

Apostolos Vlachogiannis

DAVID STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION*,
OXFORD - NEW YORK, OXFORD UNIVERSITY PRESS,
COLL. « THE INALIENABLE RIGHTS », 2010, 176 p.

Ce livre ne fait, à plusieurs égards, que résumer et simplifier les thèses énoncées par David Strauss dans les divers articles qu'il a publiés dans les revues juridiques américaines majeures lors des quinze dernières années. Au cours de cette période, la doctrine constitutionnelle américaine a été obligée d'envisager les termes asymétriques du rapport entretenu par le texte constitutionnel et le droit constitutionnel positif. Autrement dit, elle a dû épuisser l'aporie suivante : comment peut-on expliquer le fait que le texte ne fournit qu'une image incomplète et elliptique de la diffuse réalité constitutionnelle américaine ? Participant activement, par le présent ouvrage, à ce débat central portant essentiellement sur les modalités du changement constitutionnel informel et sur la nature du constitutionnalisme américain, le Professeur de l'Université de Chicago trouve l'occasion de reformuler ses positions antérieures qui l'ont érigé en éminent porte-parole de la vision du *common law constitutionalism*.

La thèse principale du livre consiste à annoncer l'identification de la *Constitution vivante américaine* à une constitution développée suivant la méthode du *common law*. Pour mieux saisir la portée de cette idée, il faut d'abord avoir recours à la distinction proposée entre le texte constitutionnel et la « constitution », à savoir la constitution en œuvre. Selon Strauss, au-delà du document officiel, existe également la « constitution », composée des précédents judiciaires, ainsi que des traditions et des perceptions communes développées en dehors des tribunaux. Le texte constitutionnel et la « constitution » forment ensemble ce que l'on appelle la « Constitution vivante américaine ». Explorant donc les traits généraux de la Constitution vivante proprement dite, l'auteur cherche à nous montrer à quel point le concept de *common law constitution* pourrait effectivement être utile pour justifier et rationaliser certains domaines problématiques de l'activité de la Cour Suprême et approfondir ainsi le paradoxe de la mutation constitutionnelle sans modification du texte.

Par ailleurs, contraint d'affronter la question de la textualité de la Constitution, Strauss n'hésite pas à adopter une démarche tout à fait provocatrice : non

seulement le texte constitutionnel se réduit à une fonction de terrain d'entente (*common ground*), mais, à leur tour, les amendements formels sont, *horribile dictu, dénuées de pertinence (irrelevant)* pour l'explication et la compréhension du développement de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême. C'est précisément cette thèse, combinée avec l'élaboration du concept de *common law constitutionnel*, qui constitue la plus grande contribution de ce livre, dont la diffusion va certainement déclencher une série de commentaires et de critiques du côté des constitutionnalistes américains.

Le concept de Constitution vivante

Tout d'abord, on constate facilement que l'idée de *living constitution* imprègne tout le livre et est érigé en clef de voûte de l'analyse du régime américain, telle qu'elle est esquissée par Strauss. Dans un premier temps, l'auteur adopte à propos de ce sujet la définition du Juge Scalia : la Constitution vivante est une Constitution qui « évolue, change au cours du temps et s'adapte aux nouvelles circonstances sans qu'elle soit formellement modifiée/révisée (*amended*) » (p. 1). De cette définition, il résulte que l'idée d'une Constitution américaine vivante n'exprime pas une image idéale - et purement théorique - de la Constitution de 1787. En revanche, elle dérive plutôt de la réalité de la vie politique Outre-Atlantique. En d'autres termes, il s'agit d'une thèse sur l'inévitabilité de la constitution vivante qui s'échafaude par le syllogisme suivant : Etant donné la propension au changement de la société américaine, la Constitution doit aussi absolument changer, parce que sinon elle serait simplement ignorée ou, pire, elle serait un vestige, voire un obstacle qui empêcherait le progrès et le fonctionnement normal de la société. Or, le changement par voie d'amendement formel est quasiment impossible, vu la lourdeur de la procédure de révision, telle qu'elle est prévue par l'article V. Donc, le recours à la notion de Constitution vivante est la seule alternative disponible pour réaliser le changement constitutionnel requis, sans pour autant modifier le texte.

Dans un deuxième temps, on s'aperçoit vite que l'affirmation de cette idée a des implications très importantes quant à la conception de la temporalité et du caractère écrit de la Constitution. D'un côté, l'idée d'une constitution en mutation constante fait fi du postulat de la permanence des principes fondamentaux constitutionnels, dont la raison d'être est précisément de rester à l'abri du changement. De l'autre côté, l'acceptation de l'idée d'une constitution malléable ne fait qu'accroître la crainte de manipulation du texte dans la perspective de produire des résultats politiquement désirables. Au regard de ces remarques bien ciblées, on voit clairement que le problème que toute théorie constitutionnelle devrait résoudre, se présente en de tels termes : comment avoir une Constitution qui soit à la fois vivante, adaptable et changeante, mais aussi

invinciblement stable et insensible à la manipulation humaine ? Pour Strauss, la solution est claire et inhérente à la tradition constitutionnelle américaine : le concept de « *common law Constitution* » (p. 3).

Les « péchés originels » de l'originalisme

Avant de mieux éclaircir cette notion, élaborée pour la première fois dans les années 1970 par Harry Wellington et Henry Monaghan, Strauss tente d'abord de mettre à l'écart la théorie concurrente, notamment l'originalisme¹, surtout tel qu'il est défendu par le Juge Scalia. Pour établir sa thèse générale, selon laquelle l'originalisme est à la fois une doctrine absolument incompatible avec la pratique américaine passée et déformatrice des principes du constitutionnalisme américain, l'auteur de la *Living Constitution* dresse un bilan particulièrement sombre de l'« Amérique des originalistes » à savoir de l'Amérique telle qu'elle serait aujourd'hui si la théorie originaliste avait été appliquée dans toute son étendue et avec toutes ses implications. Dans le but d'illustrer et de renforcer cette image, il fournit plusieurs exemples pratiques concrets. Figurant à la tête de cette liste des « péchés originels », on trouve la ségrégation raciale qui serait éventuellement encore à l'œuvre, au moins dans le District de Columbia. De même, la discrimination contre les femmes serait une pratique qui ne porterait pas atteinte au principe d'égalité. Le Bill of Rights ne serait probablement pas appliqué dans les États fédérés, ni le principe d'« une personne, un vote » et, par conséquent, les décisions sur le découpage électoral n'auraient jamais existé. Enfin, un nombre extrêmement important de lois, comme notamment les lois réglementant le travail, protégeant l'environnement ou les consommateurs, seraient toutes jugées comme inconstitutionnelles (pp. 12-16).

Résumant les critiques classiques adressées contre l'originalisme, Strauss aboutit, sans aucune hésitation, à la conclusion que celui-ci conduit à d'insurmontables impasses, aussi bien théoriques que pratiques. Cependant, pour les partisans de l'originalisme, cette théorie demeure la seule acceptable. Suivant cette logique, en dépit de ses défauts, l'originalisme devrait de toute manière être adopté, étant donné qu'il n'y a aucune autre théorie bien établie qui respecte la normativité de la Constitution et qui puisse limiter l'arbitraire judiciaire. Effectivement, Strauss reconnaît que la théorie rivale, à savoir le courant appelé

1. Par originalisme, il faut entendre la théorie d'interprétation constitutionnelle selon laquelle, lorsque le texte n'est pas clair, le sens des dispositions constitutionnelles doit être découvert à l'aide soit des intentions des Rédacteurs du texte constitutionnel (*original intentions of the Framers*) soit du sens commun du texte, tel qu'il était entendu au moment de son adoption (*original public meaning*).

*living constitutionalism*², par l'évocation d'une flexibilité infinie, semble traiter le texte de la Constitution comme dénué de sens, et se présente donc comme incapable d'imposer des contraintes aux juges. Ceci dit, l'auteur du livre est convaincu que si l'on pouvait fournir une version cohérente et rigoureuse du *living constitutionalism*, qui ne soit pas sujette aux reproches ci-mentionnés, la position originaliste perdrait sa raison d'être et se saperait progressivement jusqu'à son écroulement final.

L'idée d'un *common law* constitutionnel

Comme le déclare Strauss par la suite, cette théorie alternative existe déjà, heureusement, et est, avant tout, enracinée dans la tradition juridique américaine, quoique non expressément articulée au niveau constitutionnel : cette théorie se fonde sur l'idée d'un *common law constitutionnel* (p. 36). Selon la prémisse centrale de cette théorie, le texte joue, en droit constitutionnel, un rôle plutôt cérémonial et solennel que substantiel dans la plupart des cas majeurs. En revanche, les véritables sources d'interprétation résident dans les précédents ainsi que dans les considérations de politique législative et de traitement équitable (*good policy, fairness*). La différence entre, d'une part, la méthode textuelle employée lors de l'interprétation des lois du Congrès et, de l'autre, la méthode du *common law*, telle qu'elle est appliquée lors de l'interprétation de la Constitution américaine, correspond en l'occurrence à la distinction entre les deux grandes traditions juridiques occidentales. Plus précisément, une des deux composantes fixes de cette tradition est, d'après Strauss, la théorie positiviste selon laquelle le droit est le commandement émis par le souverain, démocratiquement élu ou non, et dont l'originalisme n'est qu'une version - tout de même - « fondamentaliste ». L'autre composante est le modèle du *common law*, fondé sur l'idée d'une création coutumière du droit. D'après cette vision, le droit est le produit évolutif de plusieurs générations et de plusieurs auteurs. Son autorité repose sur son enracinement dans la tradition et sur l'acceptabilité générale des règles juridiques, par des générations successives. Il en découle que son contenu est déterminé grâce au processus judiciaire de découverte et de création, et non par le biais de l'interprétation d'un texte unique faisant autorité.

Strauss opte en particulier pour l'analyse burkénne, qui trace, au sein de la pensée américaine, la version « canonique », et simultanément conservatrice, du

2. Par *living constitutionalism*, il faut entendre la théorie selon laquelle la Constitution doit constamment s'adapter aux valeurs et aux idéaux changeants du peuple américain. Il faut ici noter que ce terme est chargé d'un sens plutôt péjoratif chez les auteurs américains, étant donné qu'il est quasiment toujours associé avec l'activisme judiciaire.

common law. Pourtant, tout en s'inspirant du modèle burkéen et en y puisant les avantages du respect des précédents, il tente par son approche novatrice, de neutraliser sa charge idéologique conservatrice. Autrement dit, il essaye de fournir une théorie progressiste de la règle du précédent, qui, tout en tenant compte du besoin de stabilité en droit, puisse intégrer de manière ordonnée la possibilité d'innovation. Sous ce prisme, Strauss suggère que l'approche du *common law* l'emporte, à tous les égards, sur l'originalisme, et saurait constituer une alternative aussi bien scientifiquement que politiquement supérieure. Car non seulement elle parvient à limiter le pouvoir discrétionnaire du juge et à promouvoir la stabilité et la continuité du droit, mais elle s'avère également et davantage capable d'incorporer les changements sociaux et de garantir ainsi un haut degré de protection judiciaire des droits individuels.

Suivant l'analyse de Strauss, les vertus du *common law constitutionalism* ne sauraient être appréhendées que par l'examen des résultats jurisprudentiels concrets que cette méthode aurait produits. Le développement de la jurisprudence de la Cour Suprême relative à l'interprétation du 1^{er} Amendement nous fournit effectivement une illustration parfaite de ce processus en œuvre, puisque les principes garantissant la protection de la liberté de parole n'émanent ni du texte ni de l'intention de ses Rédacteurs (pp. 51 et suiv.). Si l'on cherchait un moment singulier d'« illumination » qui a donné naissance au système américain de liberté d'expression, cela ne saurait être le moment de l'adoption du Bill of Rights par le Congrès en 1789, mais l'opinion dissidente du Juge Holmes dans *Abrams v. United States* [250 U.S. 616 (1919)] qui a engendré un corps de décisions successives traçant les contours de la liberté et renforçant sa protection. Pour conclure, l'histoire de l'émergence de la jurisprudence constitutionnelle américaine en matière de liberté de parole, comme par ailleurs l'histoire d'autres décisions emblématiques, notamment *Brown v. Board of Education*, est une histoire d'évolution des précédents et d'application de la méthode expérimentale (*trial and error*) ; voire une démonstration de la mise en œuvre de la Constitution vivante, telle qu'elle est développée à l'aide de la méthode du *common law*.

Le rôle du texte écrit

L'examen de la jurisprudence prouve certes le bien fondé des arguments présentés par la théorie du *common law constitutionalism*, mais une question primordiale demeure pourtant que celle-ci doit davantage aborder de manière fructueuse : comment concilier l'idée d'une constitution dynamique, façonnée d'après les précieuses leçons issues du *common law*, avec la réalité d'un texte qui ne change pas et qui conserve, de manière continue, son importance centrale ? Strauss élabore sa défense du texte par une stratégie paradoxale : il

le traite comme déterminant, exactement parce que son rôle est jugé minime et essentiellement supplétif. Sous cet angle, la fonction principale du texte est comparable à celle d'un « terrain d'entente » (*common ground*). Tantôt, il fournit des réponses communément acceptées à propos des sujets anodins et tantôt, il constitue le cadre de référence pour la résolution de grandes questions préoccupant la société américaine (pp. 104-105). C'est pour cette raison en effet, que la prise en compte du texte écrit diminue au fur et à mesure de l'enjeu politique des cas en présence. Plus un cas est considéré comme crucial, plus la Cour a recours aux précédents et à des éléments extra-juridiques pour arriver à une décision satisfaisante. Lorsque, à l'inverse, le litige relève de détails techniques, la Cour se concentre essentiellement sur le texte. Dans cette perspective, le vrai génie des Rédacteurs de la Constitution consiste dans le fait que le texte est très spécifique dans les cas où il faut l'être, mais assez vague quand un certain degré d'ambiguïté est requis. Selon toute évidence, les Rédacteurs étaient conscients de leur mission et ils ont donc utilisé un langage suffisamment vague qui n'imposerait pas à la société des résultats inacceptables conduisant éventuellement au discrédit du document. Si cette hypothèse correspond à la vérité, Strauss tire la conclusion logique que toute interprétation stricte du texte, pris dans son sens originel, serait contraire au génie et à l'esprit de la Constitution parce qu'elle déboucherait sur le rétrécissement de sa portée normative.

À cette thèse stimulante sur le rôle du document constitutionnel, vient s'ajouter une autre encore plus radicale : celle de *l'absence de pertinence des amendements formels*. Selon ce point de vue, l'évolution des précédents et des traditions est le mécanisme primaire - si ce n'est le mécanisme exclusif - par lequel la Constitution change. Cela est sans aucun doute prouvé par le nombre et la nature des mutations constitutionnelles qui n'ont jamais été ratifiées par un amendement formel. Pour n'en mentionner que certaines : élargissement du pouvoir législatif du Congrès, accroissement des pouvoirs de l'exécutif en matière d'affaires étrangères, expansion de la bureaucratie fédérale et consolidation de l'État administratif (pp. 120-122). Inversement, les amendements formels qui sont adoptés suivant la procédure prévue par l'article V sont beaucoup moins essentiels que l'évolution des précédents et des traditions. Par conséquent, si l'on veut être fidèle à la réalité constitutionnelle, Strauss nous incite à reconnaître ouvertement que l'adoption d'un amendement formel, loin d'être une condition suffisante, n'est souvent même pas une condition nécessaire pour produire un changement au sein de la constitution vivante.

Pour mieux situer dans son contexte, la démarche entamée par Strauss, il faut indiquer qu'à l'origine, la doctrine constitutionnelle américaine semble s'être évadée des impasses auxquelles le débat entre les partisans de l'activisme judiciaire et ceux qui prônaient une attitude d'autolimitation judiciaire (*judicial self-restraint*) avait conduit pendant les dernières décennies. Dès lors, l'inter-

prétation constitutionnelle demeure le centre d'intérêt, mais cette fois sous un prisme différent : l'équivocité du concept de *law*. Sur un plan plus concret, on note, d'une part, l'émergence des originalistes, incluant des progressistes et des conservateurs, qui, malgré leurs divergences fondamentales, mettent l'accent sur la force normative de la Constitution. Selon le point de vue originaliste, la Constitution, entendue comme le produit de la souveraineté populaire telle qu'elle fut « révélée » dans certains moments historiques de magnitude constitutionnelle, est la Loi Suprême, dont le sens originel doit être conservé au fil du temps. A cette position jugée autoritaire ou indifférente à la continuité du droit constitutionnel, s'opposent les partisans du modèle du *common law* et du système des précédents. Ceux-ci regardent le droit constitutionnel comme une procédure d'évolution graduelle, effectuée principalement par la médiation du juge. Suivant cette école doctrinale, c'est en particulier aux juges de la Cour Suprême qu'il incombe d'être en contact direct avec les valeurs, les traditions et les idéaux de la nation américaine afin de traduire celles-ci en règles constitutionnelles. Cette scission se reproduit aussi au sein des constitutionnalistes progressistes (*liberals*) qui adoptent deux stratégies théoriques distinctes afin de préserver intact l'acquis du New Deal et de la jurisprudence activiste de la Cour Warren. Du côté des originalistes, au sens large du terme, on pourrait classer les représentants de l'École de Yale, notamment Bruce Ackerman, Akhil Reed Amar, et récemment, Jack Balkin ; du côté des *common law constitutionalists*, on pourrait mentionner le Juge Souter, ainsi que les Professeurs David Strauss et Cass Sunstein.

Il nous semble que l'approche amorcée par Strauss est la plus élaborée en ce qu'elle parvient à décrire de manière extrêmement satisfaisante la réalité du processus décisionnel au sein de la Cour Suprême. Parallèlement, il s'agit d'une description partielle qui néglige la prise en compte de la « construction constitutionnelle » effectuée par les branches politiques. En ce sens, elle reproduit une tendance de « monomanie » ancrée dans la tradition doctrinale américaine, qui, attachée de manière monolithique à l'activité judiciaire, ignore durablement l'interaction des divers organes quant à la prise des décisions. De même, elle finissait souvent, cela jusqu'à récemment, par perdre de vue des transformations constitutionnelles majeures, car elles n'aboutissaient pas dans la salle de la Cour. Ceci dit, ce défaut n'est pas totalement inconnu de Strauss. Cependant, en raison de son insistance sur la continuité des précédents et sur le raisonnement prétendument « minimaliste » du *common law*, il s'avère très réticent quand il s'agit d'intégrer dans sa théorie les moments révolutionnaires de l'histoire politique américaine. De plus, la réduction de la Constitution à un « terrain d'entente », met en exergue une tendance particulièrement américaine consistant à dévaloriser la partie structurelle de la Constitution et à mettre tout l'accent sur le Bill of Rights, *id est* la « vraie Constitution ». Pour dresser un bilan caricatural de cette logique trompeuse, toute question relevant notam-

ment de la séparation des pouvoirs est qualifiée de « technique », voire triviale, alors que toute question touchant aux libertés individuelles et provoquant une sorte de désarroi et d'émotion populaires acquiert immédiatement le statut de « prépondérante ». La conséquence directe de cette attitude est évidente : d'une part, minimisation du rôle du texte et de la structure constitutionnelle et, de l'autre, exaltation du rôle joué par des considérations de moralité politique et des valeurs publiques au sein du processus judiciaire.

Sur le plan prescriptif, la théorie de Strauss réussit, par l'évocation et l'ajustement de l'analyse burkénne aux données de la réalité américaine, à transformer le conservatisme inhérent au *common law* en son grand avantage. L'adoption de la méthode du *common law* contribuerait, actuellement, au maintien des accomplissements majeurs du constitutionnalisme américain dans le domaine des libertés individuelles, tout en limitant dans la mesure du possible, le pouvoir discrétionnaire des juges. Pourtant, la question de savoir si cette approche peut être considérée comme légitime dans un système qui se veut fidèle aux idéaux démocratiques et fondé sur le principe démocratique, demeure. Déléguer tout pouvoir final de décision aux juges, même dans l'hypothèse où ceux-ci sont fortement contraints, et inscrire dans la Constitution en tant que doctrine officielle la notion de suprématie judiciaire, serait une alternative séduisante pour un nombre important de progressistes contemporains. Cet arrangement institutionnel pourrait effectivement produire, dans l'Amérique d'aujourd'hui, des résultats juridiques politiquement désirables, mais cette déviation de l'idée de responsabilité politique du Congrès et du Président devant le peuple, ne pourrait nullement être définitivement acceptée.

Sur ce point, il ne serait peut-être pas inutile de rappeler les propos du grand juriste américain, Roscoe Pound, qui, déjà au début du XX^e siècle, critiquait l'omnipotence en droit constitutionnel de la logique du *common law* considérée comme un anachronisme nuisible, tout à fait incompatible, par ailleurs, avec l'état contemporain de développement de la société américaine. Le courant de *common law constitutionalism* pourrait vraisemblablement se manifester comme la panacée destinée à maintenir l'équilibre institutionnel au sein du système américain entre la Cour Suprême et les branches politiques. Néanmoins, cela ne disqualifie point son essence rétrograde. Il s'agit d'une sorte de retour à une solution qui, menée à son extrême, serait condamnée de manière compréhensive et qui se montre à la fois inadéquate pour faire face aux problèmes d'une société moderne et insensible envers les exigences de l'idéal d'autogouvernement, et envers le concept de souveraineté populaire.

Apostolos Vlachogiannis est allocataire de recherche à l'Université Panthéon-Assas Paris II. Son sujet de thèse porte sur l'idée de la constitution vivante Outre-Atlantique (*Les Juges de la Cour Suprême des États-Unis et la notion de living Constitution*).