progrès et la prospérité de l'État »³¹.

Si les États fédérés abandonnent une partie de leur souveraineté dans certaines matières, ils demeurent souverains. Tocqueville utilise d'ailleurs bien le pluriel lorsqu'il évoque la question de la souveraineté (« la souveraineté, aux États-Unis, est divisée entre l'Union et les États »³²), et la Cour suprême évoque le « fédéralisme dualiste »³³. Malgré la puissance de l'Union, c'est la souveraineté des États qui a préexisté : « La souveraineté de l'Union est un être abstrait qui ne se rattache qu'à un petit nombre d'objets extérieurs. La souveraineté des États tombe sous tous les sens ; on la comprend sans peine ; on la voit agir à chaque instant. L'une est nouvelle, l'autre est née avec le peuple lui-même »³⁴. C'est ce savant équilibre âprement défendu par les *Founding Fathers*, imposant l'Union à la défense des intérêts pluriels, qu'exprime encore la plume du voyageur émerveillé : « L'Union est libre et heureuse comme une petite nation, glorieuse et forte comme une grande »³⁵. Les délégués présents à la Convention de Philadelphie ont accompli une vraie prouesse, parvenant à substituer la Fédération à la ligue d'États mise en place par l'article 2 de la Confédération. Selon les propres mots de John Adams, la Constitution fut « le plus grand effort de délibération nationale que le monde ait jamais vu »³⁶ ; elle parvint à trouver « un remède à la maladie infantile de la république moderne, la promotion des intérêts privés »³⁷.

31. *Ibid.*, p. 385.

32. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 198.

33. *United States v/ Butler*, 297 US 1 (1936) : « Nul besoin de rappeler que la forme de notre système de gouvernement est dualiste, et de rappeler que dans chaque État de l'Union coexistent deux gouvernements, celui de l'État et celui des États-Unis ».

34. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, op. cit., p. 272.

35. *Ibid.*, p. 274.

36. Cité par R. B. MORRIS, « Nous, peuple des États-Unis », *Hamilton, Madison, Jay et la Constitution*, 1985, trad. fr., 1987, Economica, p. 217. John Adams s'exprime en tant qu'observateur extérieur, car il ne faisait pas partie des 55 délégués de la Convention, se trouvant à Londres au même moment.

37. E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. « Précis », 2^e éd., 2013, p. 140, § 128.

B. Des pouvoirs impliqués

La première grande pierre de l'édifice de l'interprétation jurisprudentielle du fédéralisme fut posée par le Chief Justice Marshall dans l'arrêt *McCulloch v/ Maryland* de 1819. De par son importance et son adoption relativement proche de celle de la Constitution, il peut être considéré comme complétif de l'article 1, section 8 précité. Tout part d'une difficulté somme toute classique au sein d'un État composé dont la Constitution choisit d'énumérer les compétences au profit de l'une des entités, en l'occurrence celles du Gouvernement fédéral. Concrètement, la compétence d'attribution de ce dernier est enfermée dans une liste de pouvoirs énumérés, ce qui, en théorie, présente l'avantage de la rigueur et la clarté. Mais le corset dessiné par le texte fondateur n'allait pas tarder à craquer sous l'effet de la pratique, des nécessités du moment, conduisant la Cour suprême à faire preuve d'un « réalisme » qui fera l'objet d'une longue et passionnante controverse.

Alors même que la section 8 de l'article premier de la Constitution n'énumérait pas une telle compétence, le Congrès fédéral créa une banque nationale. La question de sa validité constitutionnelle parvint devant la Cour après que le Maryland a décidé de soumettre cette nouvelle institution financière à un impôt spécial. Il était clair que la Constitution n'avait pas conféré au Congrès fédéral un tel pouvoir, mais le président Marshall décida que le bien public exigeait une telle création, en clamant avec emphase que : « Nous admettons, comme tous doivent l'admettre, que les pouvoirs du Gouvernement sont limités et que ses limites ne doivent pas être outrepassées. Mais nous pensons qu'une saine interprétation de la Constitution doit donner au Congrès le pouvoir discrétionnaire de choisir les moyens qui lui permettront, pour le plus grand bénéfice du peuple, de mettre en œuvre les pouvoirs qui lui ont été conférés, et de réaliser les hautes fonctions qui lui ont été assignées. Que la fin soit légitime, qu'elle se situe dans la portée de la Constitution, et tous les moyens qui sont propres à la mettre en œuvre, qui sont simplement adaptés à cette fin et qui ne sont pas interdits, mais qui s'accordent avec la lettre et l'esprit de la Constitution, sont constitutionnels »³⁸. À la liste fermée des compétences dévolues par la Constitution, les juges ajoutèrent donc une fenêtre ouverte sur l'infini, conscients de « rendre un arrêt qui aura sans doute de grandes répercussions sur le fonctionnement du Gouvernement »³⁹. Ouverture d'autant plus remarquable que dans le même temps, la Cour Marshall interprétait strictement les clauses de l'article 1, section 10 de la Constitution (*The Contract Clause, the Bill of Attainder and Ex Post Facto Clauses, the Import-Export Clause, the Compact Clause*) limitant les pouvoirs des États⁴⁰.

Cette jurisprudence dite des pouvoirs impliqués (*implied powers*), qui s'épanouira plus tard dans une version plus étendue (celle des pouvoirs implicites) était, bien évidemment, au-delà de l'exigence du bien public affichée, une manière d'offrir une plus grande amplitude politique au Gouvernement central. Tout comme le sera l'appréciation de la clause de commerce : cinq après l'arrêt *McCulloch*, la Cour jugera, dans l'arrêt *Gibbons v/ Ogden*⁴¹, que les États n'ont pas de pouvoir de contrôle et de limitation sur le commerce inter-États, les pouvoirs du Congrès de réglementer le commerce étant « pléniers »

38. Cité par E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, p. 31.

39. *Ibid.*, p. 30.

40. V. J. M. MCGOLDRICK JR, *Limits on States. A reference guide to the United States Constitution*, Praeger, Westport, Connecticut, London, 2005, 134 p.

41. 22 US (9 Wheat) 1 (1824).

selon le mot de Marshall. D'ailleurs, dans l'arrêt *McCulloch* précité, la Cour commence par réfuter la thèse de l'avocat du Maryland selon laquelle les pouvoirs de l'Union ne seraient que des parcelles déléguées par les États dont la souveraineté demeurerait supérieure : « Les pouvoirs du Gouvernement fédéral, a-t-on dit, sont délégués par les États, les seuls vraiment souverains, et ils doivent être exercés dans un rapport de subordination à ceux des États, seuls investis du pouvoir suprême. Il semble difficile d'admettre une telle proposition »⁴². Dès lors, la balance ne cessera de pencher en faveur de l'État fédéral ou des États fédérés, au gré des volontés de l'Exécutif ou de la Cour suprême.

II. UN FÉDÉRALISME VIVANT

Dans aucun système fédéral, la répartition des compétences entre le Centre et les entités composantes ne saurait se limiter à une liste figée et autosuffisante. Comme l'a démontré tout au long de sa carrière le juge Holmes, « la vie du droit n'est pas la logique mais l'expérience. Ce qui est ressenti comme une nécessité d'une époque, les théories morales et politiques dominantes, les intuitions de politique publique, avouées ou inconscientes, et même les préjugés que les juges partagent avec leurs concitoyens jouent un plus grand rôle que le syllogisme dans la détermination des règles qui doivent servir au gouvernement des hommes »⁴³. De ce présupposé théorique – le réalisme – découle une lecture pragmatique de la répartition des compétences, l'interprétation judiciaire évadant cette dernière des frontières textuelles pour le rendre vivant.

A. Prémises théoriques

Les théories réalistes de l'interprétation auxquelles nous adhérons sans réserve, tout comme celles du courant de la *Sociological Jurisprudence*⁴⁴, conduisent nécessairement à une lecture très pragmatique de la répartition des compétences entre l'Union et les États. Il n'est guère étonnant que les deux écoles s'inscrivent dans la mouvance des mêmes courants philosophiques, à savoir de l'utilitarisme anglais et du pragmatisme américain, notamment de Charles Sanders Peirce, William James et John Dewey⁴⁵. « Le sens d'une chose réside dans ce que la chose produit » selon la philosophie pragmatique⁴⁶ : ainsi, réalistes et représentants de la *Sociological Jurisprudence* définissent le droit par ses résultats, par l'observation de l'expérience, d'où la prééminence des « règles réelles » (*real rules*) sur les « règles sur le papier » (*paper rules*⁴⁷). Le processus de l'interprétation constitutionnelle « n'a rien d'une science : c'est de la politique appliquée »⁴⁸ selon le mot du juge Frankfurter. Le juge doit trouver la signification des formules contenues dans la

42. Cité par E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis, op. cit.*, p. 31.

43. O. W. HOLMES, *The Common law*, Londres, Mac Millan and Co., 1881, p. 1.

44. Nous nous permettons de renvoyer à notre étude, « Que reste-t-il de la *Sociological jurisprudence* dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis ? », in O. JOUANJAN et E. ZOLLER (dir.), *Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis : le moment 1900*, Presses de l'université Panthéon-Assas, sept. 2015, p. 255-271.

45. V. F. MICHAUT, *L'école de la "Sociological Jurisprudence" et le mouvement réaliste américain. Le rôle du juge et la théorie du droit*, thèse, M. Troper (dir.), université de Paris 10-Nanterre, 1985, p. 45-58.

46. C. S. PIERCE, *Collected papers*, Cambridge, Harvard University Press, vol. V, p. 15.

47. K. N. LLEWELLYN, "A Realistic Jurisprudence: the Next Step", *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 1930, p. 30-31.

48. F. FRANKFURTER, in E. PRICHARD et A. MACLEISH (dir.), *Law and Politics*, New York, Harcourt Brace, 1939, p. 6.

Constitution non seulement en lisant le texte fondamental lui-même, mais également en « lisant la vie, c'est-à-dire en accordant toute son importance à l'expérience, en lisant les faits et en ayant la meilleure culture possible »⁴⁹.

À propos de la lecture judiciaire du fédéralisme, nous utilisons volontiers le terme de pragmatisme au sens de l'utilisation faite par Roscoe Pound⁵⁰, celui de réalisme prêtant à la confusion au vu de ses multiples significations. Dans l'absolu, nous convenons avec Elisabeth Zoller que « le réalisme de la Cour est toujours un réalisme d'exception, une sorte de parenthèse dans son histoire qui se renferme sitôt disparues les circonstances qui l'avaient fait naître et qui est toujours suivie d'un retour à l'idéalisme de principe qui l'habite »⁵¹. Mais il s'avère que ce réalisme d'exception a souvent conduit la Cour à opérer une lecture vivante – au sens de la *Living Constitution*⁵² – de l'article 1 section 8 de la Constitution, et que les parenthèses sont particulièrement nombreuses dans ce domaine.

B. Une répartition des compétences pragmatique

Il ne s'agit pas d'enfermer les grands arrêts en la matière dans des rubriques « fédéralistes » ou « antifédéralistes » mais bien d'observer que, selon le contexte, les juges ont fait preuve de pragmatisme en donnant une interprétation contextualisée de la répartition des compétences. Refuser une interprétation trop stricte de la clause de commerce était d'ailleurs bien l'une des missions que s'était assigné le juge Marshall dans l'arrêt *Gibbons* : « Cet instrument (la transformation de la ligue des États en un Gouvernement) contient une énumération des pouvoirs que le peuple a expressément conférés à son Gouvernement. Il a été dit que ces pouvoirs doivent être interprétés strictement. Pour quelle raison devraient-ils l'être ? Y a-t-il une seule phrase dans la Constitution qui fonde cette règle d'interprétation ? »⁵³. L'interprétation de la clause de commerce, et son incidence sur la perception du fédéralisme dualiste, est une illustration particulièrement éclairante du caractère pragmatique de la lecture de la répartition des compétences. Dans l'affaire *Gibbons*, le juge Marshall avait établi que les pouvoirs du Congrès exercés au titre de la clause de commerce étaient justifiés par « des raisons d'intérêt national ». Mais dans des décisions ultérieures, l'accent sera plutôt mis sur la distinction entre les affaires « locales » et « nationales », les premières relevant naturellement de la compétence des États, les secondes de celle de l'Union⁵⁴. Au-delà des nécessités du moment, cette dis-

49. F. MICHAUT, « Le rôle créateur du juge selon l'école de la "*Sociological jurisprudence*" et le mouvement réaliste américain. Le juge et la règle de droit », *RID comp.*, 1987, p. 364.

50. Dans "*Mechanical jurisprudence*", *Columbia law Review*, vol. 8, n° 8, 1908, p. 605-623, R. Pound fustige le « légalisme » et encourage les juristes à « atteindre une science de droit pragmatique et sociologique » (p. 610), à « mettre le facteur humain à une place centrale et reléguer la logique à sa vraie position d'instrument » (p. 609). « Le mouvement sociologique, poursuit-il, est un mouvement pour le pragmatisme en tant que philosophie du droit » (p. 610).

51. E. ZOLLER, « Le réalisme dans la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007, Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel, www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-22/le-realisme-dans-la-jurisprudence-constitutionnelle-de-la-cour-supreme-des-etats-unis.50710.html

52. V. D. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford-New York, Oxford University Press, coll. "The Inalienable Rights", 2010, 176 p. Au sein de la Cour suprême actuelle, le juge Breyer est celui qui plaide le plus pour une Cour qui se préoccupe moins du « sens originel » de la Constitution que de sa « nature vivante ». V. *Active Liberty: Interpreting our Democratic Constitution*, New York, Harvard University Press, 2005, 176 p.

53. Arrêt *Gibbons v/ Ogden*, cité par E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 73.

54. *V. Cooley v/ Board of Wardens of Port of Philadelphia* 53 US (12 How.) 299 (1851).

inction plutôt faible apparaît bien plus comme le reflet idéologique d'une cour moins fédéraliste qu'elle ne l'était sous la présidence du juge Marshall. C'est de manière tout aussi pragmatique que sous l'ère du *New Deal*, la Cour, après la joute aux accents dramatiques qui l'opposa à Roosevelt à propos notamment de l'*Agricultural Adjustment Act* et du *National Industrial Recovery Act* en 1933⁵⁵, finit par offrir au Congrès de larges pouvoirs pour réglementer l'économie nationale⁵⁶. Pour certains auteurs, le *New Deal* ouvre l'ère de la fin du fédéralisme classique, le système des aides financières fédérales notamment devant être analysé « comme un “coin” introduit dans le système fédéral classique à des fins de “fracture” de ce système »⁵⁷. Orientation telle qu'à la fin des années 1960, les candidats à l'élection présidentielle reprirent le thème de la dénonciation du « *Big Government* », le *New federalism* sous Nixon ou Reagan devenant une rhétorique censée redonner leurs pouvoirs naturels aux États. La présidence de la Cour suprême par William Rehnquist allait faciliter cette tâche, les arrêts *United States v/ Lopez*⁵⁸ ou *United States v/ Morrison*⁵⁹ étant révélateurs de cette tendance décentralisatrice. Dans le premier, adopté en 1995, la Cour décida que le port d'armes à feu par les élèves n'avait pas un lien direct avec le commerce interétatique, et que par voie de conséquence, le Congrès ne pouvait réglementer cette matière ; dans la seconde affaire, jugée en 2000, la Cour estima que la violence faite aux femmes était dépourvue de tout lien avec le commerce interétatique. Ce qui, concrètement, revenait à annuler une loi adoptée par le Congrès au titre de la clause de commerce qui permettait aux femmes battues de saisir une Cour fédérale.

L'histoire du fédéralisme et de la répartition des compétences continua ensuite de s'imbriquer dans celle de la Nation. « Cette flexibilité (...) est tout à la fois la plus grande force mais aussi la plus grande faiblesse du fédéralisme américain »⁶⁰. De la même manière que la Grande Dépression avait servi d'argumentaire pour justifier l'amplification des pouvoirs d'un Congrès unificateur, les attentats du 11 septembre vont contribuer à l'émergence d'une centralisation de la gestion, la prévention et la répression de la menace terroriste. Mais sous le contrôle d'une cour suprême vigilante qui n'hésita pas à rappeler à l'exécutif que « *We have long since made clear that a state of war is not a blank check for the President* »⁶¹.

Plus récemment, c'est sans doute l'adoption en 2010 du *Patient Protection and Affordable Care Act* qui a ravivé l'opposition entre défenseurs d'un Gouvernement central fort et ceux des pouvoirs des États. Dès la promulgation de la loi par Barack Obama, une dizaine d'États ont contesté la constitutionnalité de la loi au motif qu'elle violait leur souveraineté. Dans le même temps, une trentaine d'entre eux préparèrent des lois leur permettant de déroger à la loi fédérale. Pour certains *Attorneys* des États, en contraignant les États à établir des bourses d'échange de contrats d'assurance, et en

55. Nous nous permettons de renvoyer à notre étude, « La politique de F. D. Roosevelt : le droit social d'un monde nouveau ? », *Pouvoirs*, n° 150, 2014, p. 41-52.

56. *V. National Labor Relations Board (NLRB) v/ Jones and Laughlin Steel Corporation* 301 US 1 (1937).

57. M.-F. TOINET et H. KEMPF, « La fin du fédéralisme aux États-Unis ? », *Des États-Unis à l'État uni*, *RF sc. pol.*, vol. XXX, n° 4, 1980, p. 763.

58. 514 U.S. 549 (1995).

59. 529 U.S. 598 (2000).

60. M. ROSENFELD, “Pragmatic federalism”, in N. DORSEN, M. ROSENFELD, A. SAJO et S. BAER, *Comparative constitutionalism, Cases and materials*, Thomson West, American Casebook Series, 2nd ed., 2010, p. 360.

61. *Hamdi v/ Rumsfeld*, 542 US 507 (2004). V. égal. les arrêts *Rasul v/ Bush*, 542 US 466 (2004) ; *Rumsfeld v/ Padilla*, 542 US 426 (2004) ; *Hamdan v/ Rumsfeld*, 548 US 557 (2006) et *Boumediene v/ Bush*, 553 US 723 (2008).

les suppléant en cas d'inaction, le Congrès violait la clause de commerce et le Dixième amendement de la Constitution disposant que « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution et qui ne sont pas déniés par cette dernière aux États sont réservés aux États ». La loi était en effet très claire sur le fait que la bourse d'échange pouvait être créée de deux manières : « chaque État peut établir une bourse d'échange de protection de la santé »⁶² ; « mais si l'État ne choisit pas de se doter de sa propre bourse, le Gouvernement peut établir une telle bourse d'échange à l'intérieur de l'État »⁶³. Les célèbres positions du juge Marshall dans l'arrêt *Gibbons* ont été de nouveau brandies comme argument en défense de la légitimité – et constitutionnalité – de la loi. Après avoir validé son principe dans un premier arrêt, la Cour suprême s'est prononcée sur un aspect précis de la loi en permettant ainsi à des millions d'Américains de pouvoir conserver leur assurance maladie grâce au versement d'aides fiscales. La loi était attaquée par plusieurs plaignants qui estimaient qu'elle ne prévoyait pas l'octroi de subventions fédérales pour acquérir une couverture médicale dans un État qui ne s'était pas doté lui-même d'une bourse aux assurances maladie. La loi prévoyait un crédit d'impôt pour ceux qui souscrivaient un contrat d'assurance *via* une bourse d'échange « établie par l'État ». Or, une trentaine d'États ayant refusé de mettre en place ladite bourse, le Gouvernement avait créé un site internet à travers lequel sept millions d'Américains ont souscrit à une assurance santé. En vertu de la loi, ces derniers avaient droit à l'aide fiscale au même titre que les autres. Dans une décision *King et al. v/ Burwell, secretary of health and human services et al.* adoptée le 25 juin 2015 par six voix contre trois, la cour a confirmé que tous les Américains avaient droit à cette aide fiscale, y compris ceux qui avaient utilisé la bourse d'échange fédérale. Et que cette controversée phrase, « établie par l'État » (*an Exchange established by the State*), concernait tant les États que le Gouvernement qui les aurait suppléés. De l'avis des trois juges conservateurs dissidents, Scalia, Alito et Thomas, affirmer qu'« une bourse d'échange établie par l'État » signifie « bourse d'échange établie par l'État ou le Gouvernement fédéral » est tout simplement « absurde », une « magouille interprétative » (*interpretive jiggery-pokery*). Au-delà de l'explication de texte, les juges dissidents rappellent que c'est au Congrès que le peuple américain a décidé de confier les pouvoirs législatifs énumérés dans la Constitution.

Le fédéralisme vivant, c'est une répartition des compétences sans cesse interprétée et réinterprétée à la lumière des circonstances sociales, politiques et économiques. Et même si ces dernières, de nos jours, sont fondamentalement différentes de celles du XIX^e siècle, les arguments judiciaires peuvent être utilisés à l'identique. C'est l'un des aspects les plus admirables de la jurisprudence de la Cour suprême, faite de ruptures, de rebondissements, de va-et-vient et de retours inattendus. En 2016, le droit constitutionnel américain peut encore s'expliquer à travers l'opposition entre Fédéralistes et antifédéralistes. La bataille pour le respect de la compétence des États peut en réalité dissimuler des postures conservatrices, comme dans le cas de l'*Obamacare*, tout comme la bataille de l'interprétation de la clause de commerce peut dissimuler le rejet de l'omnipotence du Gouvernement fédéral. Quoi qu'il en soit, que le curseur soit du côté de la force des États ou de celle de l'Union, son mouvement nous permet de nous extasier, encore et toujours, sur le génie des *Founding Fathers* qui sont parvenus à concilier les deux de manière durable.

62. 42 U.S.C. § 18031 (b) (1).

63. 42 U.S.C. § 18041 (c) (1).