

L'américanisation du droit constitutionnel : Préjugés et ignorances

Élisabeth ZOLLER

Professeur à l'Université de Paris II

RÉSUMÉ. — En matière constitutionnelle, l'américanisation du droit a porté principalement sur la conception de la souveraineté. L'influence américaine sur l'organisation du pouvoir est, en revanche, plus difficile à cerner.

Bien que l'Amérique et la France aient été chacune avec leurs révolutions les creusets de la démocratie moderne, les traditions constitutionnelles américaines et françaises furent longtemps aux antipodes l'une de l'autre. Sur la plupart des chapitres de la discipline, les États-Unis avaient leur modèle, et la France le sien. Il était de tradition d'opposer, d'un côté l'État fédéral, de l'autre l'État unitaire ; dans le premier cas le régime présidentiel, dans le second le régime parlementaire ; aux États-Unis le « gouvernement des juges » avec une Cour suprême puissante et redoutée par le législateur, en France des juges « bouches de la loi » respectueux et soumis à la volonté générale. Sans doute la tradition tient-elle bon et le système constitutionnel français reste encore suffisamment autonome pour qu'on ne le confonde pas avec le système américain. Toutefois, il a enregistré au cours des années récentes un certain nombre d'évolutions qui amènent à s'interroger sur une possible « américanisation » de son état.

Parler d'américanisation du droit, c'est postuler une influence, voire une pénétration des idées juridiques américaines sur le système juridique français. Pour mesurer cette influence, il faut dégager ces idées dans le champ juridique sous investigation, ici, le droit constitutionnel. On s'interrogera donc d'abord sur ce qui fait la spécificité de la culture américaine en matière constitutionnelle. Comment définir « l'américanité » en matière constitutionnelle ? Cette question est moins simple qu'il ne paraît dans la mesure où nous partageons avec l'Amérique beaucoup de points communs : l'attachement à la forme républicaine de l'État, la défense des droits de l'homme, le caractère nécessairement démocratique du gouvernement. Sur tous ces points, nous pensons comme les Américains et les Américains pensent comme nous, en sorte qu'il serait vain de se demander si c'est nous qui nous sommes américanisés ou si c'est eux qui se sont francisés. En dépit de ces similitudes, il est cependant clair que nos systèmes constitutionnels respectifs ne sont pas identiques. D'où vient cela ? La cause en est dans ce seul fait : nous ne pensons pas certains des concepts du droit constitutionnel comme les

Américains. Parmi ces concepts, un semble décisif parce qu'il s'agit du concept fondateur du droit constitutionnel. Il s'agit de la souveraineté.

La souveraineté est la pierre fondatrice du droit constitutionnel dans la mesure où établir une constitution, c'est définir le statut de la souveraineté. Sur ce concept-clé, les idées françaises ont longtemps été radicalement différentes de celles de l'Amérique. Il n'est pas certain que ce soit toujours le cas. Il y a d'abord le processus d'intégration européenne à l'œuvre depuis un demi-siècle qui, nonobstant les dénégations juridiques ou doctrinales, pèse sur le droit constitutionnel français. Il y a ensuite, mais le phénomène est peut-être plus contingent, une aspiration de l'opinion publique à un nouveau type de gouvernement, à ce que faute de mieux nous appellerons un « gouvernement sous surveillance ». Ces deux phénomènes nous invitent à revisiter les préjugés que nous avons sur l'Amérique et les ignorances que nous cultivons sur notre propre système.

1

Concept fondamental du droit constitutionnel, la souveraineté est le pouvoir suprême dans l'État. On la définira avec Tocqueville comme le pouvoir de faire les lois et on posera le principe qu'est souverain le peuple qui se fixe à lui-même ses propres lois. Les Américains partagent avec nous la même définition de la souveraineté comme pouvoir de faire les lois. Mais ils se représentent ce pouvoir suprême d'une manière très différente de la nôtre.

Telle que nous la concevons en France, la souveraineté est indissociable de notre histoire monarchique. En 1789, nous avons changé le titulaire de la souveraineté en la faisant passer du roi à la Nation ; mais nous n'en avons pas changé la nature. À la Révolution, nous avons tenu la souveraineté pour, notamment, « une (et) indivisible » selon la formule de l'article 1^{er}, titre III de la Constitution de l'an I (24 juin 1793) : « une » en ce sens qu'il ne peut y avoir sur le territoire de la République plusieurs souverainetés simultanément de sorte que concurrence et partage sont radicalement exclus ; « indivisible » en ce sens que la souveraineté n'est pas dans un état d'indivision et qu'elle ne peut pas être répartie en plusieurs morceaux, ce qui exclut le démembrement de la République en peuples, communautés, corps ou pays, celle-ci ne connaissant que des individus.

À la même époque, la tradition constitutionnelle américaine s'est faite de la souveraineté une idée très différente de la nôtre. Pour diverses raisons qui tiennent à l'héritage de la *common law*, à l'influence du protestantisme et au poids de leur histoire coloniale, les Américains n'ont jamais aimé la souveraineté et, sans forcer le trait, on pourrait même dire qu'ils s'en sont toujours méfiés. Ils l'ont prouvé avec éclat dans les deux plus célèbres textes de leur histoire constitutionnelle, la Déclaration d'Indépendance de 1776 et la Constitution fédérale de 1787, qui, l'un comme l'autre, ont été écrits contre la souveraineté ; le premier, contre la souveraineté du Parlement de Londres incarnée par Georges III, roi d'Angleterre ; le second, contre la souveraineté des États invités dans le Préambule de la Constitution à réaliser une « Union plus parfaite ». Dans les deux cas, les Américains ont renouvelé une idée ancienne, mais promise à un grand avenir, l'idée de souveraineté limitée.

En elle-même, la notion de souveraineté limitée n'est pas une invention américaine. Même sous l'ancien régime, la souveraineté absolue n'était pas la souveraineté illimitée. Absolue s'entendait *solutus legibus*, c'est-à-dire absoute des lois humaines, et uniquement de celles-ci, en sorte que, aussi absolue fût-elle, la souveraineté restait soumise aux lois de Dieu et au droit naturel, donc limitée par les lois divines et la morale. Là où les Américains ont innové, c'est en introduisant cette singulière idée, à la limite contradictoire dans les termes, de souveraineté limitée *par le droit*, non par le droit naturel, mais par le droit *positif*, c'est-à-dire par un droit en vigueur, directement exécutoire. La plus célèbre application de cette extraordinaire invention est évidemment leur Constitution fédérale qualifiée de « loi suprême » aux lois des États et rendue exécutoire par l'ordre adressé aux juges d'États de la faire prévaloir sur les lois de leurs propres États [Article VI (2) de la Constitution de 1787]. Avec cette notion de souveraineté limitée par le droit, les Américains ont créé ce qu'Alexis de Tocqueville tenait pour « une grande découverte dans la science politique de nos jours », à savoir le fédéralisme.

L'invention du fédéralisme n'a pas seulement engendré l'idée de souveraineté limitée, elle a aussi précipité celle de souveraineté divisée. Car le droit du gouvernement fédéral qui limite le droit de l'État fédéré ne le limite pas en bloc, de manière générale, mais seulement dans le champ des compétences du gouvernement fédéral. En cela, la souveraineté du gouvernement fédéral sur les États, telle que les Pères fondateurs l'ont conçue, n'est pas identique à la souveraineté du Parlement de Londres sur les colonies de l'empire britannique. À la différence du Parlement britannique qui pouvait se saisir de n'importe quelle question et légiférer pour les colonies, le Congrès ne peut légiférer au-dessus des États que dans le cadre des « pouvoirs énumérés » qui lui ont été attribués. Ainsi, de la souveraineté limitée est-on passé à la souveraineté « divisée », c'est-à-dire à la souveraineté « découpée » en morceaux.

La souveraineté divisée n'est elle-même qu'un prolongement, en vérité une conséquence obligée, de la souveraineté limitée par le droit. Dans la mesure où aucun organe, aucun individu ne peut jamais détenir en totalité le pouvoir suprême mais seulement une partie, la souveraineté est nécessairement partagée entre plusieurs mains. Initialement, si l'on s'en tient à l'orthodoxie constitutionnelle américaine, la souveraineté appartient au peuple. Celui-ci en a attribué une partie aux États, une autre au gouvernement fédéral et la troisième, il se l'est réservée pour lui-même. Dans la partie qui fut dévolue au gouvernement fédéral, le peuple a donné un premier morceau au législatif, un deuxième à l'exécutif, un troisième au judiciaire. Cette conception si particulière de la souveraineté limitée et divisée participe du génie du constitutionnalisme américain. Selon une formule qui fut trouvée par le juge Kennedy dans une affaire *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton* (1995) et dont celui-ci se servit pour qualifier l'excellence des travaux accomplis par la Convention de Philadelphie, « les Constituants ont procédé à la fission de l'atome de la souveraineté »¹. Cette formule, plutôt bizarre pour un Français, a beaucoup plu. La Cour l'a répétée dans plusieurs affaires, notamment les affaires *Seminole Tribe of Florida v. Florida* (1995)², *Saenz v. Roe* (1999)³, *Alden*

¹ 514 U.S. 779, 838 où le juge Kennedy écrit dans une opinion individuelle : « *The framers split the atom of sovereignty* ».

² 517 U.S. 44, 151 (Opinion dissidente du juge Souter).

³ 119 S. Ct. 1518, 1527 (note 17).

v. *Maine* (1999)⁴. De cette fission atomique est née une approche du pouvoir suprême et de l'État complètement différente de la nôtre. Un Français n'imagine pas que la souveraineté dans un corps politique puisse être entre plusieurs mains. Pour lui, la souveraineté en tant que pouvoir suprême ne peut être attribuée qu'à une seule tête, à un seul organe. Il en résulte qu'il n'est pas possible d'imaginer une communauté politique sans un, et un seul, pouvoir suprême. La conception américaine est à l'opposé de cette approche. L'État fédéral, tel que les Américains ont conçu l'« Union plus parfaite » dans le préambule de la Constitution de 1787, est un corps politique dans lequel coexistent plusieurs souverainetés.

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, la conception française de la souveraineté était restée immuable depuis l'époque révolutionnaire. La souveraineté était conçue comme un pouvoir suprême, suprême – entendons-nous bien – dans la sphère juridique, mais pas nécessairement dans la sphère morale ou politique, à preuve la place « hors-droit », hors du droit positif, que la Déclaration de 1789 occupait dans la tradition républicaine. Aujourd'hui, cinquante ans se sont écoulés et l'idée d'une souveraineté limitée *par le droit* est entrée dans les mœurs ; elle s'est banalisée dans l'opinion publique ; on peut considérer qu'elle fait maintenant partie de notre culture constitutionnelle.

L'idée d'une souveraineté limitée par le droit est entrée dans le droit constitutionnel français après la Seconde Guerre mondiale lorsque le peuple français accepta par référendum le célèbre alinéa du préambule de la Constitution de 1946 : « Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix. » Elle s'est trouvée consolidée, principalement par les dispositions de l'article 26 de la Constitution du 27 octobre 1946 qui placèrent les traités au-dessus des lois, et accessoirement par celles de l'article 1^{er} de la même Constitution qui ne qualifiait plus la République que de « République indivisible » en omettant le qualificatif « une » de l'époque révolutionnaire. Ces dispositions ont sonné le glas de la souveraineté nationale conçue comme le pouvoir suprême exclusif d'énonciation du droit. Avec ces dispositions, il y a désormais, au-dessus du droit posé par la souveraineté nationale dans la forme des lois qui sont l'expression de la volonté générale, un autre droit, donc d'autres lois. Pour autant qu'elle existe, la véritable « américanisation » du droit a commencé avec ces dispositions parce que ce sont elles qui ont introduit dans le droit national cette idée typiquement américaine d'un droit positif venu d'ailleurs, mais qui n'en est pas moins un vrai droit exécutoire, au-dessus des souverainetés. En 1787, les Américains ont découvert cette idée avec le fédéralisme ; en 1918, après la Première Guerre mondiale, ils l'ont suggérée aux Européens par le biais du droit international et, concrètement, c'est le Président Wilson qui l'a importée sur le continent européen avec sa croisade de la « paix par le droit » et son modèle réduit de fédération miniature qu'était la Société des Nations ; en 1946, dans un climat international favorable, marqué sur le plan politique par les projets très fédérateurs de la conférence de San Francisco sur l'Organisation des Nations Unies et illustré sur le plan doctrinal par les écrits de Georges Scelle, les Français l'ont constitutionnalisées.

Ces dispositions et, plus encore, l'idée qui les sous-tend ont eu une influence considérable. Il n'est que de lire les grandes décisions du Conseil constitutionnel rela-

⁴ 119 S. Ct. 2240, 2265.

tives à la construction européenne pour mesurer combien la disposition du préambule de 1946 a servi la cause d'une intégration « constitutionnellement correcte » de notre pays à la formation d'une Europe unie. Toutes y font référence. Certes, des juristes pointilleux feront observer que ces décisions sont rédigées de telle sorte qu'il est possible de les lire comme excluant toute idée de souveraineté limitée, au sens où la notion de limites à la souveraineté est communément comprise aux États-Unis. L'un des arguments les plus forts, de ce point de vue, est le treizième considérant de la décision *Maastricht I* dans lequel le Conseil constitutionnel a pris soin de qualifier l'Union européenne de « organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les États membres »⁵. À l'époque où la décision fut rendue, certains commentateurs attentifs avaient souligné que la qualification retenue par le Conseil avait pour conséquence de préserver la souveraineté de la France et, en particulier, de maintenir la nuance entre les « transferts de compétences » qui sont constitutionnellement autorisés et les « transferts de souveraineté » qui sont en principe interdits. Est-elle aussi décisive qu'on l'a dit ? Peut-être moins qu'on ne le croit car la souveraineté n'est après tout qu'un faisceau de compétences. Beaucoup plus important, en revanche, est le fait d'avoir qualifié l'Union européenne, dans la même décision, de « organisation internationale ». Dire que l'Union est une organisation internationale signifie qu'elle n'est ni une confédération, ni *a fortiori* une fédération. C'est dire aussi que le droit communautaire n'est qu'un droit « international », et non « interne » ou même un droit *sui generis*. C'est donner à l'État, ou plutôt lui « redonner » (tant le débat qui précéda Maastricht donnait à penser qu'il l'avait perdu), le pouvoir souverain par excellence, mieux l'essence même de la souveraineté : le pouvoir d'être seul juge dans les situations qui le mettent en cause. En pratique, on peut évidemment se demander si cette qualification de « organisation internationale » correspond bien à la réalité concrète de l'Union européenne et on sait que la réponse est pour le moins débattue.

Quoi qu'il en soit, si « américanisation » de notre droit constitutionnel il y a eu, c'est d'abord avec la construction européenne qu'elle a commencé. La construction européenne qui s'est mise en marche à partir des années 1950 nous a placés en vérité dans la situation des États de l'Union américaine au début du XIX^e siècle telle que ceux-ci à l'époque se représentaient leur situation dans l'Union. Aucun d'entre eux ne doutait qu'il était souverain au même titre que pouvait l'être le gouvernement fédéral dans sa sphère de compétences. Dans la réalité des choses, les États de l'Union n'étaient plus tout à fait souverains, mais ils faisaient « comme si », et ils proféraient, notamment au Sud, des théories constitutionnelles qui ne sont pas loin de rappeler certaines prétentions aujourd'hui couramment répandues parmi les membres de l'Union européenne, ainsi des théories de la nullification de John C. Calhoun. La similitude de situation entre les deux formes d'Union, l'Union américaine du début du XIX^e siècle et l'Union européenne de la fin du XX^e siècle, ne doit pas étonner car, au départ, nous nous sommes engagés, à l'initiative de Jean Monnet et des partisans des États-Unis d'Europe, dans un processus fédéral qui a été pensé et conçu à partir du modèle qu'avait connu l'histoire constitutionnelle américaine.

⁵ CC, Déc. 92-308 DC, *Maastricht I*, 9 avril 1992, cons. 13, *R.J.C. I*, p. 497.

Aux États-Unis, la construction fédérale s'est constitutionnellement articulée sur deux principes : 1°) le principe de suprématie du droit fédéral sur le droit des États fédérés qui a été prévu dans la Constitution fédérale de 1787 [Article VI (2)] ; 2°) le principe de la compétence de dernier ressort de la Cour suprême sur toute question d'interprétation du droit fédéral, qui ne fut pas formellement prévu dans la Constitution, mais qui fut établi dès 1789 par l'article 25 de la loi sur l'organisation judiciaire (*Judiciary Act of 1789*). Les traités communautaires ne contiennent pas le premier principe en termes exprès ; en revanche, ils contiennent le second dans la mesure où ils ont retiré aux autorités nationales, notamment aux autorités juridictionnelles, la compétence d'interprétation en dernier ressort des traités constitutifs. Tel est l'effet de plusieurs dispositions des traités communautaires, dont celles notamment sur le renvoi préjudiciel en interprétation. Toutes ces dispositions, combinées entre elles, donnent en pratique à la Cour de justice des communautés, et à elle seule, le pouvoir du dernier mot sur ce que signifie le droit communautaire, donc ultimement sur ce qu'il implique pour les droits nationaux, y compris le droit constitutionnel.

Sans qu'il soit possible de revenir ici sur une histoire très complexe, il est clair qu'au final les juridictions françaises ont tout fait pour enrayer un processus jugé autant fatal que funeste. Comment ? En faisant de la Constitution la norme suprême de la République dans l'ordre interne et en la plaçant au-dessus des traités, y compris les traités européens. Cette évolution avait été initiée par le Conseil constitutionnel dès la décision *Maastricht I* du 9 avril 1992⁶, elle a été poursuivie et approfondie par le Conseil d'État dans une décision *Sarran et Levacher* du 30 octobre 1998⁷, elle vient d'être consacrée par la Cour de cassation siégeant en Assemblée plénière dans un arrêt du 2 juin 2000 rendu dans une affaire *Fraïsse*⁸. Nos trois plus hautes juridictions ont renoué avec la tradition des légistes du roi de France ; le souverain, entendez le peuple français, est empereur en son royaume. Il en a été de même chez certains de nos partenaires. Les plus traditionnels sont certainement les Anglais qui n'ont pas admis que l'intégration européenne modifie en quoi que ce soit le principe constitutionnel de la souveraineté parlementaire (*parliamentary sovereignty*). Ce principe qui veut qu'un Parlement ne puisse pas lier un Parlement successeur fait que l'Angleterre s'est réservé le pouvoir souverain du dernier mot.

Bien entendu, les partisans de l'Europe fédérale ont trouvé une parade à ces décisions très « souverainistes » des juges français. Sans qu'on puisse véritablement s'étonner, c'est une parade qui avait été déjà mise en œuvre par les fédéralistes au début de l'Union américaine. Elle consiste à dire que les traités européens ne sont pas des vrais traités au sens de traités internationaux, mais qu'ils participent déjà de la nature d'une « constitution », à tout le moins d'une charte constitutionnelle. C'est exactement le discours que tenait le Président Marshall dans tous les grands arrêts qui ont fondé l'unité nationale des États-Unis au début du XIX^e siècle. Il disait en substance aux États de l'Union : « Vous n'êtes pas soumis à un pacte, mais à une Constitution ». Et il avait raison

⁶ Notamment par ce qualificatif « d'organisation internationale » attribué à l'Union, v. *supra*.

⁷ CE, Ass. 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *R.F.D.A.* 1998, p. 1081, concl. Maugüe, note Alland.

⁸ Cass., Ass. plénière, 2 juin 2000, *D.* 2000, Jur. p. 180.

pour plusieurs motifs : la Constitution des États-Unis avait été établie au nom de « Nous, le Peuple des États-Unis », le célèbre *We the People* qui ouvre la Constitution fédérale ; la qualification de « Constitution » avait été expressément retenue en tant que telle dans le préambule (*We the People of the United States, ..., do ordain and establish this Constitution for the United States of America*) ; la Constitution avait été ratifiée dans les États par le peuple de chacun d'entre eux réuni dans des conventions constitutionnelles ; enfin, cette Constitution ainsi que les lois et traités des États-Unis avaient été reconnus comme devant tenir lieu de « loi suprême du pays » (*supreme law of the land*).

De quelque côté que l'on prenne la question, il est impossible de tenir les textes européens existants, depuis le traité de Paris de 1950 sur la C.E.C.A. jusqu'au traité d'Amsterdam de 1997, comme générateurs d'une « constitution » ou d'un « droit constitutionnel » au sens donné par les États-Unis à ces termes parce que tous les textes européens sont des traités établis par des États souverains et que le principe de suprématie que la Cour de justice des Communautés n'a jamais osé énoncer en tant que tel (mais qu'elle a insinué sous le couvert du principe de primauté dans l'affaire *Costa c. E.N.E.L.* de 1964⁹) n'a jamais été accepté au niveau constitutionnel par les États membres. Si donc il n'est pas encore possible de parler d'une « constitution » européenne, au sens d'une véritable « constitution normative »¹⁰, c'est parce qu'en Europe, il n'y a pas un peuple souverain qui serait placé au-dessus de quinze autres peuples souverains et qui pourrait souverainement légiférer pour eux. Le jour où ces quinze peuples souverains accepteraient de mettre au-dessus d'eux un autre souverain, différent d'eux et pourtant composé en partie de leur substance, et qu'ils reconnaîtraient les lois de ce souverain comme suprêmes, c'est-à-dire comme devant l'emporter sur leurs propres lois, y compris leurs constitutions, ce jour-là les droits constitutionnels des membres de l'Union, et le droit français avec eux, seront alors véritablement « américanisés ».

1

La manière contrastée dont la souveraineté a été pensée en France et en Amérique a entraîné deux visions radicalement différentes du pouvoir. Il y a encore peu, un gouffre nous séparait des Américains sur la manière dont le pouvoir était conçu des deux côtés de l'Atlantique. La différence avait été admirablement vue dès 1803 par l'une des grandes figures du droit américain, le juge John Marshall, président de la Cour suprême, dans l'illustrissime décision *Marbury v. Madison*. Marshall y exprima l'idée désarmante de simplicité qu'une constitution consiste toujours à organiser un gouvernement en assignant aux différents pouvoirs leurs compétences respectives, mais qu'il y avait deux types de constitutions, « celles qui s'arrêtaient là, et celles qui établissaient des limites

⁹ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, 6/64, *Rec.*, 1141.

¹⁰ Une « constitution normative » s'oppose à une « constitution descriptive » comme j'ai tenté de l'expliquer dans *Droit constitutionnel*, PUF « Droit Fondamental », 2^e éd., 1999, § 17, p. 31-33. Alors que la seconde désigne n'importe quel type de gouvernement (du gouvernement d'une société anonyme par actions ou d'une organisation internationale au gouvernement d'un État), la « constitution normative » organise certes aussi un gouvernement, mais elle l'organise en tant qu'acte de souveraineté dans un texte qui est formellement « loi suprême ».

que ces pouvoirs ne devront pas dépasser »¹¹. Jusqu'à une date récente, les gouvernements français ont toujours ressorti du premier modèle. Rien n'était plus éloigné de nos traditions politiques et constitutionnelles que cette notion américaine de souveraineté limitée, c'est-à-dire de pouvoir ligoté, encadré, cantonné à ses compétences énumérées comme les Américains l'ont organisé dans leur Constitution fédérale.

Pour comprendre la conception américaine du pouvoir, il faut remonter aux origines de la fondation de l'Amérique. Les Américains se sont toujours méfiés du pouvoir, non seulement parce qu'ils en avaient été victimes en Angleterre pour ceux qui avaient fui les persécutions, mais encore parce que le puritanisme leur a enseigné que l'homme est une créature aisément corruptible, que le pouvoir corrompt et que le pouvoir absolu corrompt absolument. Ils ont donc fait des constitutions où, partout, le pouvoir est morcelé, divisé en des branches qui ne peuvent rien faire sans le concours des autres et qui se surveillent réciproquement. Personne, nul individu, nul organe n'a la totalité du pouvoir ; chaque pouvoir est sous le contrôle d'un autre, parfois des deux autres. Nulle part plus qu'aux États-Unis, on ne trouve de théorie plus élaborée des contre-pouvoirs et des équilibres qu'il faut imposer à chacun des pouvoirs de gouvernement (*checks and balances*). Ce régime, c'est le régime présidentiel dont l'esprit est totalement différent du régime parlementaire propre aux traditions européennes et qui se refuse à enchaîner le pouvoir comme un Gulliver au pays des Lilliputiens. Ce pouvoir qui est, pour nous, la souveraineté nationale, nous avons coutume de le déléguer à une Assemblée ou à un homme, toujours en totalité, jamais en partie, pour le meilleur et pour le pire. Mais aujourd'hui, l'idée qu'il faut limiter le pouvoir et l'« empêcher » par des contre-pouvoirs – comme le recommandait Montesquieu (si bien compris par Madison) – est devenue une idée presque banale en France. On n'en veut pour preuve que l'extraordinaire succès rencontré dans l'opinion publique par le Conseil constitutionnel, contre-pouvoir jugé essentiel d'un législateur dorénavant soupçonné à perpétuité de commettre des abus de pouvoir. Qu'il semble loin le temps où l'Assemblée nationale parlait souverainement au nom de la Nation ! Cependant, aussi importante soit-elle, la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'a pas bouleversé des traditions séculaires et il est, pensons-nous, très excessif de tirer prétexte de l'évolution qui a marqué cette institution depuis les années 1970 pour conclure (avec effroi ou ravissement, selon les cas) à une américanisation du droit constitutionnel français.

À en croire les critiques du contrôle de constitutionnalité des lois et du « gouvernement des juges », l'évolution du Conseil constitutionnel au cours des vingt dernières années aurait fait de cette institution une « Cour suprême » à la française. Leur argumentation est en gros la suivante. Le Conseil constitutionnel n'a pas seulement changé la conception que nous nous faisons de la loi [rappelons pour mémoire le célèbre *dictum* : « [L]a loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution »¹²], il aurait changé la conception que nous nous faisons du droit constitutionnel. Aux États-Unis, le droit constitutionnel est avant tout un droit judi-

¹¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176 (1803) reproduit in Élisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, PUF « Droit Fondamental », 2000, p. 71, notamment p. 101.

¹² C.C., déc. 85-197 DC, *Évolution de la Nouvelle-Calédonie II*, 23 août 1985, cons. 27, *R.J.C. I*, p. 241.

ciaire, entendez un droit dit par le juge, c'est-à-dire composé par les centaines de volumes des arrêts rendus par les cours de justice, fédérales et d'États, et unifié au sommet par la Cour suprême des États-Unis. En France, le droit constitutionnel était jusqu'ici un droit politique, au sens d'un droit élaboré, interprété et énoncé par des organes politiques, et la notion de « contentieux constitutionnel » était inconnue. Or, poursuit-on, chacun sait qu'il existe aujourd'hui en France une série de volumes constitutifs d'une jurisprudence constitutionnelle et que chaque année apporte son flot de nouvelles décisions. L'existence du Conseil constitutionnel, la place inattendue qu'il s'est acquise dans nos institutions avec la décision *Liberté d'association* de 1971¹³, laquelle fut même présentée par certains comme le *Marbury v. Madison* français¹⁴, la consolidation de ses positions qu'il a réussi à opérer dans les années 1980, tout ceci constitue un changement de grande amplitude qui serait de nature à permettre le rapprochement avec la Cour suprême et à évoquer le « gouvernement des juges ».

Qu'à partir de la réforme constitutionnelle de 1974, la croissance continue et régulière d'une abondante jurisprudence constitutionnelle ait représenté pour les constitutionnalistes, comme l'a si bien dit le Président Benoît Jeanneau, « une divine surprise »¹⁵, cela n'est pas douteux. Mais, en dépit des rapprochements si souvent tentés, le Conseil constitutionnel n'en est pas devenu pour autant une Cour suprême. L'existence de la Cour suprême aux États-Unis est, en effet, indissociable de leur structure fédérale, et la puissance de cette institution s'explique principalement parce que les États-Unis sont un État fédéral. Contrairement à ce que l'on se plaît à imaginer, le contrôle de constitutionnalité des lois du Congrès n'occupe qu'une part marginale de l'activité de la Cour suprême. De plus, même quand il est mis en œuvre, ce contrôle est très souvent en relation directe avec la structure fédérale de l'Union parce qu'il est généralement fondé sur les compétences limitées du gouvernement fédéral. L'essentiel du travail de la Cour suprême consiste à faire deux choses : 1) assurer la soumission des constitutions, lois et règlements des cinquante États de l'Union à la Constitution, aux lois et traités des États-Unis ; 2) assurer une interprétation uniforme des lois fédérales par les juridictions fédérales et d'États. Il est clair que notre Conseil constitutionnel ne fait ni l'un, ni l'autre.

Le Conseil constitutionnel n'est pas au sommet d'un État fédéral et son contrôle n'a rien à voir avec celui que la Cour suprême exerce sur les cours d'appel fédérales ou sur les cours suprêmes et les législatures des États. Le seul point sur lequel le contrôle de la Cour suprême pourrait se rapprocher de celui exercé par le Conseil constitutionnel est celui que la Cour exerce sur les lois du Congrès contraires à des dispositions du *Bill of Rights* (c'est-à-dire les dix premiers amendements à la Constitution fédérale de 1787). Mais ces affaires sont rares, sinon sporadiques, dans le contentieux de la Cour suprême. D'autre part, lorsqu'elles arrivent devant elle, c'est toujours sous forme d'authentiques

¹³ C.C., déc. 71-44 DC, *Liberté d'association*, 16 juil. 1971, *R.J.C. I*, p. 24.

¹⁴ J.E. Beardsley, « The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France », *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, 1972, p. 431, 432-433 ; J.E. Beardsley, « Constitutional Review in France », *Supreme Court Review*, 1975, p. 189 ; Haimbaugh, « Was It France's *Marbury v. Madison*'s ? », *Ohio State Law Journal*, vol. 35, 1974, p. 910.

¹⁵ Propos introductifs de M. Benoît Jeanneau à la Journée sur le droit constitutionnel organisée par l'Institut Michel Villey le 26 mai 2000 à l'Université de Paris II.

procès mettant aux prises de véritables plaideurs avec leurs intérêts et leurs passions, alors que le Conseil constitutionnel en exerçant son contrôle sur des questions abstraites ne travaille pas comme un organe judiciaire, mais comme un conseil, et s'apparente plutôt à une troisième chambre législative.

Enfin et surtout, si le Conseil constitutionnel n'exerce pas un « gouvernement des juges », c'est parce qu'il est toujours possible de renverser sa jurisprudence. Aux États-Unis, en revanche, il est très difficile de renverser la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême¹⁶. Selon le célèbre aphorisme du Président Hughes, la Constitution y est bel et bien ce que les juges disent qu'elle est, tout simplement parce qu'il est très difficile de lui faire dire autre chose. Mais le Conseil constitutionnel, lui, est très loin d'avoir ce pouvoir d'énonciation du droit de la Constitution « en dernier ressort » pour ainsi dire, pour la simple raison que les conditions de la révision constitutionnelle sont, en France, beaucoup plus souples qu'elles ne le sont aux États-Unis. La preuve en est qu'il n'y a pas eu jusqu'à maintenant une seule de ses déclarations d'inconstitutionnalité qui n'ait pu être renversée lorsqu'une large majorité l'a voulu. Ce fut le cas des décisions du Conseil déclarant inconstitutionnelles les quotas par sexes, les limitations au droit d'asile, l'acceptation par la France de la juridiction de la Cour pénale internationale. La facilité avec laquelle il est possible de renverser la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme le prouvent les nombreuses révisions constitutionnelles intervenues depuis 1992, pourrait même, si elle devait se poursuivre, finir par ébranler l'autorité de l'institution¹⁷. On est loin, très loin, de nourrir les mêmes inquiétudes pour la Cour suprême.

En l'état actuel du droit positif, le statut, le rôle et les fonctions du Conseil constitutionnel ne permettent pas de conclure à une américanisation du droit constitutionnel français. De plus, cette conclusion ne nous paraîtrait même pas devoir être révisée si la proposition d'introduire l'exception d'inconstitutionnalité devant les juridictions ordinaires, telle qu'on l'envisagea un instant à la fin des années 1980, devait un jour aboutir. La raison tient au fait que, dans le projet de loi constitutionnelle déposée en 1989, la question de constitutionnalité est toujours pour le juge judiciaire ou administratif une question préjudicielle qu'il ne peut pas trancher lui-même, mais qu'il doit renvoyer à sa juridiction suprême qui, elle-même, saisit un organe-filtre composé de juges des deux juridictions suprêmes (Cour de cassation et Conseil d'État) pour décider s'il y a lieu de demander au Conseil constitutionnel de se prononcer. S'il devait être adopté, ce système compliqué nous tiendrait encore très éloigné du modèle américain dans la mesure où il priverait le Conseil d'une caractéristique propre et fondamentale de la Cour suprême qui est d'être un arbitre entre plusieurs interprétations constitutionnelles différentes et qui ne se comprend que dans la dimension fédérale du contrôle américain de constitutionnalité. D'autre part, ce système ne changerait rien au fait qu'il serait toujours possible de renverser les interprétations juridiques du Conseil constitutionnel au moyen d'une révision

¹⁶ V.E. Zoller, « Le judiciaire américain, l'interprétation et le temps, Deux points de vue », *Droits*, n° 30, 1999, p. 97.

¹⁷ V. la conférence prononcée le 24 janvier 2000 par M. Yves Guéna, Président du Conseil constitutionnel, devant l'Académie des sciences morales et politiques sur le thème « Les révisions constitutionnelles, signe de l'air du temps ? ». L'auteur remercie M. Yves Guéna de lui avoir aimablement communiqué le texte de son intervention.

constitutionnelle. De quelque côté que l'on prenne la question, le Conseil constitutionnel n'aurait pas, comme la Cour suprême le détient dans l'immense majorité des cas, le pouvoir du dernier mot sur les questions juridiques soulevées par la Constitution.

1

En conclusion, l'américanisation du droit constitutionnel relève aujourd'hui plus des mythes que des réalités. Qu'il y ait une attirance pour le modèle constitutionnel américain, cela n'est pas douteux, et la construction européenne encore une fois y est pour beaucoup. Mais on en reste pour l'heure au stade des possibles. Puisqu'avec les possibles, on est dans le domaine de l'aléatoire et du probable, on évoquera la récente proposition de révision constitutionnelle sur la durée du mandat présidentiel. Quoi qu'on ait pu en dire, le président français n'est pas, et n'a jamais été, comparable au président américain. Rien ne rapproche les deux présidents ni en termes de compétences, ni en termes de statut. En termes de compétences, le président américain n'est nullement la « clef de voûte » des institutions américaines (pour reprendre la formule que Michel Debré appliqua au président français dans les institutions de la V^e république) pour cette raison très simple qu'il n'est pas le chef d'État d'un gouvernement parlementaire chargé « [d'] assurer [r], par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État ». Si l'on voulait vraiment « américaniser » le président français, il faudrait, d'une part, supprimer le premier Ministre et la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée, et d'autre part, retirer au président le droit de dissolution. Nous en sommes loin. En termes de statut, il existe d'autre part une différence capitale entre les deux présidents. Le président américain n'est pas tenu comme le président français pour un « gardien de la Constitution ». Certes, il prête serment sur la Bible de remplir fidèlement ses fonctions et de défendre la Constitution. Mais, à l'inverse du président français, on n'attend pas de lui qu'il se pose au-dessus des pouvoirs constitués en gardien de la loi fondamentale. En France, en revanche, si l'on en juge par la première phrase du premier article qui parle de lui dans la Constitution, c'est là sa première fonction, l'article 5 débutant ainsi : « Le président de la République veille au respect de la Constitution ». Aux États-Unis, qu'il s'agisse de l'immense majorité des juristes ou même de l'opinion publique, cette tâche de « gardien de la Constitution » est unanimement considérée comme dévolue par priorité à la Cour suprême.

S'il est adopté, le passage du septennat au quinquennat aura certainement des conséquences sur le fonctionnement des institutions. Il n'est pas facile de les évaluer ; mais une chose est sûre, ces conséquences ne seront pas celles d'une américanisation du droit constitutionnel. Le quinquennat « sec » ne mène pas au régime présidentiel, tel que ce terme est entendu dans le contexte américain. C'est même, au milieu de toutes les incertitudes suscitées par ce projet de réforme, la seule certitude que l'on puisse avoir à son sujet.

Université de Paris II
12 Place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05