

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	53 (1934)
Artikel:	Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux États-Unis et en Suisse
Autor:	Rappard, William E.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896077

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 08.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis et en Suisse.

Par William E. Rappard,
professeur à l'Université de Genève, directeur de l'Institut
Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Genève.

TABLE DES MATIERES.

Introduction	37a
Première partie.	
De l'origine et de l'évolution du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis	40a
Chapitre Ier. — De l'origine de la Constitution américaine de 1789	40a
Les treize colonies, p. 40a. — Les Articles de Confédération p. 43a. — Leurs insuffisances, p. 45a. — La Constitution de 1789, p. 51a. — Le pouvoir judiciaire, p. 53a.	
Chapitre II. — De l'établissement de l'organisation judiciaire fédérale	55a
La loi du 24 septembre 1789. p. 55a. — Les intentions judiciaires des auteurs de la Constitution, p. 57a. — Leur méfiance à l'égard de la démocratie, p. 61a. — Leur philosophie politique et juridique, p. 63a. — Le contrôle judiciaire des lois, p. 66a. — Le silence de la Constitution à ce sujet, p. 68a. — La doctrine du Federalist, p. 72a.	
Chapitre III. — De l'établissement de la doctrine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales	78a
Les débuts de l'activité des tribunaux fédéraux, p. 78a. — Les débuts du contrôle judiciaire, p. 79a. — La situation politique en 1801, p. 81a. — L'affaire Marbury v. Madison, p. 84a. — L'arrêt établissant définitivement le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales, p. 87a.	

Contrôle de la constit. d. lois féd. p. le juge aux Etats-Unis et en Suisse.	37a
Chapitre IV. — De l'évolution ultérieure de la doctrine et de ses répercussions politiques	93a
Contenu de ce chapitre, p. 93a. — L'affaire Dred Scott en 1857, p. 94a. — La Cour, la guerre civile et ses conséquences, p. 95a. — Statistique et classification des cas d'application du contrôle, p. 97a. — Le contrôle, la Cour et la politique, p. 99a. — L'avenir du contrôle, p. 102a.	
Deuxième partie	
La question du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse	105a
Chapitre V. — Des analogies et des contrastes entre la Constitution américaine de 1789 et la Constitution suisse de 1848	107a
Des analogies, p. 107a. — La primauté du pouvoir législatif en Suisse, p. 108a. — La subordination du pouvoir judiciaire, p. 110a.	
Chapitre VI. — Le Tribunal fédéral sous l'empire de la Constitution de 1874	113a
La situation nouvelle du Tribunal fédéral, p. 113a. — L'origine de l'art. 113 de la Constitution de 1874, p. 114a. — Le Message du Conseil fédéral de 1870, p. 115a. — Les travaux parlementaires de 1871, p. 119a. — La poussée centralisatrice et ses conséquences en matière judiciaire, p. 123a. — Le conseiller fédéral Dubs propose d'écartier le contrôle judiciaire des lois fédérales p. 125a. — La loi d'organisation judiciaire du 27 juin 1874, p. 131a. — La doctrine officielle hostile au contrôle, p. 133a. — L'opinion publique, le contrôle et la démocratie, p. 138a.	
Conclusions	139a
La différence entre les régimes américain et suisse expliquée, p. 139a. — Le contrôle judiciaire à la lumière de la logique, p. 141a. — Le contrôle judiciaire et le fédéralisme, p. 145a. — Le contrôle judiciaire à la lumière de l'utilité sociale, p. 146a.	

Introduction.

La Société Suisse des Juristes est une compagnie de spécialistes du droit, dont les belles traditions honorent autant la science juridique que notre pays. Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois a, depuis de

longues générations en Suisse, à l'étranger et notamment aux Etats-Unis d'Amérique, fait l'objet d'innombrables études juridiques.

A quels mobiles le Comité de la Société Suisse des Juristes a-t-il donc pu obéir en faisant à un simple laïque l'honneur imprévu de l'inviter à aborder à son tour ce sujet devant elle ? Je l'ignore, mais je crois le deviner. Ne serait-ce pas le désir d'entendre, après tant de théoriciens et de praticiens du droit et de la politique suisses, un rapporteur que les circonstances ont fait naître dans la patrie américaine de la doctrine et de l'institution du contrôle judiciaire de la législation fédérale ? Serait-ce peut-être aussi — car à vrai dire cet accident géographique ne suffirait pas à créer même une présomption de compétence — le désir de donner la parole, en même temps qu'à un de nos plus grands jurisconsultes, à un simple citoyen d'une autre formation intellectuelle ? Je ne suis en effet de la faculté de droit qu'un fils infidèle autant qu'indigne. Mes curiosités aventureuses, après m'avoir éloigné des larges perspectives bordées d'allées bien alignées qu'ouvrait l'étude des codes et de la jurisprudence, m'ont porté, à travers les broussailles de l'histoire économique et les vallées ténébreuses des finances publiques, vers le chaos des questions internationales. Peut-être qu'ainsi, par les sentiers sinueux et mal tracés des sciences politiques, mes pérégrinations intellectuelles m'ont-elles de nouveau rapproché de mes premières origines universitaires.

Quoi qu'il en soit des raisons présumées qui ont pu me désigner au choix du Comité de la Société Suisse des Juristes, c'est en tenant compte de ces circonstances que je me suis défini à moi-même ma tâche particulière dans ce débat.

La Suisse est une république fédérative, comme les Etats-Unis d'Amérique, dont la Constitution a sur beaucoup de points importants servi de modèle à la sienne. D'autre part la Suisse a expressément réservé au pouvoir législatif le droit exclusif d'interpréter cette Constitution, alors

qu'aux Etats-Unis cette compétence a été reconnue au pouvoir judiciaire. Or, la Suisse paraît aussi peu disposée à abandonner sa pratique que les Etats-Unis la leur, et cela bien que dans les deux pays des critiques n'aient jamais fait défaut.

Pourquoi ce contraste? Voilà la question que je me suis proposé d'examiner. Quelles sont les raisons qui expliquent la genèse et la faveur persistante de deux systèmes différents dans deux Etats dont les institutions fondamentales sont, par ailleurs, si semblables et dont l'esprit public même présente de saisissantes analogies?

Ma communication comportera ainsi deux parties d'inégale importance et une brève conclusion. J'examinerai tout d'abord l'origine et l'évolution de l'institution du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis. Ce sera la partie principale de mon exposé. Cette matière, en effet, bien qu'elle ait été étudiée avec autant de finesse juridique que d'érudition historique par de nombreux savants américains et même par plusieurs de nos compatriotes¹⁾, demeure assez mal connue en Suisse. Je jetterai ensuite un coup d'oeil sur l'institution de l'interprétation législative de la constitution telle qu'elle est pratiquée chez nous. Cette partie sera sensiblement moins importante, parce que le sujet paraît moins complexe,

¹⁾ J'aurai l'occasion au cours de cette étude de me référer souvent à l'abondante littérature américaine relative à notre sujet. Je me borne ici à citer l'ouvrage le plus récent et le plus complet, où le lecteur trouvera, outre une foule d'informations utiles, une très copieuse bibliographie: Haines, C. G., *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, 2e éd., Berkeley, 1932. De la littérature suisse, je me contente de rappeler ici: Rüttimann J., *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, 3 vol., Zurich, 1867, 1872 et 1876; Solyom, G., *La juridiction constitutionnelle aux Etats-Unis et en Suisse* (thèse), Genève, 1923; Schindler, D., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, 44. Band, Bâle, 1925, pp. 19—62.

que l'histoire en est plus brève et qu'il est parfaitement connu de tous les juristes suisses. De la juxtaposition de ces deux histoires explicatives la conclusion se dégagera sans effort et, je l'espère, sans obscurité.

Première partie.

De l'origine et de l'évolution du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis.

Pour comprendre comment et pourquoi on en est venu à reconnaître au pouvoir judiciaire aux Etats-Unis le droit d'apprécier la constitutionnalité de l'œuvre du législateur fédéral, il faut se reporter au berceau même de la grande république américaine.

Il faut tout d'abord rappeler par suite de quelles circonstances historiques elle s'est donné une Constitution fédérale. Il faut connaître en particulier les buts que ce sont proposés ses fondateurs et les dangers contre lesquels, en rédigeant cette Constitution, ils ont espéré protéger leur jeune patrie.

Il faut ensuite définir la place faite au pouvoir judiciaire dans la structure générale de l'Etat en Amérique. Pour comprendre cette place éminente, il faut rechercher dans les circonstances extérieures, dans les précédents coloniaux et dans l'idéologie ambiante, les raisons qui l'expliquent.

Enfin il faut voir comment, c'est-à-dire par suite de quelles influences personnelles et matérielles et en dépit de quelles résistances s'est établi le principe en vertu duquel le pouvoir judiciaire est devenu l'interprète autorisé de la Constitution fédérale.

Chapitre I^{er}.

De l'origine de la Constitution américaine de 1789.

„Quand, au cours du règne de Georges III, des conflits s'élèverent entre l'Angleterre et ses colons de l'Amérique

du Nord, treize petites communautés étaient établies le long des côtes de l'Atlantique. La plus grande de ces communautés, la Virginie, ne comptait pas plus d'un demi-million d'habitants libres et la population totale des treize réunies n'atteignait pas trois millions. Toutes ces communautés reconnaissaient la souveraineté de la couronne britannique et toutes, sauf le Connecticut et le Rhode Island, avaient à leur tête un gouverneur nommé par le roi. Dans toutes il y avait, au point de vue judiciaire, appel des tribunaux coloniaux au Conseil Privé anglais. Les lois votées par le Parlement britannique y étaient applicables comme elles le sont aujourd'hui dans les colonies de la couronne, toutes les fois qu'elles comportaient une clause à cet effet. En réalité, cependant, chaque colonie se gouvernait elle-même et la métropole n'intervenait guère dans l'administration intérieure de ses affaires. Chaque colonie avait son corps législatif, ses lois propres s'ajoutant au droit commun britannique ou en amendant les dispositions, sa vie corporative, ses traditions locales. Tout en ayant fièrement conscience de faire partie de la race anglaise et du grand royaume britannique, chaque colonie s'enorgueillissait de sa propre histoire locale et de ses institutions propres. Les treize colonies n'avaient entre elles d'autre lien politique que celui qui résultait de leur appartenance commune à cette race et à ce royaume, de sorte que les habitants de chacune jouissaient sur le territoire de toutes les autres des droits et priviléges réservés aux sujets britanniques.^{“2”})

La page que je viens de citer est celle par laquelle James Bryce prélude à l'examen des origines de la Constitution américaine dans son *American Commonwealth*. Il faut toujours se reporter à cet ouvrage fameux qui, près d'un demi-siècle après la publication de sa première édition, reste aux yeux des savants d'outre-mer la meilleure étude d'ensemble de leur pays.

²) Bryce, J., *The American Commonwealth*, t. Ier, p. 19, 3e éd., New York, 1905.

A peine plus peuplées à l'époque que les treize cantons suisses, les treize colonies américaines étaient donc encore beaucoup plus loin que ceux-ci de constituer ensemble un Etat au sens moderne du terme. A vrai dire, si elles avaient autant que l'ancienne Confédération une langue commune, une destinée historique comparable et une certaine homogénéité sociale, elles n'avaient entre elles aucun des liens qui résultaient pour nos ancêtres du XVIII^e siècle de la collaboration périodique aux mêmes Diètes, du souvenir de luttes extérieures soutenues ensemble et de l'administration de bailliages communs. Et si, toutes sujettes de S. M. britannique, elles n'avaient jamais été appelées à prendre les armes les unes contre les autres aux côtés de puissances étrangères, cet avantage qui les distinguait des cantons helvétiques ne compensait pas, pour assurer leur union, les inconvénients de leur complet isolement politique les unes à l'égard des autres.

De 1643 à 1680, il est vrai, certaines d'entre elles avaient constitué „les colonies unies de l'Amérique du Nord“, „pour que nous soyons et continuions à être uns à tous égards comme nous sommes uns en nation et en religion“³⁾. Mais cette très lâche fédération avait été dès longtemps dissoute. Jusqu'à son souvenir semble s'être perdu à la veille de la Révolution américaine. A plusieurs reprises aussi, au cours du XVIII^e siècle, il est vrai, des représentants des colons s'étaient réunis, en général pour négocier ensemble les conventions avec les tribus indiennes. De plus, divers publicistes, tels que William Penn et Benjamin Franklin, avaient élaboré des projets d'union permanente.

Mais avant le conflit qui devait rompre les attaches communes avec la mère-patrie, les colonies étaient en fait demeurées tout à fait indépendantes les unes des autres et même singulièrement étrangères les unes aux autres. En 1765 les habitants de neuf d'entre elles s'étaient ren-

³⁾ Hart, A. B., *Actual Government*, New York, nouv. éd., 1906, p. 48 ss.

contrés à une conférence dite Stamp Act Congress pour formuler leurs doléances contre la politique fiscale poursuivie à leur égard par la Grande-Bretagne. En 1774 les délégués de douze colonies se réunirent pour le même motif à Philadelphie et se proclamèrent „Congrès Continental“. Ils se séparèrent après avoir adressé des protestations au roi et au peuple britannique et s'être engagés à boycotter les marchandises anglaises. Lorsque se réunit le second Congrès Continental, en mai 1775, la révolte avait déjà éclaté. C'est cette conférence, composée de délégués sans aucun mandat officiel et sans instructions détaillées, qui, après avoir lancé, le 4 juillet 1776, la fameuse Déclaration d'Indépendance, organisa la lutte contre la Grande-Bretagne, leva des armées, créa des flottes, émit des emprunts et du papier-monnaie et alla même jusqu'à accréder des représentants auprès de quelques Etats étrangers.

Tout en faisant face aux exigences immédiates de la lutte politique et militaire que les colonies révoltées venaient d'engager avec la Grande-Bretagne, le second Congrès Continental se préoccupa aussi de faire oeuvre constitutionnelle durable. Il chargea donc une commission de préparer un projet de charte fondamentale pour régler les relations entre les treize collectivités jusqu'ici indépendantes les unes des autres. Cette commission, après un mois de travaux, soumit au Congrès un avant-projet inspiré des idées de Benjamin Franklin. Après des débats de plus d'un an, souvent interrompus il est vrai par les événements, le Congrès finit, vers le début de l'hiver 1777, par adopter les „Articles de Confédération“. Pour obtenir force de loi, ce texte devait être approuvé par les corps législatifs de tous les membres de la Confédération future. Ce résultat ne fut atteint que le 1er mars 1781, alors que l'issue victorieuse de la Guerre d'Indépendance paraissait assurée^{4).}

⁴⁾ Farrand, M., The Fathers of the Constitution, A Chronicle of the Establishment of the Union, New Haven, 1921, p. 49 ss.;

Par ces „Articles de Confédération et d’Union Perpétuelle“⁵⁾ les treize Etats, tout en se réservant expressément chacun „sa souveraineté, sa liberté et son indépendance“, se constituèrent en „Etats-Unis d’Amérique“. Ce qu’ils fondèrent ainsi était en fait à peine mieux qu’une alliance. C’était une confédération d’Etats à structure très fragile, ou, comme il est dit à l’art. 3 des Articles de Confédération, „une ligue d’amitié“ mutuelle.

En adoptant les Articles de Confédération, les Etats-Unis se donnaient une Constitution qui, par la prépondérance qu’elle reconnaissait aux Etats et par l’extrême faiblesse du lien fédéral qu’elle établissait entre eux, ressemblait au Pacte de 1815 ou au Covenant de la Société des Nations. Pas plus que ce Pacte ou ce Covenant, les Articles ne créaient de véritables pouvoirs centraux. Le Congrès, composé de délégations choisies, instruites et rétribuées par les Etats, n’était qu’une Diète ou qu’une Assemblée. Chaque Etat y disposait d’une voix. Si l’unanimité n’était pas exigée, aucune décision importante ne pouvait être prise sans l’assentiment de neuf Etats au moins. De plus les décisions du Congrès, qui ne pouvaient porter que sur un nombre très limité d’objets d’intérêt collectif, n’étaient guère que des recommandations à l’intention des Etats. Ceux-ci, seuls maîtres de leurs politiques financières et commerciales et seuls maîtres effectifs de leurs forces armées, ne pouvaient en fait être contraints de se conformer à ces recommandations.

Les Articles, sans prévoir de pouvoir exécutif national, se bornaient à autoriser le Congrès à constituer des commissions et à nommer „les fonctionnaires qui pouvaient

Scott, J. B., *Judicial Settlement of Controversies between States of the American Union*, Oxford, 1919, p. 2 ss.; Warren, C., *The Supreme Court and Sovereign States*, Princeton, 1924, p. 4 ss.

⁵⁾ Ce texte, ainsi que celui de la Constitution de 1789, est reproduit en annexe à l’édition du *Federalist* publié par Henry Cabot Lodge, New York, éd. de 1923.

être nécessaires à la gestion, sous sa direction, des affaires générales des Etats-Unis“.

L'administration de la justice demeurait entièrement réservée aux Etats. Seuls les litiges mettant aux prises deux ou plusieurs Etats membres de la Confédération étaient reconnus comme étant du ressort de celle-ci. Pour statuer sur ces litiges, les Articles prévoyaient l'organisation par les soins du Congrès d'un tribunal spécial pour chaque cas. Les sentences ou les recommandations de ce tribunal occasionnel, qui ressemblait à une cour d'arbitrage ou même à un conseil de médiation plus qu'à un organe proprement judiciaire, devaient être communiquées au Congrès „pour la sécurité des parties“. Les Articles ne prévoyaient aucune sanction ni diplomatique, ni économique, ni militaire pour assurer l'exécution des jugements ainsi rendus.

Telle, dans ses grandes lignes, était cette modeste charte constitutive d'une „ligue d'amitié“ entre Etats demeurés souverains et néanmoins désireux de s'unir pour se protéger mutuellement contre l'ennemi du dehors. Née de ce seul désir, cette Constitution ne pouvait ni maintenir efficacement la paix intérieure, ni assurer la prospérité commune, ni surtout servir de cadre à une vie vraiment nationale.

Si les Articles de Confédération de 1781, plus heureux en cela que notre Pacte de 1815, purent être abrogés sans guerre civile, c'est que leurs insuffisances furent telles que la nécessité d'une réforme radicale s'imposa aussitôt et put être effectuée presque au lendemain de la paix libératrice de 1783.

Pour montrer à quel point, comment et pourquoi, les Articles de Confédération parurent intolérables aux contemporains, nous ne pouvons mieux faire que de citer une page de l'un des plus éminents et des plus clairvoyants d'entre eux. Cette page fut écrite par Alexander Hamilton, premier Ministre des Finances des Etats-Unis, l'auteur principal du remarquable recueil d'articles parus en 1787

pour recommander à l'opinion américaine la Constitution nouvelle sous le nom de „Federalist“ et l'un des auteurs de cette Constitution même. Dans le XVe chapitre de ce recueil, Hamilton écrit:

„Poursuivant l'exécution du plan que je me suis tracé pour l'exposé de mon sujet, le point que j'ai maintenant à examiner est ,l'insuffisance de la Confédération présente pour assurer la défense de l'Union‘. On me demandera peut-être s'il est vraiment utile d'insister sur une proposition que personne ne conteste et dont personne ne doute, à laquelle toutes les classes de la société sont acquises par la raison autant que par le sentiment et qui est en fait admise par les adversaires aussi bien que par les amis de la Constitution nouvelle. Il faut reconnaître à la vérité que quelles que soient les divergences de vues qui nous séparent à d'autres égards, tous paraissent d'accord tout au moins pour reconnaître que notre système national souffre d'imperfections essentielles et qu'une réforme est nécessaire pour nous sauver de l'anarchie qui nous menace. Les faits à l'appui de cette opinion ne sont plus matière à spéculation. Ils se sont imposés à l'esprit du peuple tout entier et ont enfin arraché à ceux-mêmes dont la politique malencontreuse a le plus contribué à nous acculer aux extrémités où nous nous trouvons l'aveu de la réalité des défauts de notre gouvernement fédéral qu'ont dès long-temps signalés et déplorés les amis intelligents de l'Union.

Il faut en toute justice reconnaître que nous en sommes arrivés presque au dernier stade de l'humiliation nationale. Il n'y a guère d'affront qui puisse blesser la fierté d'une nation indépendante ni de misère qui puisse dépraver son caractère qui nous aient été épargnés. Y a-t-il des obligations dont l'exécution s'impose en vertu de principes universellement respectés ? Ces obligations sont de notre part l'objet de violations constantes et éhontées. Avons-nous en un temps de danger grave pour notre existence politique contracté des dettes envers l'étranger et envers nos propres

concitoyens ? Aucune mesure n'a été prise pour assurer le service de ces dettes. Reste-t-il des territoires précieux et des postes importants sous la domination d'une puissance étrangère alors qu'aux termes de stipulations expresses ils devraient depuis longtemps nous avoir été cédés ? Ils le demeurent au détriment de nos intérêts autant qu'en violation de nos droits. Sommes-nous en mesure de repousser une agression ? Nous n'avons ni troupes, ni finances, ni gouvernement fédéral. Sommes-nous au moins en mesure de protester avec dignité ? Il faudrait pour cela pouvoir repousser les justes allégations relatives à notre bonne foi qui nous sont opposées à propos du même traité. La nature et les conventions nous autorisent-elles à participer à la libre navigation sur le Mississippi ? L'Espagne nous l'interdit. Le crédit public est-il, en temps de danger, une ressource indispensable ? Il semble que nous en ayons abandonné la défense comme une cause désespérée et perdue. Le commerce a-t-il quelque importance pour notre fortune nationale ? Le nôtre décline de plus en plus. Etre respecté des puissances étrangères, est-ce une garantie de sécurité nationale ? L'imbécile faiblesse de notre gouvernement les empêche même de négocier avec nous. Nos ambassadeurs outre-mer ne sont que les représentants falots d'une souveraineté pour rire. La baisse violente et contre nature des valeurs immobilières est-elle un symptôme de détresse nationale ? Dans la plus grande partie du pays le prix de la terre cultivée est bien au-dessous du niveau que pourrait justifier l'abondance de terres vacantes sur le marché. Ce bas prix ne s'explique pleinement que par le défaut de confiance privée et publique qui sévit de façon si inquiétante dans toutes les classes de la société et qui tend directement à déprécier toute espèce de propriété. Le crédit privé est-il l'ami et le patron de l'industrie ? Le crédit le plus utile qui régit les relations de prêteurs à emprunteurs en est réduit aux limites les plus étroites et cela en raison de l'insécurité générale plus encore qu'à cause de la rareté de l'argent.

Pour abréger une énumération qui ne peut ni nous réjouir ni nous éclairer, demandons-nous en bref ce qui manque au sombre catalogue de nos malheurs publics, des désordres, des misères et des défaillances nationales dont pourrait être affligée une collectivité envers qui la nature s'est montrée si particulièrement généreuse.^{“6”})

Ce réquisitoire d'un des plus grands patriotes américains n'est pas pour surprendre le lecteur attentif des Articles de Confédération. Ceux-ci, en effet, en privant son pays de toute institution politique susceptible de lui donner conscience de son unité nationale, le condamnaient à l'impuissance au dehors et à l'anarchie au dedans. Et en le privant de toute armature judiciaire, ils entretenaient un état d'insécurité qui, tout en menaçant sa paix intérieure et son prestige extérieur, paralysait sa vie économique.

Les clauses des Articles relatifs à l'administration de la justice entre Etats furent appliquées une fois seulement, à l'occasion d'un conflit d'ordre territorial entre la Pennsylvanie et le Connecticut. Mais leurs insuffisances furent de celles qui contribuèrent le plus à déterminer le peuple américain à se donner, dès 1789, une Constitution nouvelle. Deux de ces insuffisances sont nettement précisées dans les extraits suivants, tirés d'un arrêt rendu en 1793 par la nouvelle Cour Suprême. Dans les considérants de cet arrêt rédigé par le Chief Justice Jay, le premier président de cette Cour, nous lisons ce qui suit:

„Avant l'entrée en vigueur de la Constitution, le peuple n'avait aucun tribunal national à qui il pouvait demander justice; l'administration de la justice était alors réservée aux tribunaux des Etats, dans la création et l'organisation desquels la population des autres Etats n'avait aucune part et sur lesquels elle ne pouvait exercer le moindre contrôle. Il n'y avait alors aucune cour générale d'appel compétente pour apprécier et pour corriger les

⁶) The Federalist, 1823, p. 83 ss.

erreurs des tribunaux locaux commises aux dépens de la nation tout entière ou des citoyens d'autres Etats. Chaque Etat devait se contenter de la part de justice que voulait bien lui consentir, à lui ou à ses citoyens, un autre Etat; et cela même dans les cas où les considérations politiques étaient de nature à réduire singulièrement cette part. Il y avait là une source constante d'animosités et comme dans l'histoire des Etats indépendants la transition est facile de l'animosité à l'hostilité, la nécessité apparut d'un tribunal national pour la solution des conflits et cela tant pour des raisons de justice que de politique.“⁷⁾

A ces considérations d'ordre interne venaient s'ajouter des nécessités d'ordre international que la Cour Suprême, dans le même arrêt, définit dans les termes suivants:

„Avant cette période les Etats-Unis, en prenant rang parmi les nations du monde, étaient devenus sujets du droit des gens. Il était donc de leur intérêt autant que de leur devoir de veiller à ce que ce droit fût respecté. En leur qualité et capacité nationale les Etats-Unis étaient à l'égard des nations étrangères responsables de la conduite de tout Etat en ce qui touche au droit des gens et à l'exécution des obligations découlant des traités. C'est à ce propos que devait apparaître l'inopportunité de déférer de telles matières aux tribunaux des Etats particuliers et notamment des Etats infidèles à leurs engagements. Alors que tous les Etats étaient tenus de protéger chacun d'entre eux et les citoyens de chacun d'entre eux, il était hautement convenable et raisonnable de les mettre en mesure d'assurer non seulement qu'il fût rendu justice à chacun et aux citoyens de chacun, mais aussi par chacun et par ses citoyens. Et cela non par la violence et la force, mais selon le cours bien établi, stable et régulier de la procédure judiciaire.“⁸⁾

⁷⁾ Scott, J. B., p. 50—51.

⁸⁾ Ibid., p. 51.

Il nous est impossible de multiplier ici les citations semblables et de les compléter par un exposé détaillé des défauts du régime de 1781 ainsi que des abus et du mécontentement général qui en résultaient. Les historiens des origines de la jeune république d'outre-mer rapportent des traits nombreux de l'état lamentable du pays à cette époque. Plusieurs Etats renonçaient à assurer le service de leurs dettes, émettaient du papier-monnaie et empêchaient même la poursuite des faillis. Ils se souciaient si peu du Congrès et de ses recommandations qu'il fut parfois, pendant plusieurs mois, impossible de le faire siéger faute de quorum. Le malaise social qui résultait de l'impuissance des pouvoirs publics était si aigu qu'il se traduisait ça et là par des soulèvements populaires.

Ecrivant à son ami Jay, le 1er avril 1786, Washington, le libérateur des colonies, déclarait: „Quels changements prodigieux quelques années ont produits! On me dit que même des personnalités respectables parlent sans horreur d'un gouvernement monarchique . . . Quel triomphe pour nos ennemis de voir leurs prévisions réalisées! Quel triomphe pour les partisans du despotisme de constater que nous sommes incapables de nous gouverner nous-mêmes!“⁹⁾

Qu'il suffise de relever ici trois faits principaux qu'attestent nettement nos citations et que confirme toute la littérature contemporaine:

1. Les Articles de Confédération de 1781 n'étaient pas le cadre constitutionnel qui pût assurer le développement normal et paisible d'un Etat devenu conscient, dans ses élites tout au moins, de ses hautes destinées.

2. Des défauts de ces Articles, les dispositions relatives à l'organisation judiciaire étaient parmi les plus graves, car elles favorisaient l'anarchie et laissaient sans défense ceux que leur activité économique avait fait propriétaires et créanciers.

⁹⁾ Beard, C. A., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1925, p. 58.

3. Il s'ensuivait que le mouvement de révision, qui devait aboutir à l'élaboration de la Constitution de 1789, s'inspirait à la fois d'une volonté d'unité nationale et d'un besoin de sécurité économique.

Les animateurs principaux de ce mouvement n'étaient nullement des révolutionnaires. Bien au contraire. C'étaient les éléments de la population dont l'éducation, la fortune et les intérêts économiques faisaient tout naturellement des conservateurs. Après plusieurs tentatives infructueuses, ils réussirent enfin, en février 1787, à obtenir du Congrès l'adoption d'une résolution portant convocation, le 2 mai 1787, d'une Constituante. Cette conférence, composée de délégués expressément choisis par les Etats, devait proposer à l'intention du Congrès et des parlements des Etats une révision des Articles de Confédération destinée à conformer „la Constitution fédérale aux exigences d'un bon gouvernement et de la préservation de l'Union“^{10).}

Après avoir siégé pendant tout l'été de 1787, cette Constituante donna naissance à un projet qui, approuvé au cours de l'année suivante par les divers Etats, entra en vigueur le 4 mars 1789.

Nous n'avons pas à rendre compte ici de ses débats ni à analyser la fameuse Constitution adoptée d'après ses propositions par „le peuple des Etats-Unis“, „pour former une Union plus parfaite, pour faire régner la justice, pour assurer la paix intérieure, pour pourvoir à la défense commune, pour promouvoir le bien général, et pour garantir les bénédictions de la liberté“.

Cet acte est bien la constitution écrite la plus remarquable de tous les temps, non seulement parce qu'elle régit depuis plus d'un siècle et demi et sans avoir subi de modifications essentielles une des plus puissantes nations du monde, mais aussi parce qu'elle a servi de modèle aux lois fondamentales de tant d'autres Etats, dont le nôtre.

¹⁰⁾ The Federalist, p. 240 ss.

Notre tâche à son endroit se limite à l'examen de l'origine et de la teneur de ses dispositions d'ordre judiciaire. Pour bien en comprendre l'esprit, nous aurons aussi à rechercher quel était le caractère de ses auteurs et à déterminer leurs intentions à la lumière de la philosophie politique et des intérêts matériels auxquels ils obéirent.

La Constituante de 1787, ou „Convention fédérale“ comme elle s'appelait, n'a jamais publié le compte rendu de ses délibérations. Ses travaux sont cependant assez connus dans tout leur détail. Tout d'abord les notes de son secrétaire officiel et surtout celles prises pour leur usage personnel par plusieurs de ses membres les plus actifs ont peu à peu vu le jour. Elles ont toutes été réunies, collationnées et publiées en trois gros volumes avec une perspicacité, une fidélité et un soin également remarquables par le professeur Max Farrand, en 1911¹¹). De plus le *Federalist*, dont la première édition, en deux volumes, parut dès 1788, est une mine d'informations extrêmement précieuse. Composé d'essais dûs à la plume de trois hommes, Alexander Hamilton, James Madison et John Jay, c'est un plaidoyer en faveur de la Constitution nouvelle, rédigé après son adoption par la Constituante mais avant son approbation par les Conventions des Etats. Oeuvre de propagande délibérée en même temps que de haute sagesse politique, c'est aussi une source historique de premier ordre et un commentaire si autorisé et si précieux que la Cour Suprême elle-même n'a jamais hésité à s'y référer dans ses arrêts en interprétant la Constitution. Ses deux principaux auteurs, Hamilton et Madison, furent en effet, en 1787, parmi les rédacteurs du texte que dès l'année suivante ils se donnèrent pour tâche d'expliquer et de défendre publiquement.

Grâce à ces deux ouvrages, complétés par la littérature immense que les historiens, les juristes et les publicistes américains ont, depuis plus d'un siècle, consacrée

¹¹) Farrand, M., *The Records of the Federal Convention of 1787*, 3 vol., New Haven et Londres, 1911.

aux origines de leur Constitution, il ne subsiste plus beaucoup d'incertitudes à ce sujet.

La Constitution américaine est, comme on sait, extrêmement brève. Elle ne comporte que sept articles qui, à ce jour, n'ont été complétés ou modifiés que par vingt amendements. De ces sept articles, le premier, relatif au pouvoir législatif, est de beaucoup le plus long. Il contient en effet, outre les règles établissant le fameux bicaméralisme américain, l'énumération des matières sur lesquelles s'étend la compétence du nouveau Congrès et par là même de l'Etat fédéral à l'égard des Etats particuliers. Le second article est consacré au pouvoir exécutif. Le troisième, sur lequel nous aurons à revenir, au pouvoir judiciaire. Les quatre autres articles sont relatifs aux droits des citoyens et des Etats, à l'admission d'Etats nouveaux, à la procédure d'amendement, à l'affirmation de la suprématie de l'Etat fédéral, et aux méthodes de ratification de la Constitution.

De ce texte citons ici comme se rapportant directement à notre sujet deux extraits tirés l'un de l'art. III et l'autre de l'art. VI.

Les deux premières sections de l'art. III sont ainsi conçues:

„Section 1. — Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis sera exercé par une Cour Suprême et par les cours inférieures qu'il appartiendra au Congrès, quand cela lui paraîtra opportun, d'ordonner et de constituer. Le mandat des juges de la Cour Suprême et des cours inférieures ne sera limité que par leur conduite¹²⁾. Ils recevront à des époques certaines une rémunération pour leurs services dont le montant ne sera pas réduit pendant la durée de leur mandat.

Section 2. — La compétence des tribunaux s'étendra à toutes les causes en matière de droit et d'équité qui

¹²⁾ . . . „shall hold their office during good behaviour“, c'est-à-dire que les juges seront inamovibles sauf défaillance grave.

s'élèveront sous l'empire de cette Constitution, des lois des Etats-Unis et de traités conclus ou qui viendront à l'être sous leur autorité; à toutes les causes concernant des ambassadeurs, d'autres ministres publics ou des consuls; à toutes les causes de l'amirauté ou de la juridiction maritime; aux différends auxquels les Etats-Unis seront partie; aux différends entre deux ou plusieurs Etats; entre un Etat et les citoyens d'un autre Etat; entre citoyens d'Etats différents; entre citoyens du même Etat réclamant des terres en vertu de concessions d'Etats différents; et entre un Etat ou ses citoyens et des Etats, citoyens, ou sujets étrangers.

Dans toutes les causes concernant des ambassadeurs, d'autres ministres publics ou des consuls, et celles dans lesquelles un Etat sera partie, la Cour Suprême sera l'instance unique. Dans toutes les autres causes ci-dessus mentionnées, la Cour Suprême jugera en appel, tant en ce qui concerne le droit que le fait, sous réserve des exceptions et selon les règlements que le Congrès pourra édicter.“

Les autres dispositions de l'art. III, de nature pénale, ne nous retiendront pas ici.

Le second alinéa de l'art. VI est ainsi conçu:

„Cette Constitution et les lois des Etats-Unis qui seront faites en conformité de ces dispositions¹³⁾ et tous les traités conclus ou qui viendront à l'être sous l'autorité des Etats-Unis, seront la loi suprême du pays; et les juges dans chaque Etat seront tenus de s'y conformer nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou de la loi de tout Etat.“

Il convient de rappeler aussi les dix premiers amendements à la Constitution adoptés par le Congrès au cours

¹³⁾ . . . „in pursuance thereof“, c'est-à-dire non seulement, comme l'indique de Tocqueville dans sa traduction „en conséquence“ mais aussi „en conformité“ avec la Constitution; de Tocqueville, A., De la démocratie en Amérique, t. Ier, 14e éd., Paris, 1864, p. 335.

de sa première session et entrés en vigueur le 15 décembre 1791, contenant une énumération supplémentaire de droits individuels. Il faut rappeler enfin le onzième amendement de 1798, qui, après une fameuse décision contraire de la Cour Suprême¹⁴⁾, avait pour but de mettre les Etats à l'abri de toute action où seraient contre eux demandeurs des citoyens d'un autre Etat ou des ressortissants d'un Etat étranger.

Chapitre II.

De l'établissement de l'organisation judiciaire fédérale.

En vertu des dispositions constitutionnelles que nous venons de citer, ainsi que de celle confiant au président, avec l'approbation du Sénat, le pouvoir de nommer des juges fédéraux¹⁵⁾, les plus importantes questions de principe touchant à la structure et à la compétence de la Cour Suprême se trouvaient réglées. Mais pour qu'elle pût être constituée, il fallait encore une action législative, expressément requise par la Constitution elle-même sur deux points, comme nous venons de le voir, et implicitement nécessaire sur beaucoup d'autres.

L'initiative de cette action fut prise par le Sénat dès le lendemain de sa première réunion, le 6 avril 1789, ses membres ayant estimé que c'était là leur tâche la plus urgente. Cette tâche était aussi difficile qu'importante, car aucune disposition de la Constitution fédérale n'avait donné lieu à autant d'attaques dans la presse que celles relatives à l'organisation judiciaire¹⁶⁾. On leur reprochait à la fois leurs visées trop ambitieuses, leur manque de pré-

¹⁴⁾ Scott, J. B., p. 13 ss.

¹⁵⁾ Aux termes de l'art. II, Sect. 2, al. 2, de la Constitution, il appartient au président des Etats-Unis de choisir („nominate“) et, avec le concours du Sénat, de nommer („appoint“) les juges de la Cour Suprême ainsi que les principaux fonctionnaires et magistrats fédéraux.

¹⁶⁾ Scott, J. B., p. 7; Warren, C., The Supreme Court in United States History, 2 vol., éd. révisée, Boston, 1932, t. Ier, p. 7 ss.

cision, et leurs tendances „fédéralistes“, c'est-à-dire centralisatrices¹⁷⁾.

Toutefois le Sénat et, après lui, la Chambre des Représentants, n'étaient pas disposés à sacrifier quoi que ce soit des conquêtes de la Constitution. Par la loi d'organisation judiciaire du 24 septembre 1789, ils témoignèrent au contraire de leur volonté de renforcer plutôt que d'affaiblir le pouvoir fédéral et notamment les organes qui, à côté de la Cour Suprême qu'ils composèrent de six membres¹⁸⁾, devaient rendre la justice en son nom. Ils créèrent treize tribunaux fédéraux de district et trois tribunaux itinérants ou de circuit (Circuit Courts), composés chacun de deux membres de la Cour Suprême et d'un juge de district. Mais c'est en définissant la compétence de la Cour Suprême comme instance d'appel qu'ils contribuèrent le plus à rehausser son prestige et à étendre son influence, tout en portant à l'autonomie des Etats particuliers un coup très redoutable. Aux termes du fameux art. 25 de la loi de 1789, la Cour Suprême pouvait être saisie en appel de tout jugement rendu par le tribunal de dernière instance d'un Etat, lorsqu'une partie reprochait à ce jugement d'enfreindre une disposition de la Constitution ou de la législation fédérale¹⁹⁾.

Ainsi se trouvait à la fois assurée l'uniformité de la jurisprudence américaine, proclamée la primauté du national sur le local et expressément reconnue la légitimité du contrôle fédéral des lois des Etats particuliers par la Cour Suprême. Ce dernier principe, il est vrai, était déjà

¹⁷⁾ L'adoption de la Constitution avait, en effet, marqué le triomphe du parti dit Fédéraliste, champion de l'Etat fédéral, contre ses adversaires, les Anti-fédéralistes ou Républicains, défenseurs des droits des Etats particuliers; Beard, C. A., *Economic Origins of Jeffersonian Democracy*, New York, 1927, p. 32.

¹⁸⁾ Ce nombre fut porté à sept en 1866 et à neuf en 1869, nombre auquel il est resté fixé depuis lors; Warren, 1932, t. Ier, p. 12.

¹⁹⁾ Bryce, vol. Ier, p. 232 ss.; Warren, 1932, t. Ier, p. 10 ss.; Scott, p. 8 ss.

implicitement sanctionné par les termes de l'art. VI, alinéa 2, de la Constitution fédérale, que nous avons cité plus haut. Mais par l'art. 25 de la loi de 1789, son application était définitivement soustraite à toute contestation.

On remarquera que, jusqu'ici, il n'a pas été question de ce qui fait l'objet spécial de la présente étude. Ni dans la Constitution, en effet, ni dans la loi d'organisation judiciaire de 1789, il n'est formulé de règle qui permette aux tribunaux de contester la validité d'une loi fédérale en raison de son incompatibilité avec la Constitution fédérale. Une telle règle, qui était assurément conforme aux intentions de la majorité des auteurs de cette Constitution, comme nous le verrons plus bas, ne fut expressément énoncée que par la Cour Suprême elle-même en 1803, après l'avoir été dès 1789 par une cour itinérante²⁰⁾.

Avant d'analyser ces arrêts, revenons-en maintenant aux hommes de 1787, dont l'œuvre constitutionnelle les avait incontestablement inspirés, même si elle ne les avait pas expressément dictés. Pour bien comprendre l'origine du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge aux Etats-Unis, il faut en effet savoir qui étaient les auteurs de la Constitution fédérale, quels buts ils poursuivaient, quels intérêts ils servaient, de quelle philosophie politique ils étaient nourris, et quel rôle ils devaient donc assigner dans leur œuvre au pouvoir judiciaire.

Conformément à la résolution du Congrès qui l'avait convoquée, la Convention fédérale de 1787 fut composée de délégués choisis „par les Etats“. Dans tous les cas ces délégués furent élus par des parlements locaux. Or ces parlements étaient loin de représenter le peuple tout entier. Les 600.000 nègres environ, un cinquième de la population totale des treize anciennes colonies au lendemain de la guerre, étaient naturellement privés de tout droit politique. Il en allait de même des femmes de toute race et des immigrants fraîchement débarqués. De plus

²⁰⁾ Haines, p. 173 ss. et 193 ss.

le régime électoral en vigueur, variable d'après les Etats, était cependant partout nettement censitaire²¹⁾. De ces circonstances diverses, ainsi que de l'indifférence, assez marquée encore à l'égard des affaires publiques, des citoyens les moins fortunés, il résultait qu'en fait 5% tout au plus de la population participait à l'élection des parlements²²⁾.

Quant à l'esprit public de ces électeurs, il présentait, selon tous les auteurs que nous avons pu consulter à ce sujet, un singulier mélange d'intérêt sympathique pour les idées et les institutions nouvelles et d'attachement fidèle aux valeurs sociales traditionnelles. Novateurs, les citoyens actifs de la jeune république étaient portés à l'être en tant que pionniers, en tant que réfugiés pour cause d'opinions et en tant que colons révoltés. Mais en tant que britanniques, en tant que propriétaires et en tant que minorité chargée de lourdes responsabilités politiques, ils manifestaient le plus souvent une grande déférence pour ceux parmi eux dont la culture et la richesse supérieures en faisaient leurs chefs naturels.

Il n'est donc pas surprenant que les délégués à la Convention fédérale de 1787, élus au second degré par un corps électoral ainsi composé et ainsi disposé, aient été, au point de vue de la formation intellectuelle, une véritable élite, et, au point de vue de la situation de fortune, un groupe de privilégiés. Cela est d'autant moins étonnant que la masse des petits paysans endettés, leurs adversaires naturels, s'étaient peu intéressés au choix d'un groupe de spécialistes chargés d'une oeuvre qui devait leur paraître abstraite et lointaine. C'est dans cette masse, principalement responsable de la politique de facilité qu'il s'agissait de redresser, que la Constitution nouvelle ne tarda pas à recruter ses détracteurs les plus acharnés²³⁾.

²¹⁾ Beard, 1925, p. 65 ss.

²²⁾ Farrand, 1921. p. 35 ss.

²³⁾ Cf. Beard, 1927, *passim*. Le professeur Beard présente, non sans quelque parti-pris, mais cependant avec des arguments le plus souvent convaincants, l'adoption de la Constitution nouvelle comme le triomphe des intérêts capitalistes sur les intérêts agraires.

Des cinquante-cinq „Pères de la Constitution“, plus de trente étaient juristes par leur formation professionnelle et plusieurs autres avaient fréquenté les universités de Grande-Bretagne ou les hautes écoles des Etats-Unis²⁴⁾. Une telle proportion d'universitaires parmi les auteurs de la loi fondamentale d'un petit pays de colonisation récente est assurément frappante. La pratique du droit britannique et les souvenirs, pour beaucoup encore récents — quarante-et-un de cinquante-cinq membres avaient moins de cinquante ans en 1787²⁵⁾ — des enseignements de philosophie politique et de droit naturel devaient, comme nous le verrons, fortement influencer leur oeuvre.

Quant à la situation sociale et aux intérêts économiques des membres de la Constituante, le professeur Beard, au terme des recherches d'une pénétrante indiscretion auxquelles il s'est livré sur la biographie de chacun d'eux, les définit en résumé dans les termes suivants:

„La majorité des membres étaient avocats de profession.

La plupart d'entre eux étaient citadins, habitants des villes du littoral ou près de la côte, c'est-à-dire dans des régions où était concentrée la fortune mobilière.

Aucun membre ne représentait par ses intérêts économiques personnels la classe des petits paysans ni celle des ouvriers industriels.

L'immense majorité, au moins les cinq sixièmes des membres étaient immédiatement, directement et personnellement intéressés aux résultats de leurs travaux à Philadelphie (siège de la Convention) et l'adoption de la Constitution se traduisait pour eux par des avantages économiques plus ou moins importants . . .

Des cinquante-cinq membres, non moins de quarante figuraient comme créanciers au grand livre de la dette

²⁴⁾ Beard, 1925, p. 74 ss.

²⁵⁾ Warren, C., Congress, the Constitution and the Supreme Court, Boston, 1930, p. 8.

publique de la Confédération pour des sommes allant de quelques dollars à plus de 100.000 dollars . . .

Au moins quatorze membres étaient intéressés à des spéculations immobilières . . .

Au moins vingt-quatre membres avaient dans leurs porte-feuilles des créances mobilières portant intérêts . . .

Au moins onze membres étaient intéressés dans les entreprises commerciales, industrielles ou maritimes . . .

Au moins quinze membres étaient propriétaires d'esclaves . . .

On ne saurait donc prétendre que les membres de la Convention étaient ,désintéressés²⁶⁾). Au contraire une conclusion d'une très grande portée s'impose à nous: ils connaissaient d'après leurs expériences personnelles d'hommes d'affaires les effets qui devaient résulter de l'établissement du système de gouvernement nouveau dont ils firent leur oeuvre. S'ils n'avaient été qu'un groupe de doctrinaires comme les membres du Parlement de Francfort de 1848, ils auraient pitoyablement échoué; mais en tant qu'hommes pratiques ils réussirent à édifier le nouvel Etat sur les seules bases qui pouvaient être stables, celles constituées par des intérêts économiques fondamentaux.²⁷⁾

En quoi ces faits peuvent-ils nous éclairer sur les intentions des auteurs de la Constitution américaine et notamment sur les fonctions qu'ils ont tenu à confier au pouvoir judiciaire fédéral ?

En tant que créanciers et propriétaires, ils avaient manifestement tout à redouter du désordre, de l'anarchie et de la politique de facilité en matière monétaire, commerciale et bancaire qui avaient caractérisé le régime des Articles de Confédération. Et ils avaient tout à espérer d'un pouvoir fédéral fort et d'un système judiciaire apte à défendre les droits acquis contre les assauts de la démagogie déjà menaçante. Or l'expérience d'un passé récent leur avait

²⁶⁾ Entre guillemets dans le texte.

²⁷⁾ Beard, 1925, p. 151.

montré que la démagogie des débiteurs pouvait sévir non seulement dans la rue, mais même dans les parlements et jusque dans les tribunaux de certains Etats.

En tant que représentants d'une élite, influente par la culture mais faible par le nombre, ils se sentaient d'autant moins assurés qu'à l'autorité absolue de la monarchie déchue ils ne pouvaient substituer que celle du peuple. Pour que l'autorité du peuple souverain ne devînt pas celle d'une populace d'humeur changeante, envieuse et vindicative, ils cherchèrent donc à la capter une fois pour toutes, en lui faisant sanctionner une Constitution dont ils pourraient ensuite opposer toujours les principes stables et permanents aux exigences capricieuses de la foule. Cette Constitution, ils la voulaient intangible. Voilà pourquoi ils en rendirent la révision presque impossible; voilà pourquoi aussi ils en confièrent l'interprétation à des juges proclamés inamovibles et dont la nomination même devait autant que possible être soustraite aux passions de la masse; voile pourquoi enfin ils tenaient à subordonner les Etats à l'Union et le pouvoir législatif au pouvoir judiciaire.

Rien n'est plus étrange et plus significatif à la fois que la méfiance que témoignaient à la démocratie ces auteurs d'une Constitution qu'ils s'empressaient par ailleurs de déclarer inviolable comme étant l'expression définitive de la volonté populaire. Quelques citations extraites des débats de la Convention suffiront à le montrer:

Le 29 mai 1787, McHenry, député du Maryland et médecin très fortuné²⁸⁾, en discutant de la composition du Sénat, déclara:

„Notre principal danger réside dans les éléments démocratiques de nos Constitutions. C'est une maxime que j'estime incontestable que les pouvoirs du gouvernement exercés par le peuple tendent à absorber tous les autres. Aucune de nos Constitutions ne comporte d'arme suf-

²⁸⁾ Beard, 1925, p. 131.

fisante contre la démocratie. Le faible Sénat de Virginie est un fantôme. Maryland a un Sénat plus fort mais de récents événements dans cet Etat ont montré qu'il ne l'était pas assez. Les mesures prises dans les Constitutions de New York et du Massachusetts constituent une barrière encore plus haute contre la démocratie. Mais elles sont toutes insuffisantes.“²⁹⁾

Deux jours après, au même sujet, Sherman, député du Connecticut, un des rares self-made men de la Convention³⁰⁾, ajouta:

„Le peuple devrait être autant que possible écarté du gouvernement. Il manque d'instruction, ce qui l'expose toujours à être séduit.“

Le même jour, Gerry, député du Massachusetts, gradué de l'Université Harvard, et riche commerçant³¹⁾, déclara:

„Les maux dont nous souffrons proviennent d'un excès de démocratie. Le peuple ne veut pas de la vertu mais il est dupé par de prétendus patriotes . . . J'ai été jusqu'ici trop républicain. Je le suis encore mais l'expérience m'a appris le danger de l'esprit de nivellement.“³²⁾

Toujours au cours du même débat Randolph, député de la Virginie, petit-fils d'un aristocrate anglais, avocat, grand propriétaire foncier et maître de deux cents esclaves³³⁾, remarqua:

„L'objet général est de trouver un remède aux maux dont souffrent les Etats-Unis; en recherchant l'origine de ces maux tout homme l'a trouvée dans la turbulence et les folies de la démocratie.“³⁴⁾

Enfin, le 7 juin 1787, Dickinson, député du Delaware, avocat, par son mariage un des propriétaires fonciers les

²⁹⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 27.

³⁰⁾ Beard, 1925, p. 142.

³¹⁾ Ibid., p. 95.

³²⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 48.

³³⁾ Beard, 1925, p. 139.

³⁴⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 51.

plus fortunés du pays, et plus tard grand bienfaiteur du Dickinson College qui, en raison de ses libéralités, reçut son nom³⁵⁾), recommanda l'élection des sénateurs par les parlements des Etats „parce qu'il souhaite que le Sénat fût composé des personnalités les plus distinguées, distinguées par la situation sociale et le prestige de la fortune et ressemblant autant que possible à la Chambre des Lords britannique et qu'il pensait que de telles personnalités avaient plus de chances d'être choisies par les parlements des Etats que par n'importe quelle autre méthode.“ ³⁶⁾

La situation de ces législateurs était à coup sûr difficile. Adversaires de la démocratie, ils étaient appelés à élaborer une constitution pour une jeune république qui venait de répudier avec fracas le principe monarchique et qui, en proclamant l'égalité originelle de tous les hommes en même temps que son indépendance, avait par là rompu avec toute tradition aristocratique. Ces législateurs étaient d'autant plus heureux de trouver dans l'arsenal de leur culture juridique et politique, patrimoine commun de la plupart d'entre eux, des armes propres à masquer leur embarras, sinon à les en tirer. Ces armes étaient essentiellement au nombre de trois.

La première de ces armes était la tradition de la common law anglaise. Pour les juristes américains, comme pour leurs frères aînés de Grande-Bretagne, la common law, lentement élaborée au cours des âges par la jurisprudence des tribunaux, a toujours été l'objet d'une vénération particulière. Aujourd'hui, il est vrai, et depuis plus de deux siècles, il est très généralement admis que la common law n'est qu'un droit subsidiaire, valable seulement à défaut de règle contraire formulée par le législateur parlementaire. Mais jusqu'à la révolution de 1688 en Angleterre, il n'en était pas ainsi. Toujours, au cours de l'histoire britannique, quand les libertés populaires étaient menacées par l'absolutisme, il s'est trouvé

³⁵⁾ Beard, 1925, p. 87.

³⁶⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 150.

des jurisconsultes pour invoquer l'autorité tutélaire des droits fondamentaux de la Grande Charte et des principes respectables de la common law. C'est ainsi qu'en 1610 le fameux juge Edward Coke, auteur en 1628 de la Pétition de Droit, avait, dans un arrêt célèbre (Bonham's case), déclaré: „Lorsqu'un acte du parlement est contraire au droit commun ou à la raison ou odieux ou d'une application impossible, il sera apprécié et annulé en vertu de la common law³⁷⁾“.

Si peu orthodoxe qu'elle ait été jugée depuis, cette doctrine était connue de tous les élèves des facultés de droit de langue anglaise au XVIII^e siècle. Elle jouissait même d'une faveur particulière chez les colons britanniques de l'Amérique du Nord qui y avaient puisé des encouragements dans la lutte contre le pouvoir de la métropole. En analysant les raisons d'ordre économique et politique de la réception de la common law en Amérique, le doyen Roscoe Pound écrivait récemment: „De la théorie juridique de la Grande Charte qui avait été élaborée par les tribunaux, Coke, l'oracle de la common law, avait tiré les conséquences légales et politiques. Partout où il se produisait des frottements entre les colons et les gouverneurs royaux ou entre les parlements coloniaux et la couronne, les plaidoiries en faveur des colonies invoquaient l'autorité de la doctrine de Coke³⁸⁾“.

Au dualisme juridique de Coke, les doctrines de droit naturel — seconde arme des constituants américains de 1787 — vinrent apporter un puissant appui. Cette arme, dont ils avaient fait un usage révolutionnaire dans la lutte pour l'indépendance, allait maintenant servir à des fins conservatrices. La révolte contre le despotisme royal n'avait été que la juste revendication de droits naturels méconnus et violés par un pouvoir arbitraire. Mais la Constitution nouvelle, qui consacrait ces mêmes droits naturels, devait

³⁷⁾ Haines, p. 33.

³⁸⁾ Pound, R., article Common Law dans „Encyclopaedia of the Social Sciences“, t. IV, New York, 1931, p. 52.

être défendue avec une vigueur égale contre les attaques de législateurs égarés. John Locke n'avait-il pas écrit que des lois qui transgessaient certains principes fondamentaux n'étaient pas „à proprement parler des lois³⁹⁾“? Et Vattel n'avait-il pas également recommandé l'inviolabilité de la constitution, en mettant la loi fondamentale, oeuvre de la nation elle-même, à l'abri des atteintes du pouvoir législatif, qui n'en était qu'un pouvoir délégué⁴⁰⁾?

Cette hiérarchie dans la loi, que les membres de la Convention de 1787 voulaient établir pour défendre certains droits essentiels contre les assauts éventuels de la démocratie, ils en avaient longtemps eu sous les yeux un exemple historique. Anciens colons, ils avaient, avant la Guerre de l'Indépendance, vécu sous un double régime de chartes royales et de législations coloniales. Aux termes mêmes de ces chartes, ils avaient été autorisés à se donner par des parlements coloniaux, des lois locales. Mais ces lois, même lorsque le gouverneur britannique n'y avait pas opposé son véto, pouvaient toujours être annulées quand elles paraissaient enfreindre quelque disposition de la charte ou du droit anglais.

Cette procédure en annulation des lois coloniales était ou administrative ou judiciaire. Dans le premier cas, le Privy Council, à Londres, pouvait, sur l'avis d'un ministère compétent, empêcher l'entrée en vigueur des mesures législatives des colonies, en leur refusant sa sanction. Dans le second cas, le même Privy Council pouvait écarter, comme contraire au droit anglais, une demande conforme à la législation coloniale et ainsi, en appréciant celle-ci à la lumière de celui-là, refuser l'application d'une loi pour cause d'incompatibilité avec une loi supérieure⁴¹⁾.

³⁹⁾ Locke, J., *Second Treatise of Civil Government*, cité par Haines, p. 40.

⁴⁰⁾ Cf. à ce sujet les intéressantes citations et les judicieux commentaires de Haines, p. 42.

⁴¹⁾ Haines, p. 44 ss.

Les constituants de 1787 pouvaient donc trouver dans des précédents coloniaux une troisième arme, d'autant plus efficace que son usage ne pouvait surprendre personne aux Etats-Unis, et que plusieurs Etats, dans leurs Constitutions particulières, en avaient déjà sanctionné l'emploi.

Si, à la Convention fédérale, la grande majorité des membres étaient d'accord pour distinguer nettement la constitution de la loi et pour confier au pouvoir judiciaire le soin de veiller à ce que celle-là l'emportât toujours sur celle-ci, ils se séparèrent au début sur une question de méthode.

Les uns, s'inspirant sans doute d'institutions semblables qui existaient dans plusieurs Etats, voulaient créer un conseil de révision chargé d'apprécier la constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Les autres, auxquels les premiers semblent en général s'être ralliés, préféraient résERVER aux tribunaux des fonctions purement judiciaires. Quelques citations, forcément fragmentaires, comme l'est sur ce point l'exposé lui-même du débat dans les sources officielles, montreront l'état d'esprit de la Convention à cet égard.

Le „Plan de Virginie“, comme on appelait le premier avant-projet de constitution en raison de l'origine de son principal auteur, Randolph, comportait à ce sujet la résolution suivante:

„L'exécutif et un nombre convenable de membres du pouvoir judiciaire national devront composer un conseil de révision chargé d'examiner chaque loi du parlement national avant son entrée en vigueur . . . L'opposition de ce conseil aurait pour effet le rejet de la loi à moins que celle-ci ne fût adoptée à nouveau . . . par . . . membres de chaque Chambre.“⁴²⁾

Lorsque cette proposition fut mise en discussion, le 4 juin 1787, un député, Gerry, exprima des doutes au sujet de l'opportunité d'associer le pouvoir judiciaire à un tel

⁴²⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 21.

conseil de révision, „étant donné que les juges auraient une occasion suffisante pour s'opposer aux empiètements sur leurs propres fonctions en examinant les lois, ce qui devra comporter le droit d'en apprécier la constitutionnalité. Dans certains Etats les juges avaient en fait écarté des lois parce que contraires à la Constitution. Cela avait été fait avec l'approbation générale. Il était tout à fait étranger à la nature de la fonction des juges d'approuver l'opportunité de mesures publiques.“

King, un autre député, était du même avis en „faisant remarquer que les juges devaient être en mesure d'apprécier la loi telle qu'elle leur était présentée sans le parti-pris qui résulterait de leur participation à son élaboration“.

Un troisième, Wilson, pensait que „ni la proposition originale ni ses amendements n'allait assez loin. Si les pouvoirs législatif et judiciaire devaient être distincts et indépendants l'un de l'autre, le pouvoir exécutif devait avoir un véto absolu“.⁴³⁾

Là-dessus il s'engagea un débat dont le résultat final fut la création du droit de véto suspensif du président des Etats-Unis.

Citons encore l'opinion contraire du député Bedford, ne fût-ce que pour montrer que, si elle eut peu de faveur parmi les membres de la Convention, elle y était cependant représentée. Au cours du même débat, ce délégué se déclara „opposé à toute entrave apportée au pouvoir législatif, même au conseil de révision d'abord proposé. Il estimait qu'il serait suffisant d'indiquer dans la Constitution les limites du pouvoir législatif, ce qui garantirait les droits des autres départements. Les représentants du peuple étaient les meilleurs juges de ce qui convenait à leurs intérêts et ils devaient être affranchis de tout contrôle“⁴⁴⁾.

⁴³⁾ Farrand, 1911, t. Ier, p. 97 ss.

⁴⁴⁾ Ibid., p. 101.

Ainsi que nous l'avons rappelé, la Constituante de 1787 n'a pas expressément tranché, dans le texte de la loi fondamentale, la question qui nous intéresse. Les faits que nous venons de rappeler suffisent cependant sinon à expliquer ce silence, du moins à indiquer l'opinion dominante de l'assemblée à son sujet et les mobiles de cette opinion. Que cette opinion ait été celle de la majorité de la Constituante, cela ne paraît vraiment pas douteux, bien que cela soit encore parfois contesté par les adversaires américains du contrôle judiciaire, qui prennent prétexte de leurs doutes à cet égard pour dénoncer „l'usurpation“ de pouvoir par la Cour suprême⁴⁵⁾.

Etant donné l'enjeu de la partie, les recherches relatives à l'opinion probable des auteurs de la Constitution sur cette question fondamentale empruntent au mutisme même de la Constitution un intérêt puissant. Ces recherches ont été souvent faites et renouvelées par les historiens américains. Voici comment un des plus récents d'entre eux en résume les conclusions, tout en en donnant une abondante bibliographie:

„Le fait qu'aux termes de la Constitution le pouvoir d'invalider des lois n'est pas expressément concédé aux juges fédéraux ne prouve pas qu'on entendait le leur refuser. Sans concession constitutionnelle de ce genre, ni expresse ni implicite, les tribunaux d'Etats avaient exercé ce pouvoir et avaient soutenu l'opinion qu'il était du devoir du juge de déclarer nulle une loi qui lui paraissait contraire à la Constitution. Une pareille conception semble avoir été celle d'un groupe important de membres de la Constituante. Des cinquante-cinq membres de celle-ci, Charles

⁴⁵⁾ Ce mot a été prononcé en 1922 par feu le sénateur La Follette, le fameux chef des Républicains avancés. Cf. Warren, 1930, p. 96. La même conception négative était celle de l'Hon. Walter Clark, président de la Cour Suprême de la Caroline du Sud. Cf. Beard, C. A., *The Supreme Court and the Constitution*, New York, 1912, p. 2 ss.

A. Beard⁴⁶⁾ estima qu'un tiers ne prit aux débats qu'une part insignifiante ou nulle. Des vingt-cinq hommes qui, par leur caractère, leur talent, leur diligence et la régularité de leur présence, dominaient la Constituante, il affirme que dix-sept de cette liste se sont déclarés directement ou indirectement favorables au contrôle de la constitutionnalité des lois. Beard n'a découvert que cinq membres qui se soient jamais prononcés en sens contraire et un seul de ces cinq figure dans la liste des vingt-cinq ci-dessus.

Davis⁴⁷⁾ conclut de l'examen des mêmes documents que Beard que la question du contrôle de la constitutionnalité des lois était délibérément laissée dans l'incertitude par les auteurs de la Constitution et que les objections formulées au cours des débats relatifs à la ratification indiquaient que l'on n'entendait pas donner à la Cour Suprême le droit d'invalider des lois du Congrès. En réponse à Davis, Frank E. Melvin⁴⁸⁾ non seulement défend l'interprétation de Beard, mais ajoute d'autres noms tels que ceux de Rutledge et de Gorham à la liste des partisans du contrôle. Il ne peut y avoir que peu de doute, conclut Melvin, que la Constituante entendait définitivement accepter le principe du contrôle.^{“49)}

Pourquoi alors, demandera-t-on, puisqu'il n'y avait pas de doute à ce sujet, un principe d'une telle importance n'a-t-il pas été expressément énoncé dans la Constitution ? Trois explications sont concevables: ou la question a pu échapper à l'attention des délégués; ou la réponse a pu leur paraître si évidente que toute disposition à ce sujet eût été inutile; ou enfin ils ont pu de propos délibéré la laisser sans solution.

⁴⁶⁾ Beard, 1912, p. 16 ss.

⁴⁷⁾ Davis, H. A., *The Judicial Veto*, New York, 1914, p. 49 ss.

⁴⁸⁾ Melvin, F. E., *The Judicial Bulwark of the Constitution*, *American Political Science Review*, mai 1914, p. 167.

⁴⁹⁾ Haines, p. 132 ss. Charles Warren arrive à une conclusion analogue. Il estime que le principe du contrôle ne comptait que quatre adversaires à la Convention. Warren, 1930, p. 51.

De ces trois explications théoriquement concevables, la première est certainement inadmissible, étant donné les informations dont nous disposons. La question a été nettement posée par plusieurs orateurs à la Convention et les avis à son sujet n'étaient pas absolument unanimes.

La seconde hypothèse est celle qu'a faite sienne Charles Warren, le savant historien de la Cour Suprême, qui la défend en ces termes:

„Beaucoup d'adversaires contemporains de la Cour Suprême semblent penser qu'ils posent une question sans réplique lorsqu'ils demandent triomphalement: „Si les auteurs de la Constitution entendaient donner à la Cour le droit de tenir pour nulles des lois votées par le Congrès, pourquoi n'ont-ils pas expressément prévu ce droit dans la Constitution?“ Il y a à cette question une réponse décisive. Les auteurs n'ont pas expressément prévu l'exercice de ce droit de la Cour car ils n'ont expressément prévu l'exercice d'aucun droit de la Cour. Ils ont établi et défini la juridiction, c'est-à-dire les matières auxquelles devait s'étendre le pouvoir judiciaire de la Cour; mais juridiction et pouvoir judiciaire sont deux choses très différentes quoique souvent confondues.“⁵⁰⁾.

Et ailleurs Warren dit:

„Ils n'ont pas défini et ils n'avaient pas besoin de définir quels pouvoirs la Cour devait posséder en tant qu'organe judiciaire. La Cour qu'ils créaient devait avoir tous les pouvoirs exercés par les tribunaux en tant que tribunaux dans les Etats.“

Or, dans les Etats, affirme Warren, les tribunaux exerçaient habituellement le droit de ne pas appliquer des lois contraires à la Constitution⁵¹⁾.

⁵⁰⁾ Warren, 1930, p. 55. E. S. Corwin a professé récemment une opinion contraire. „Quand se réunit la Convention fédérale, le contrôle judiciaire n'était une institution établie dans aucun Etat de l'Union“ écrit-il dans son excellent article *Judicial Review*, „Encyclopaedia of the Social Sciences“, t. VIII, New York, 1932, p. 459.

⁵¹⁾ Ibid., p. 54, 55.

La haute compétence de Warren donne assurément à cette explication une grande autorité. Malgré notre reconnaissant respect pour l'érudition de son auteur, elle ne nous paraît cependant pas absolument convaincante. La question, dont l'importance avait été reconnue, a été discutée à la Constituante. Dès lors, dire qu'elle a été passée sous silence par les rédacteurs de la Constitution parce qu'elle n'aurait été susceptible que d'une seule solution, nous paraît tout de même assez désinvolte⁵²⁾). Reste donc la troisième explication, qui est à nos yeux la bonne.

Les auteurs de la Constitution se sont délibérément bornés à établir dans la loi fondamentale la charpente générale de l'Etat nouveau qu'ils créaient. Ils ont volontairement laissé de côté tout ce qui ne leur paraissait pas essentiel. De plus, pressés par l'urgence de la situation ainsi que par les rigueurs de l'été de 1787, où la température était à Philadelphie particulièrement caniculaire, ils avaient hâte d'en finir. Ils étaient d'autant plus portés à préteriter les questions controversées qu'ils voulaient aboutir. Ils tenaient donc à ne pas exposer leur projet à des risques inutiles, en y incorporant sans nécessité absolue des clauses qui auraient pu augmenter le nombre de ses adversaires. La majorité, nettement acquise au principe du contrôle judiciaire, pouvait d'autant mieux s'abstenir de l'inscrire dans la Constitution que s'abstenir c'était s'en remettre à la future Cour elle-même. Or, cette Cour, dont on pouvait prévoir qu'elle serait composée exclusivement de juristes, serait, d'une part, tout naturellement portée à se conformer aux précédents coloniaux et aux précédents américains plus récents et, d'autre part, à étendre sa compétence plutôt qu'à la restreindre au profit du pouvoir législatif.

⁵²⁾ Cf. à ce propos une curieuse lettre de Gouverneur Morris que Warren cite lui-même, pour écarter du reste l'interprétation contraire à sa thèse qu'elle paraît comporter. Warren, 1930, p. 56, 57 en note. Cf. aussi le 3ème alinéa de la citation du „Federalist“ que nous donnons plus bas.

Cette explication du silence de la Constitution de 1789 en matière de contrôle judiciaire n'est, bien entendu, que conjecturale. Mais elle ne manquera pas de paraître plausible au lecteur qui connaît la mentalité politique des Anglo-Saxons, surtout s'il a par surcroît quelque expérience des délibérations internationales. Or, la Convention fédérale de 1787, composée de représentants d'Etats souverains, était une conférence internationale presque autant qu'une assemblée constituante.

A défaut de tout commentaire officiel du projet constitutionnel de 1787, consultons le „Federalist“. Nous y trouvons, sous la plume de Hamilton, un remarquable exposé du problème qui nous intéresse.

Cet exposé, très nettement favorable à la solution qui était celle de la majorité de ses collègues et qui allait devenir celle de la Cour Suprême elle-même, reflète admirablement les considérations, les précédents et les influences diverses que nous avons rappelés plus haut. Bien que peu cité par les commentateurs américains de la Constitution, il nous paraît particulièrement apte à faire comprendre la philosophie politique de la majorité conservatrice de la Convention de 1787. Au cours du 78ème essai du „Federalist“, consacré à l'organisation judiciaire, Hamilton écrit:

„Le droit des tribunaux de déclarer nulles des lois parce que contraires à la constitution a donné lieu dans l'opinion à quelque perplexité. On paraît s'imaginer que cette doctrine implique la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. On paraît croire que l'autorité qui peut annuler les actes d'une autre doit nécessairement lui être supérieure. Comme la doctrine en question est de grande importance pour toutes les Constitutions américaines, il convient d'examiner rapidement les bases sur lesquelles elle repose.

Il n'est pas de proposition plus claire que celle selon laquelle est nul tout acte d'un pouvoir délégué, contraire aux termes de la délégation en vertu de laquelle cet acte est accompli. Par conséquent aucune loi contraire à la

Constitution ne peut être valable. Le contester serait affirmer que le mandataire l'emporte sur le mandant; que le serviteur est supérieur à son maître; que les représentants du peuple sont au-dessus du peuple lui-même; que les hommes agissant en vertu de pouvoirs peuvent faire non seulement ce que ces pouvoirs n'autorisent pas, mais même ce qu'ils interdisent.

Si l'on soutenait que le corps législatif est lui-même juge constitutionnel de ses propres pouvoirs et que son interprétation de ces pouvoirs doit s'imposer aux autres départements du gouvernement, on pourrait répondre que cela ne saurait être la présomption naturelle là où aucune disposition particulière de la Constitution ne suggère une telle interprétation. A défaut d'une telle disposition constitutionnelle, on ne saurait admettre qu'il soit de l'intention de la loi fondamentale de permettre aux représentants du peuple de substituer leur volonté à celle de leurs électeurs. Il est bien plus rationnel d'admettre que les tribunaux étaient destinés à être un organe intermédiaire entre le peuple et le parlement, chargé entre autres de maintenir celui-ci dans les limites de son autorité légitime. L'interprétation des lois est le domaine propre et particulier des tribunaux. Une constitution est en fait et doit être considérée par les juges comme une loi fondamentale. C'est par conséquent à eux qu'il appartient d'en déterminer le sens aussi bien que le sens de toute loi particulière émanant du corps législatif. S'il devait y avoir entre les deux lois une disparité irréductible, il faudrait naturellement donner la préférence à celle des deux dont la puissance d'obligation et la validité sont les plus hautes. En d'autres termes, la constitution doit être préférée à la loi, l'intention du peuple à celle de ses agents.

Cette conclusion ne présuppose nullement la supériorité du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif. Elle présuppose seulement la supériorité du pouvoir du peuple sur l'une et sur l'autre. Elle présuppose que lorsqu'il y a opposition entre la volonté du parlement manifestée dans

ses lois et la volonté du peuple proclamée dans la constitution, les juges devront obéir à celle-ci plutôt qu'à celle-là. Ils devront régler leurs décisions sur les lois fondamentales plutôt que sur celles qui ne sont pas fondamentales.

Un exemple tiré de la vie courante, lorsque les tribunaux sont appelés à choisir entre deux lois contradictoires, illustrera l'exercice de cette faculté judiciaire. Il arrive assez souvent que deux lois se trouvent simultanément en vigueur alors qu'elles sont en contradiction totale ou partielle l'une avec l'autre et qu'aucune des deux ne contient une clause abrogeant l'autre. Dans une telle situation il appartient aux tribunaux de déterminer leur signification et leur portée. Pour autant qu'une interprétation équitable permettra de concilier les deux lois l'une avec l'autre, la raison et le droit s'accorderont à la recommander; mais là où cela s'avère impraticable il deviendra nécessaire d'appliquer une des lois à l'exclusion de l'autre. La règle qui s'est imposée aux tribunaux pour déterminer la validité relative des deux lois veut que la plus récente soit préférée à la plus ancienne. Mais ceci n'est qu'une règle d'interprétation. Elle ne tire pas son autorité d'une loi positive, mais seulement de la nature et de la raison. Ce n'est pas le législateur qui a imposé cette règle aux tribunaux. Mais ce sont eux-mêmes qui l'ont adoptée comme conforme à la vérité et aux convenances pour les guider dans leur fonction d'interprètes de la loi. Les tribunaux ont estimé raisonnable, qu'appelés à choisir entre deux lois contradictoires émanant d'une même autorité, ils devaient donner la préférence à celle qui leur apportait l'expression la plus récente de la volonté de cette autorité.

Mais lorsqu'il s'agit de deux lois contradictoires émanant l'une d'une autorité supérieure et l'autre d'une autorité subordonnée, portées l'une en vertu d'un pouvoir originel et l'autre d'un pouvoir dérivé, la nature et la raison imposent la règle inverse. Elles nous enseignent que l'acte antérieur d'une autorité supérieure doit être préféré à l'acte subséquent d'une autorité inférieure et subordonnée. Par

conséquent toutes les fois qu'une loi particulière sera incompatible avec la constitution il sera du devoir des tribunaux judiciaires d'appliquer celle-ci et d'écartier celle-là.

On ne saurait valablement prétendre que dans ce cas les tribunaux, sous prétexte d'une difficulté, pourront substituer leur propre préférence arbitraire aux intentions constitutionnelles du parlement. Cela pourrait arriver tout aussi bien dans le cas de deux lois contradictoires; cela pourrait même arriver tout aussi bien dans l'interprétation d'une seule loi. Les tribunaux doivent déterminer le sens de la loi et s'ils étaient disposés à imposer leur volontés au lieu d'exercer leur jugement il en résultera également qu'ils tendraient à substituer leur bon plaisir à celui du corps législatif. Cette objection, si on devait la retenir, suggéreraient la conclusion qu'il ne devrait pas y avoir de juge distinct du législateur.

Si donc les tribunaux doivent être considérés comme les défenseurs d'une loi fondamentale constitutionnelle contre des empiétements législatifs, il en résultera une forte présomption en faveur de l'inamovibilité des juges. Rien, en effet, ne sera de nature à contribuer autant à l'indépendance de ces magistrats, condition nécessaire à l'accomplissement fidèle d'un devoir si difficile.

L'indépendance des juges est également nécessaire à la défense de la constitution et des droits individuels contre les conséquences de la mauvaise humeur que pourront parfois répandre parmi le peuple lui-même les ruses des intrigants ou l'influence de circonstances particulières. Une telle mauvaise humeur, même si elle devait bientôt faire place à des dispositions plus éclairées et à un jugement plus réfléchi, tendrait dans l'intervalle à suggérer des innovations politiques dangereuses et à favoriser fâcheusement l'oppression de la minorité dans la société. J'espère que les amis du projet de constitution ne s'accorderont jamais avec ses adversaires. Ces derniers viennent de mettre en question le principe fondamental du gouvernement républicain, selon lequel le peuple a toujours le droit d'amender

ou d'abroger la constitution établie lorsqu'elle apparaîtra incompatible avec leur bonheur. Mais il ne faudrait pas conclure de ce principe que les représentants du peuple seront pour cela autorisés à violer la constitution toutes les fois qu'un mouvement éphémère suggérera à la majorité des électeurs des vues contraires à ses dispositions. Il ne faudrait pas admettre non plus que les tribunaux auraient pour devoir de se prêter à de telles violations avec plus de complaisance que lorsqu'elles résulteraient des intrigues du corps représentatif. Tant que le peuple n'aura pas abrogé ou modifié la loi fondamentale par quelque acte solennel et décisif, elle s'imposera à lui collectivement aussi bien qu'individuellement. Avant l'accomplissement d'un tel acte, aucune présomption ni même aucune connaissance de leurs sentiments ne pourraient autoriser leurs représentants à méconnaître la loi. Mais il est facile de comprendre qu'il faudrait, pour permettre aux juges de faire leur devoir de fidèles gardiens de la constitution, une fermeté exceptionnelle si les violations législatives de la loi fondamentale étaient sanctionnées par la majorité de la collectivité.

Ce n'est pas dans le cas des violations de la constitution seulement que l'indépendance des juges peut constituer une défense décisive contre les atteintes d'une mauvaise humeur qui viendrait occasionnellement à se manifester dans la société. Ces atteintes se bornent parfois à la violation par des lois injustes et partiales des droits privés de certaines catégories particulières de citoyens. Dans ces cas aussi la fermeté de la magistrature judiciaire peut utilement atténuer la sévérité et limiter les ravages de telles lois. Elle ne servira pas seulement à circonscrire les effets fâcheux de la législation en vigueur, mais elle agira aussi comme un frein sur l'activité du parlement qui en est responsable. Prévoyant que leurs intentions iniques se heurteront aux scrupules des tribunaux, les législateurs se verront contraints de modérer leurs tentatives en raison même des mobiles injustes qui les inspirent. Cette circonstance est de nature à exercer sur le caractère de nos

gouvernements plus d'influence que ne se l'imagine la foule. Plusieurs Etats ont déjà éprouvé les bienfaits de l'intégrité et de la modération de la magistrature; et même si les juges auront pu déplaire à ceux dont ils auront contre-carré les projets dangereux, ils se seront imposés à l'estime et à la reconnaissance de tous les hommes vertueux et désintéressés. Tous ceux qui réfléchissent doivent apprécier tout ce qui tend à engendrer et à fortifier la fermeté des tribunaux, car nul n'est assuré qu'il ne sera pas demain victime de l'esprit d'injustice dont il peut être aujourd'hui le bénéficiaire. Et tout homme doit comprendre qu'un esprit pareil tend inévitablement à miner les fondements de la confiance publique et privée et à y substituer la méfiance et la détresse universelle.^{“53”}

Ces pages sont remarquables à bien des égards. Nous ne saurions nous arrêter ici à les commenter longuement. Relevons cependant les trois points suivants:

Tout d'abord, Hamilton base toute son argumentation en faveur de la supériorité de la constitution sur la loi sur un fondement théoriquement démocratique. C'est parce que la constitution est l'expression de la volonté populaire, alors que la loi n'est que l'expression de la volonté des législateurs élus, que celle-là doit l'emporter sur celle-ci.

En second lieu, il préfère les juges aux législateurs comme interprètes de la constitution en raison de la doctrine de la séparation des pouvoirs.

Enfin, il tient les juges pour les meilleurs défenseurs de l'intérêt permanent de la société. Il sollicite, en effet, leur concours pour protéger la collectivité contre des législateurs iniques, même dans les cas où cette iniquité se manifesterait par des lois conciliaires avec la constitution et conformes à la volonté de la majorité populaire.

Il est bien difficile de ne pas reconnaître dans cette troisième proposition l'énoncé de vues contraires à celles qui lui inspirent les deux premières. Le juge s'érigent en

⁵³) The Federalist, p. 485 ss.

censeur du législateur, auteur d'une loi jugée vicieuse bien que reconnue régulière et populaire, n'est-ce pas contraire à la fois à la doctrine de la séparation des pouvoirs et à la doctrine démocratique ? Il y a là, me semble-t-il, la manifestation d'une foi en un ordre naturel supérieur à la volonté populaire, à moins qu'il ne s'agisse tout simplement que d'une victoire du bon sens anglo-saxon sur la logique.

Chapitre III.

De l'établissement de la doctrine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales.

Le 24 septembre 1789, le jour même où fut promulguée la loi d'organisation judiciaire, le président Washington soumit au Sénat les noms de ses six candidats à la Cour Suprême. Il les avait choisis en raison de leur caractère et de leur expérience au barreau ou dans la magistrature — quatre sur six d'entre eux avaient déjà été juges dans des Etats. Il avait tenu compte aussi de leur passé politique. Trois de ces candidats, en effet, étaient anciens membres de la Convention fédérale et quatre d'entre eux avaient pris une part active aux débats relatifs à la ratification de la Constitution dans les Conventions de leurs Etats respectifs. Il eut soin aussi de les choisir dans six Etats différents^{54).}

Le Sénat ayant approuvé, sans réserves et sans délai, les choix du président, ce dernier, en date du 30 septembre 1789, informa les juges de leur nomination. Dans la lettre qu'il leur écrivit pour cela, il déclara qu'à ses yeux „le système judiciaire“ était „la colonne maîtresse qui doit soutenir notre gouvernement national“. L'importance primordiale que Washington attachait aux institutions judiciaires apparaît aussi dans la missive qu'il avait adressée trois jours auparavant à Edmund Randolph, l'ancien représentant de la Virginie à la Constituante, dont il avait fait le premier avocat-général de la République. Il

⁵⁴⁾ Warren, 1932, t. Ier, p. 31 ss.; Beard, 1927, p. 102 ss.

lui avait écrit: „Convaincu que la bonne administration de la justice est la base la plus solide d'un bon gouvernement, j'ai estimé que l'organisation première du système judiciaire était essentielle au bonheur de notre pays et à la stabilité de son système politique.“⁵⁵⁾

La Cour Suprême siégea pour la première fois le 1er février 1790 et les tribunaux de circuit commencèrent leur activité quelques mois plus tard⁵⁶⁾.

Dès 1791 un tribunal fédéral de circuit eut l'occasion de refuser d'appliquer, parce que contraire à un traité international, une loi d'un Etat particulier⁵⁷⁾. L'an suivant un autre tribunal de circuit se refusa à appliquer une loi d'Etat en raison de son incompatibilité avec la Constitution fédérale⁵⁸⁾. Et déjà quelques mois plus tard surgit dans les circonstances suivantes le premier conflit d'ordre constitutionnel entre un tribunal fédéral d'une part et le Congrès et le gouvernement fédéral de l'autre.

Par une loi du 23 mars 1792, le Congrès avait confié aux tribunaux de circuit la mission d'apprécier certaines requêtes d'invalides pensionnés, cette appréciation pouvant être révisée par le ministre de la guerre et par le Congrès.

Dès le 5 avril de la même année, le tribunal de circuit de New York, siégeant sous la présidence du Chief Justice Jay, refusa d'appliquer cette loi, considérant qu'aux termes de la Constitution le gouvernement était divisé „en trois pouvoirs distincts et indépendants. Il était du devoir de chacun de s'abstenir de tout empiètement de l'un sur les deux autres et de s'y opposer, qu'il n'est constitutionnellement loisible au législatif et à l'exécutif d'imposer au judiciaire que des devoirs d'ordre judiciaire susceptibles d'être accomplis d'une manière judiciaire.“⁵⁹⁾

⁵⁵⁾ Scott, p. 10.

⁵⁶⁾ Warren, 1932, t. Ier, p. 46 et 60.

⁵⁷⁾ Ibid., p. 65.

⁵⁸⁾ Ibid., p. 67.

⁵⁹⁾ Ibid., p. 70.

Les autres tribunaux de circuit ayant adopté la même attitude, un des pensionnés adressa, en date du 13 avril 1792, un recours au Congrès. Ce recours donna lieu à l'exposé suivant, cité par Warren d'après les comptes rendus du Congrès:

„Il apparaît que la Cour avait estimé que c'était lui imposer un devoir très extraordinaire que de l'appeler à examiner des invalides. Elle tenait pour inconstitutionnelle la loi lui confiant une telle mission, étant donné qu'aux termes de cette loi le ministre de la guerre aurait à signaler au Congrès les erreurs des juges aux fins de révision; en conséquence la Cour ne pouvait se conformer à une telle injonction, puisqu'elle tendait à subordonner le pouvoir judiciaire aux pouvoirs législatif et exécutif, alors que le souci de la liberté de la Constitution devait faire éviter avec soin toute confusion de ces pouvoirs entre eux. En effet, un principe fondamental de la plus grande importance voulait qu'aucune décision du pouvoir judiciaire ne pût, sous un prétexte quelconque, être soumise à la révision des pouvoirs législatif et exécutif . . . Ceci étant le premier cas dans lequel une cour de justice a déclaré inconstitutionnelle une loi du Congrès, la nouveauté du cas donna lieu à l'expression d'opinions diverses au sujet des mesures qu'il convenait de prendre en l'occurrence.“⁶⁰⁾

Cette première manifestation d'indépendance des pouvoirs judiciaires fédéraux à l'égard des autres branches du gouvernement fédéral émut vivement l'opinion. Parmi les amis du Cabinet on parla de révocation et de mise en accusation de juges révoltés. L'opposition, au contraire, vantait le courage et la sagesse de magistrats capables de tenir tête à un gouvernement indigne. Il se produisit ainsi tout naturellement, à l'égard des tribunaux fédéraux, un renversement des rôles du gouvernement et de l'opposition dont l'histoire subséquente devait fournir encore maint exemple. Le gouvernement Fédéraliste, dont le programme

⁶⁰⁾ Ibid., p. 72.

politique était tout de défense de l'Union, de la Constitution, des pouvoirs fédéraux et notamment du pouvoir judiciaire, en arriva d'emblée à maudire les juges de son choix et à blâmer leur insubordination. Et l'opposition Anti-fédéraliste, adversaire de toute l'oeuvre de 1789, de la prépondérance des pouvoirs fédéraux et très singulièrement du pouvoir judiciaire, loua les juges, dont elle avait fraîchement accueilli le choix et vanta leur indépendance, naguère dénoncée comme intolérable!⁶¹⁾

Malgré les protestations de la majorité contre l'attitude des juges, le Congrès modifia la loi incriminée et consacra ainsi la première victoire du principe du contrôle de la législation fédérale par le juge aux Etats-Unis. La victoire définitive de ce principe ne fut cependant remportée que dix ans plus tard quand, pour la première fois, la Cour Suprême elle-même, et non plus seulement un tribunal de circuit, en fit sa loi dans une cause devenue pour cela célèbre. A vrai dire les circonstances extérieures semblent, dans la perspective historique de plus d'un siècle, bien peu faites pour justifier le haut renom de cette jurisprudence. Très manifestement elle dut son extraordinaire retentissement aux termes dans lesquels fut proclamée la doctrine générale dans l'arrêt, bien plus qu'à la nature spéciale et peu glorieuse de son objet. Qu'en juge:

La campagne électorale de 1800, au cours de laquelle l'attitude de la Cour Suprême, composée exclusivement de Fédéralistes, avait été vivement critiquée par leurs adversaires politiques, se termina par la défaite éclatante du parti au pouvoir et par le triomphe des Anti-fédéralistes. Ces derniers prirent alors le nom de Républicains⁶²⁾. Au cours des années précédentes et notamment depuis qu'Adams avait succédé à Washington à la présidence, la lutte politique était devenue très vive aux Etats-Unis.

⁶¹⁾ Voir à ce sujet les édifiantes citations extraites par Warren des journaux et de la littérature politique de l'époque. Warren, *ibid.*, p. 72 ss.

⁶²⁾ *Ibid.*, p. 168, 189.

Le parti gouvernemental se composait des défenseurs de la Constitution, avocats de la centralisation et partisans d'une politique de stricte neutralité dans la guerre qui mettait aux prises la France révolutionnaire et le reste de l'Europe. Leurs adversaires, champions de l'autonomie des Etats et beaucoup plus indulgents à l'égard de la Révolution française que les Fédéralistes conservateurs, avaient trouvé un chef dans la personne de Thomas Jefferson. Jefferson, auteur de la Déclaration de l'Indépendance, était un doctrinaire de la démocratie, dont Bryce dit qu'il était heureusement absent en France pendant la Constituante de 1787⁶³⁾). Quoi qu'il ne fût pas hostile au principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, il avait vivement attaqué la jurisprudence de la Cour Suprême dans diverses affaires importantes⁶⁴⁾.

Au printemps de l'année 1801, après leur défaite électorale mais avant l'avènement au pouvoir des Républicains, les Fédéralistes profitèrent de ce qu'ils étaient encore pour quelques semaines maîtres de la présidence et du Congrès pour modifier l'acte judiciaire de 1789. Ils créèrent, malgré les protestations indignées de leurs adversaires, dix-sept postes nouveaux de juges de district. De plus ils y appelèrent, le 2 mars 1801, à la veille de l'inauguration du nouveau président Jefferson, des magistrats choisis presque entièrement parmi leurs partisans politiques. En outre, non contents de s'être ainsi retranchés dans les tribunaux de district par la sélection de ces inamovibles „juges de minuit“ comme on les appelait en raison de la date de leur nomination, les Fédéralistes s'en prirent aussi à la Cour Suprême. Ils réduisirent de six à cinq le nombre de ses membres, en prévision de la retraite prochaine d'un juge très âgé, pour priver Jefferson de la possibilité de le remplacer. Enfin le président Adams mit le comble à la consternation de ses adversaires en appelant,

⁶³⁾ Bryce, t. Ier, p. 30.

⁶⁴⁾ Beard, 1927, p. 454; Warren, 1930, p. 254, et 1932, t. Ier, p. 164 ss. et p. 189 ss.

le 31 janvier 1801, son propre Secrétaire d'Etat, John Marshall, à la présidence de la Cour Suprême, devenue vacante par suite de la nomination d'Ellsworth, son second président, au poste de ministre des Etats-Unis en France⁶⁵⁾.

Marshall, originaire de la Virginie comme Jefferson, était non seulement un des chefs politiques du parti qui, après avoir été battu aux élections, s'était empressé de se rendre complètement maître des tribunaux fédéraux, mais il était de plus l'ennemi personnel du nouveau président. La guerre était donc déclarée. Il y avait d'une part le pouvoir judiciaire fédéral, dominé par les Fédéralistes, présidé par un de leurs partisans les plus éminents et résolu à défendre sa jurisprudence et son influence politique. Et d'autre part il y avait les Républicains, installés à la Maison Blanche, maîtres du Congrès et obéissant à un président qui nourrissait des sentiments nettement hostiles à l'égard du Chief Justice Marshall⁶⁶⁾.

Dix jours après son avènement au pouvoir Jefferson écrivait: „Les Fédéralistes se sont retirés dans la citadelle du pouvoir judiciaire dont il sera difficile, en raison de l'inamovibilité des juges, de les déloger.“⁶⁷⁾

Il faut reconnaître que la situation générale ainsi créée par les Fédéralistes était de nature à rendre singulièrement vulnérable aux attaques des adversaires leur „pouvoir favori“, comme un journal Républicain de Boston a pu, en 1803, appeler le pouvoir judiciaire fédéral⁶⁸⁾. Manifestement mis au service de la politique et utilisé comme arme dans la lutte des partis par ses défenseurs naturels, ce pouvoir était naturellement exposé aux représailles de leurs adversaires. De plus, si la situation générale était, en 1801, aussi peu propre que possible à assurer à la Cour Suprême l'autorité morale et le prestige de l'impartialité, les circons-

⁶⁵⁾ Warren, 1932, t. Ier, p. 175 ss.

⁶⁶⁾ Ibid., p. 182 ss.

⁶⁷⁾ Ibid., p. 193.

⁶⁸⁾ Ibid., p. 249.

tances spéciales qu'elle allait choisir pour affirmer son indépendance n'étaient pas plus heureuses.

Le 3 mars 1801, donc à la veille de quitter le pouvoir, le président Adams avait, fort de l'approbation du Sénat, nommé quarante-deux juges de paix pour le District de Columbia, en vertu d'une loi adoptée une semaine auparavant⁶⁹⁾). Par suite d'une négligence, quatre au moins des lettres de nomination, dûment signées et cachetées, étaient restées en souffrance le 2 mars à minuit, quand expirait son mandat politique. Cette négligence était imputable à Marshall lui-même en sa qualité de Secrétaire d'Etat par intérim, charge qu'il cumulait encore avec celle de président de la Cour Suprême. En prenant possession de ses fonctions le lendemain et avant même d'avoir nommé un nouveau Secrétaire d'Etat, le président Jefferson ordonna de ne point expédier les lettres à leurs destinataires. Là-dessus quatre d'entre eux recoururent à la Cour Suprême. Par l'organe de leur avocat, qui se trouvait être l'ancien avocat-général du président Adams, ils prièrent la Cour de leur faire tenir ces lettres par la procédure dite de „mandamus“, c'est-à-dire en adressant un mandat à cet effet au nouveau Secrétaire d'Etat. La Cour, présidée par Marshall, ayant entendu le représentant des pétitionnaires le 21 décembre 1801, offrit la parole au nouvel avocat-général du gouvernement. Ce dernier déclara que le Secrétaire d'Etat, n'ayant été informé de cette action que la veille, s'en remettait à la discrétion de la Cour. Là-dessus, après avoir consulté ses collègues, Marshall inscrivit l'affaire au rôle de la prochaine session, en invitant le Secrétaire d'Etat à s'y faire représenter.

L'initiative des pétitionnaires conseillés par l'ancien avocat-général, et surtout l'attitude de la Cour, provo-

⁶⁹⁾ Ibid., p. 200 ss. Toute cette singulière affaire est admirablement exposée par Warren dans deux chapitres de sa magistrale histoire de la Cour Suprême, auxquels sont empruntés les principaux faits relatés ici et auxquels le lecteur est invité à se reporter.

quèrent l'indignation violente du gouvernement et de sa majorité au Congrès. Comme il est naturel, ils ne virent dans cette affaire qu'une manoeuvre politique destinée à les humilier devant l'opinion publique. Leur réaction ne se fit pas attendre.

Dès le 2 janvier 1802, le sénateur Breckenridge, un des chefs Républicains au Sénat, proposa l'abrogation de la loi judiciaire de 1801, qui avait multiplié les tribunaux de district et dispensé les membres de la Cour Suprême d'y siéger. La mesure était grave et sa constitutionnalité parut douteuse, même à certains membres de la majorité. Qu'adviendrait-il, en effet, de l'inamovibilité des juges et de l'indépendance des tribunaux, si les lois qui les établissaient pouvaient être abrogées par un parlement hostile ? La proposition fut débattue pendant deux mois et finalement adoptée par 16 voix contre 15 au Sénat et par 59 contre 32 à la Chambre des Représentants.

Là-dessus les Républicains au Congrès, exploitant leur succès et résolus à se venger de leurs adversaires à la Cour, firent voter deux lois nouvelles. Aux termes de l'une, les membres de la Cour Suprême furent à nouveau astreints à siéger dans les tribunaux de circuit. Aux termes de l'autre, les sessions de juin et de décembre de la Cour Suprême, prévues par la loi de 1801, furent supprimées et celle du mois d'août, prévue par l'ancienne loi de 1789, ne fut pas rétablie. C'était imposer plus d'un an de vacances à la Cour et la priver, dans l'intervalle, de toute possibilité d'action légale. C'était ajourner l'affaire des juges de paix et surtout l'examen par la Cour de la constitutionnalité des mesures prises contre elle.

La nation entière s'émut. Les Républicains exultaient. Les Fédéralistes dénonçaient leur oeuvre de destruction et de révolution. Hamilton écrivait à un ami qu'un „coup vital venait d'être porté à la Constitution“⁷⁰⁾.

⁷⁰⁾ Ibid., p. 212.

Warren, le chroniqueur de la Cour Suprême, dont nous suivons fidèlement la trace dans tout ce récit, écrit à ce sujet:

„L'histoire a prouvé l'inanité des appréhensions des Fédéralistes quant à l'affaiblissement du pouvoir judiciaire et à la consolidation du gouvernement. Mais alors que les attaques des Fédéralistes contre les lois nouvelles et contre les intentions de leurs auteurs n'eurent guère de suites, les déclarations faites au cours des débats parlementaires par certains Républicains exercèrent sur l'évolution de la Cour une influence profonde. C'est au cours de ces débats en effet que, pour la première fois depuis la création de l'Etat nouveau sous l'empire de la Constitution, le droit du pouvoir judiciaire d'apprécier la constitutionnalité des actes du Congrès fut sérieusement mis en question.“⁷¹⁾

Breckenridge n'avait-il pas déclaré au Sénat, au début de 1803:

„Si nous voulons faire de la Constitution un régime praticable, nous ne saurions reconnaître aux tribunaux leur prétendu droit d'annuler des lois du Congrès . . . Le parlement possède seul le droit d'interpréter la Constitution dans tout ce qui touche au pouvoir législatif et les juges sont tenus d'appliquer les lois qu'il adopte.“⁷²⁾

Pendant toute l'année 1802, la Cour Suprême fut réduite au silence. Que ferait-elle en se réunissant à nouveau en février 1803? Poursuivrait-elle ou abandonnerait-elle l'affaire des juges de paix, appelée désormais affaire „*Marbury v. Madison*“, d'après les noms du principal pétitionnaire et du nouveau Secrétaire d'Etat? Reconnaîtrait-elle ou contesterait-elle la constitutionnalité de la législation qui avait, en son absence, si profondément bouleversé le régime judiciaire, tout en attendant si gravement à sa propre dignité et peut-être à ses droits?

Dans la situation presque désespérément difficile où elle se trouvait, John Marshall, qui la dominait entière-

⁷¹⁾ Ibid., p. 215.

⁷²⁾ Ibid., p. 216.

ment, tout en étant le principal responsable de ses embarras, fit œuvre de grand politique en même temps que de grand juriste. Par un arrêt fameux, il réussit à la tirer de ces embarras et à la soustraire aux attaques qui menaçaient son existence même, tout en établissant incidemment mais définitivement la doctrine américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales.

Le 24 février 1803, quinze jours après la fin des plaidoiries auxquelles le gouvernement, ayant créé divers incidents de procédure, refusa finalement de participer, Marshall, au nom de la Cour, rendit son jugement. La Cour avait, dit-il, à répondre à trois questions. „Premièrement, le pétitionnaire a-t-il droit à la lettre de nomination qu'il demande ? Deuxièmement, s'il a ce droit et si ce droit a été violé, les lois du pays offrent-elles la possibilité d'un recours ? Troisièmement, si elles offrent cette possibilité, est-ce par le moyen d'un mandat de cette Cour ?“⁷³⁾

Ayant répondu par l'affirmative aux deux premières questions, Marshall se demanda s'il existait une loi aux termes de laquelle le pétitionnaire pouvait s'adresser directement à la Cour Suprême siégeant en instance unique. Il cita la loi judiciaire de 1789 qui autorisait cette procédure, mais la déclara sur ce point inconstitutionnelle. Le pétitionnaire recevait ainsi la satisfaction morale de voir la justice de sa plainte reconnue par le plus haut tribunal du pays. Mais il fut débouté des fins de sa demande en raison de l'inconstitutionnalité de la loi sur laquelle il s'était fondé pour introduire son action. Le gouvernement, d'autre part, recevait un blâme public. Quant à la Cour, elle échappait à l'humiliation de voir méconnaître sa volonté par le pouvoir exécutif, qui avait bien fait comprendre qu'il était pleinement résolu à ne pas s'y soumettre. Par ailleurs elle profitait de l'occasion pour affirmer, en l'exerçant, son droit au contrôle de la législation fédérale.

⁷³⁾ Warren, 1932, t. I, p. 241 ss.

C'était assurément bien joué. Que dans cet arrêt Marshall et ses collègues se soient inspirés du seul sentiment de la justice et que leur sens du droit n'ait en rien cédé aux sollicitations de l'opportunité, c'est ce qu'aucun auteur américain ne soutient aujourd'hui⁷⁴⁾). Mais que l'existence et la position de la Cour aient été sauvegardées et que le principe du contrôle judiciaire ait été définitivement consacré, c'est ce que toute l'histoire subséquente montre à l'évidence.

L'importance de cet arrêt pour toute la jurisprudence ultérieure de la Cour est telle, qu'il nous paraît utile d'en citer textuellement ici tout l'extrait relatif au contrôle judiciaire:

„La question de savoir si une loi contraire à la Constitution peut devenir la loi du pays intéresse profondément les Etats-Unis; mais heureusement sa complexité est moindre que son intérêt. Il paraît nécessaire seulement pour la trancher de reconnaître certains principes que nous croyons bien établis depuis longtemps.

Qu'un peuple ait le droit dans l'organisation de son gouvernement de consacrer les principes qui à son avis sont les plus conformes à son propre bonheur, telle est la base sur laquelle s'élève tout l'édifice constitutionnel américain. L'exercice de ce droit originel est très laborieux et il ne peut ni ne doit être souvent répété. Par conséquent les principes ainsi consacrés sont tenus pour fondamentaux. Comme l'autorité qui les a établis est l'autorité suprême

⁷⁴⁾ „Cette décision porte plusieurs des marques d'un coup délibérément inspiré par l'esprit de parti“, Corwin, p. 10. „La décision de Marshall . . . était un habile manifeste politique“, Davis, p. 543. „Le savant juge a vraiment fabriqué l'occasion de déclarer une loi inconstitutionnelle“, McLaughlin, A. C., *Marbury v. Madison Again*, American Bar Association Journal, mars 1928, p. 156, 157. Warren, 1932, t. Ier, p. 242, et Haines, p. 202, s'accordent aussi à penser que l'exception d'inconstitutionnalité invoquée par Marshall lui fut suggérée par des considérations d'opportunité plus que par la rigueur du raisonnement juridique.

et qu'elle ne peut agir souvent, ces principes sont destinés à être permanents.

Cette volonté originelle et suprême organise le gouvernement et distribue les pouvoirs respectifs entre différents organes. Elle peut ou se borner à cela ou établir en outre certaines limites que ces organes ne doivent pas dépasser.

Le gouvernement des Etats-Unis est de ce second type. Les pouvoirs du parlement sont définis et limités et pour que ces limites ne soient ni méconnues ni oubliées, la Constitution est écrite. Mais si ces limites pouvaient à chaque instant être dépassées par ceux dont elles ont pour but de restreindre l'action, pourquoi les pouvoirs seraient-ils limités et pourquoi cette limitation serait-elle consignée par écrit ? La distinction serait abolie entre un gouvernement à pouvoirs limités et un gouvernement à pouvoirs illimités, si ces limites n'étaient pas obligatoires pour les personnes à qui elles sont imposées, et si des actes interdits et des actes permis étaient également tolérés. C'est assurément une proposition trop évidente pour être contestable : ou la Constitution interdit tout acte législatif incompatible avec elle, ou alors le parlement peut modifier la Constitution par une loi ordinaire.

Devant cette alternative il faut choisir. La Constitution est ou la loi suprême qui ne peut être modifiée par des moyens ordinaires, ou elle est placée sur le même plan que les lois ordinaires et peut, comme les autres lois, être amendée quand il plaira au parlement.

Si la Constitution est la loi suprême, alors une loi contraire à la Constitution n'est pas une loi. Si, au contraire, loi et Constitution sont sur le même plan, alors des constitutions écrites sont de la part du peuple des tentatives absurdes de limiter un pouvoir par sa nature illimité.

Assurément tous ceux qui ont rédigé des constitutions écrites les tenaient pour les lois fondamentales et suprêmes de la nation. Par conséquent la doctrine de tout gouverne-

ment régi par une constitution écrite doit être, qu'un acte du parlement contraire à la Constitution est nul.

Cette doctrine s'attache essentiellement à une constitution écrite. Cette Cour la tient par conséquent pour fondamentale. Elle ne saurait la perdre de vue dans l'examen de notre sujet.

Si un acte du parlement contraire à la Constitution est nul, peut-il néanmoins lier les tribunaux et les obliger à l'appliquer ? Ou, en d'autres termes, bien que cet acte ne soit pas loi, peut-il constituer une règle aussi exécutoire que s'il était loi ? L'admettre serait répudier en fait ce que l'on admet en théorie. Ce serait à première vue d'une absurdité trop grossière pour qu'on s'y arrêtât. Toutefois examinons cette possibilité de plus près.

Il n'est pas douteux que la province et le devoir des organes judiciaires est de déclarer ce qu'est la loi. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent nécessairement analyser et interpréter cette règle. Si deux lois sont en conflit l'une avec l'autre, les tribunaux doivent décider de la valeur de l'une et de l'autre.

Ainsi si une loi est en opposition avec la Constitution, si et la loi et la Constitution s'appliquent à un même cas particulier, de sorte que la Cour doit trancher le cas conformément à la loi en méconnaissant la Constitution, ou conformément à la Constitution en méconnaissant la loi, la Cour devra déterminer laquelle des deux règles divergentes est applicable au cas. Ceci est de l'essence même du devoir judiciaire.

Si donc les tribunaux doivent tenir compte de la Constitution et si la Constitution est supérieure à tout acte ordinaire du parlement, la Constitution et non un tel acte doit s'appliquer au cas qu'elles visent l'une et l'autre.

Il en résulte que ceux qui contestent qu'un tribunal doive tenir compte de la Constitution comme loi fondamentale en sont réduits à la nécessité de maintenir que les tribunaux doivent fermer les yeux sur la Constitution et ne voir que la loi.

Une telle doctrine saperait les fondements de toutes les constitutions écrites. Il en résulterait qu'un acte qui, conformément au principe et à la théorie de notre gouvernement, est entièrement nul, serait cependant en pratique complètement obligatoire. Il en résulterait que si le parlement devait faire ce qui est expressément interdit, un tel acte, malgré l'interdiction expresse, serait en réalité exécutoire. Cela reviendrait à donner au parlement une omnipotence pratique et réelle, tout en prétendant contenir ses pouvoirs à l'intérieur d'étroites limites. Cela reviendrait à tracer des limites et à déclarer qu'elles peuvent être dépassées à loisir.

Il serait suffisant en Amérique, où des constitutions écrites sont l'objet d'une telle vénération, pour faire rejeter cette interprétation, qu'on se rendît compte qu'elle aurait pour effet de réduire à rien la Constitution écrite que nous avons tenue pour le plus grand progrès des institutions politiques. Mais des dispositions particulières de la Constitution des Etats-Unis fournissent des arguments complémentaires en faveur de son rejet.

Le pouvoir judiciaire des Etats-Unis s'étend à tous les cas qui surgissent sous l'empire de la Constitution.

Pouvait-ce être l'intention de ceux qui créèrent ce pouvoir de déclarer qu'en l'exerçant il convenait de ne tenir aucun compte de la Constitution ? Qu'il convenait d'examiner un cas surgissant sous l'empire de la Constitution sans examiner la loi même qui le régit ?

Cela est trop extravagant pour pouvoir être soutenu.

Dans certains cas, par conséquent, la Constitution doit être examinée par les juges. Et s'ils l'examinent, en est-il des parties qu'il leur est interdit de lire et d'appliquer ?

Il y a beaucoup d'autres parties de la Constitution qui serviront à illustrer ce sujet.

Il y est déclaré que ,il ne sera pas imposé de taxe ni de droit sur les articles exportés d'aucun Etat'. Supposez un droit sur l'exportation du coton, du tabac ou de la farine et une instance introduite à ce propos. Faudrait-il qu'en

jugeant un tel cas les juges ferment leurs yeux sur la Constitution et ne voient que la loi ?

Ces exemples et bien d'autres qui pourraient être cités montrent à l'évidence que les auteurs de la Constitution entendaient que la loi suprême fût une règle obligatoire pour les tribunaux comme pour le parlement.

Pourquoi, sans cela, commanderait-elle aux juges de prêter le serment de la défendre ? Ce serment s'applique d'une façon particulière à leur conduite officielle. Leur imposer un tel serment, s'ils devaient servir d'instruments et d'instruments conscients pour la violation de ce qu'ils jurent de respecter, serait le comble de l'immoralité . . .

Il n'est pas non plus tout à fait indigne de remarque que dans l'énumération des lois suprêmes du pays les auteurs de la Constitution l'ont mentionnée en premier lieu. Elle prescrit de plus que seront lois suprêmes, non toutes les lois des Etats-Unis, mais celles-là seules qui auront été faites en conformité avec les dispositions de la Constitution.

Ainsi la rédaction même de la Constitution des Etats-Unis confirme et consolide un principe que nous tenons pour inhérent à toutes les constitutions écrites, à savoir qu'une loi contraire à la Constitution est nulle et que les tribunaux, comme les autres organes du gouvernement, sont liés par la Constitution.^{“75)}

Le lecteur dont la patience lui aura permis de suivre les diverses péripéties de l'affaire *Marbury v. Madison* reconnaîtra que l'occasion était singulièrement choisie par la Cour Suprême pour l'énoncé de cette doctrine fondamentale. Mais il comprendra aussi le double mobile de cette manifestation. Il s'agissait d'une part de couvrir dignement la retraite d'un tribunal dont l'attaque téméraire contre le gouvernement et le parlement avait été repoussée. Et, d'autre part et surtout, il s'agissait de mettre un terme final à l'incertitude qui, depuis la promulgation de la

⁷⁵⁾ *Haines*, p. 195 ss.

Constitution, n'avait cessé d'entourer la doctrine du contrôle judiciaire de la législation fédérale. Cela paraissait d'autant plus opportun que cette doctrine, bien que toujours imputée aux auteurs de la Constitution, bien que recommandée par la plupart d'entre eux et bien qu'appliquée à plusieurs reprises par des tribunaux inférieurs, n'avait jamais reçu la consécration suprême. De plus, elle venait pour la première fois d'être officiellement battue en brèche par des parlementaires influents. L'enfant, ondoyé seulement par les soins de la Convention fédérale de 1787, reçut ainsi son baptême en 1803 des mains de la Cour Suprême. Et ce baptême eut lieu au lendemain du jour où sa vie fut mise en péril par la violence des passions politiques. Cette jurisprudence — et c'est là ce qui fait son importance historique malgré la trivialité équivoque de son origine — supplée définitivement au silence de la Constitution. Depuis 1803 la doctrine américaine du contrôle de la constitutionnalité de la législation fédérale par le juge, si elle n'a pas cessé d'être discutée par la science, n'a pas davantage cessé d'être appliquée par les tribunaux ni d'être respectée par le parlement.

La paix se rétablit laborieusement entre les diverses branches du gouvernement à la suite de cet arrêt. Elle fut facilitée par un autre arrêt rendu par la Cour Suprême au cours de la même session. En effet, reconnaissant expressément la constitutionnalité de la loi judiciaire de 1802 abrogeant celle de 1801, la Cour donna ainsi à la majorité Républicaine du Congrès une satisfaction d'autant plus vive qu'elle était plus inattendue⁷⁶⁾.

Chapitre IV.

De l'évolution ultérieure de la doctrine et de ses répercussions politiques.

Ayant ainsi sommairement exposé l'origine de la doctrine du contrôle judiciaire, il nous resterait, pour être

⁷⁶⁾ Warren, 1932, t. Ier, p. 273.

complet, à en étudier l'application et l'évolution au cours des dernières cent trente années. De cela il ne saurait évidemment être question ici. Il faudrait, en effet, rappeler non seulement les cinquante-deux autres arrêts par lesquels la Cour Suprême a, de 1803 à 1924, refusé de reconnaître la constitutionnalité de quarante-huit lois fédérales et d'une résolution du Congrès⁷⁷⁾. Il faudrait aussi examiner les cas encore beaucoup plus nombreux où, invitée par une des parties à écarter une loi fédérale, elle s'y est refusée. Il faudrait encore analyser toute la jurisprudence des cours fédérales de district et même des tribunaux des Etats, également compétents pour apprécier la constitutionnalité des lois fédérales. Et il faudrait enfin rechercher quelle fut, au cours de toute cette longue période, l'influence qu'exerça sur le Congrès le contrôle judiciaire dont il n'a pas cessé de se sentir menacé.

Au lieu d'entreprendre cette tâche impossible, bornons-nous, avant de conclure par quelques observations générales, à esquisser très brièvement l'histoire ultérieure de la Cour Suprême refusant d'appliquer des lois fédérales pour cause d'inconstitutionnalité.

De 1803 à 1857, soit pendant plus d'un demi-siècle, la Cour Suprême, quoique souvent sollicitée de le faire par des plaideurs, ne rendit aucun arrêt invalidant une loi du Congrès.

En 1857, alors que la confiance dont elle avait longtemps joui était déjà quelque peu entamée par les sympathies esclavagistes qu'on prêtait à la majorité de ses membres, elle fut entraînée dans la lutte passionnée qui allait bientôt dégénérer en guerre civile. En cette année, appelée à déterminer le statut de Dred Scott, ancien esclave qui s'était réfugié pour un temps dans un territoire qu'une loi fédérale de 1820 avait déclaré terre libre, elle confirma sa qualité d'esclave en écartant comme inconstitutionnelle

⁷⁷⁾ Warren, 1930, p. 134.

la loi dont il invoquait l'effet libérateur⁷⁸⁾. L'intervention de la Cour sur le terrain brûlant de la controverse relative à l'esclavage et de celle relative aux droits respectifs de l'Etat fédéral et des Etats particuliers qui s'y rattachait étroitement, avait été souhaitée par d'aucuns. Ils espéraient qu'en élevant sur le plan supérieur de la justice les conflits nés à ce sujet, on pourrait apaiser les passions populaires. L'issue montra l'inanité de tels espoirs. Non seulement l'effet modérateur qu'escomptaient certains amis de la Cour de son action fut-il nul, mais la tempête que souleva son arrêt compromit gravement et pour longtemps son autorité. Le conflit, dont cet arrêt n'était qu'un des épisodes, ne put d'ailleurs être tranché que par la guerre.

La Cour avait, à la fin de 1860, une faible majorité de juges sudistes, esclavagistes et partisans de l'autonomie des Etats particuliers. Ce parti, dit maintenant Démocratique, héritier des traditions anti-fédéralistes des anciens Républicains, venait d'être battu aux élections législatives et présidentielles par les nouveaux Républicains, successeurs des anciens Fédéralistes. Ennemis de l'esclavage, ces derniers étaient résolus à mettre la puissance de l'Etat fédéral au service de la cause de son abolition. La situation politique présentait ainsi une certaine analogie avec celle de 1801, sauf que les rôles étaient renversés. Le parti centralisateur était maintenant maître de l'exécutif et du législatif, alors que ses adversaires dominaient encore le judiciaire⁷⁹⁾. Mais la guerre civile, en éclatant au printemps de 1861, allait rendre aux trois branches du gouvernement leur unité politique.

Après avoir, en 1865, 1867, 1868 et 1869, exercé son contrôle contre plusieurs lois fédérales dans des affaires de moindre importance, la Cour eut, en 1870, à trancher

⁷⁸⁾ Cet arrêt, dont l'importance politique l'emportait de beaucoup sur l'intérêt juridique, a fait l'objet d'une littérature très abondante. Cf. Warren, 1932, t. II, p. 279 ss., et Haines, p. 369 ss.

⁷⁹⁾ Warren, 1932, t. II, p. 358 ss.

une question d'ordre monétaire qui présente pour nous, en 1934, un particulier intérêt d'actualité^{80).}

Au cours de la guerre civile, le Congrès avait reconnu à la monnaie de papier émise par le gouvernement fédéral valeur libératoire pour „le paiement de toutes les dettes publiques et privées à l'intérieur des Etats-Unis“. Appelée dès 1863 à apprécier la constitutionnalité de cette atteinte aux obligations contractuelles, la Cour, par suite d'une erreur qu'elle corrigea ensuite, s'était une première fois déclarée incompétente^{81).}

Dès 1867, cependant, la question revint devant elle et, après plusieurs ajournements, elle finit, le 7 février 1870, par annoncer son jugement, qui avait été arrêté plusieurs mois auparavant sans être publié. Par cinq voix contre trois, la Cour estimait inconstitutionnelles les lois relatives au cours forcé du papier-monnaie, pour autant qu'elles avaient été rendues applicables à l'exécution de contrats conclus avant leur promulgation. Mais quelques semaines après, deux nouveaux juges ayant été nommés et l'avocat-général ayant demandé à la Cour de soumettre le cas à un nouvel examen, elle rendit, le 1er mai 1870, un arrêt renversant sa jurisprudence antérieure. Considérant les lois en question comme justifiées par l'état de nécessité créé par la guerre, la Cour les déclara compatibles avec la Constitution et applicables à l'exécution des contrats conclus aussi bien avant qu'après leur entrée en vigueur. L'arrêt fut rendu par cinq voix contre quatre, l'ancienne majorité ayant été renforcée par les deux juges nouveaux et un des anciens étant décédé dans l'intervalle. On ne manqua pas d'accuser le président Grant de s'être inspiré dans le choix des deux nouveaux magistrats de leur opinion présumée sur une affaire qui venait d'être tranchée dans un sens contraire à ses vues. Bien que ce soupçon ne fût point

⁸⁰⁾ Cf. Haines, p. 545 ss.; Warren, 1930, p. 276 ss.; Warren, 1932, t. II, p. 498 ss. et 533 note.

⁸¹⁾ Warren, 1932, t. II, p. 387.

fondé, paraît-il, la palinodie de la Cour porta à son autorité une nouvelle atteinte dont elle ne se remit que lentement⁸²⁾.

Depuis la guerre civile la Cour eut de plus en plus souvent à exercer son contrôle sur des lois fédérales dont elle contesta la constitutionnalité. Des cinquante-trois arrêts qu'elle rendit en cette matière:

2 furent rendus pend. les 75 ans qui sépar. 1789 et 1864.

16 „ „ „ „ 21 „ „ „ 1864 „ 1885.

12 „ „ „ „ 20 „ „ „ 1886 „ 1906.

23 „ „ „ „ 19 „ „ „ 1906 „ 1924⁸³⁾.

Cet accroissement impressionnant n'est pas pour nous étonner. La Constitution de 1789 et les amendements de 1791 étaient l'expression d'une philosophie politique libérale et individualiste. Avec les progrès de l'interventionnisme social et de la centralisation administrative, il est naturel que les conflits se soient multipliés entre le dynamisme de la législation et la Constitution, demeurée presque immuable. D'après une classification des causes de ces conflits établie récemment par Haines, dont les statistiques ne concordent pas tout à fait avec celles de Warren que nous venons de citer,

8 arrêts étaient motivés par „le refus de la Cour d'accepter pour cause d'inconstitutionnalité la juridiction conférée sur elle par le Congrès“.

16 arrêts avaient pour but de contester la constitutionnalité d'emprièvements pratiqués par le Congrès sur les droits des Etats particuliers.

18 arrêts avaient pour but la défense des droits individuels garantis par la Constitution.

13 arrêts avaient pour but de contester la constitutionnalité de mesures fiscales fédérales.

6 arrêts étaient autrement motivés⁸⁴⁾.

⁸²⁾ Warren, 1932, t. II, p. 498 ss.; Haines, p. 545.

⁸³⁾ Warren, 1930, p. 135.

⁸⁴⁾ Haines, p. 567 ss.

Depuis la dépression présente et notamment depuis l'avènement au pouvoir du président Roosevelt, dont la politique très hardie ne paraît pas se soucier outre mesure des principes de la Constitution de 1789, les litiges d'ordre constitutionnel pourraient être particulièrement fréquents. Mais la majorité des membres de la Cour actuelle est manifestement résolue à n'exercer son droit de véto judiciaire qu'à la dernière extrémité. Soit par conviction, soit par opportunisme, elle est portée à invoquer l'état de nécessité pour justifier les atteintes les plus directes aux droits individuels à la liberté des contrats et à l'autonomie des Etats.

La lecture de plusieurs arrêts récents, rendus en général par cinq voix contre quatre, montre que la minorité dissidente a le plus souvent pour elle l'orthodoxie juridique constitutionnelle. Mais la majorité, sans doute consciente de la fragilité des digues qu'une Cour, même très estimée, peut opposer aux flots tumultueux d'une législation populaire en temps de crise, préfère laisser librement s'agiter ces flots plutôt que d'être engloutie par eux. Elle tend donc de plus en plus à insister sur la forte présomption de constitutionnalité qui, pour elle, s'attache aux lois régulièrement adoptées par les parlements dont les membres sont, à ses yeux, de par leur fonction même, particulièrement bien placés pour juger des nécessités de l'heure⁸⁵⁾.

Comme me l'écrivait récemment un ami américain, professeur à l'Ecole de Droit Harvard, en me communiquant un de ces arrêts, caractérisé par la prudence plus que par sa rigueur juridique: „Notre Cour Suprême sent courir le vent . . . C'est une super-Chambre des Lords qui possède un droit de véto, mais qui évite de l'exercer lorsque la hache risquerait de s'abattre sur sa tête.“ L'accord entre la Cour Suprême et la législation fédérale et locale qui se

⁸⁵⁾ Cf. par exemple American Bar Association Journal, vol. XX, n° 2, février 1934, p. 96 ss., Home Building and Loan Association v. Blaisdell; n° 4, avril 1934, p. 228, *Nebbia v. New York*.

manifeste depuis quelques années est donc certainement dû à l'indulgence complaisante de celle-là plus qu'à la docilité constitutionnelle de celle-ci.

L'intention des auteurs de la Constitution, en prévoyant le contrôle judiciaire, était, à n'en pas douter, de soumettre la législation à l'influence d'une autorité aussi indépendante que possible de la politique. Cette intention s'est-elle réalisée ? Il est bien difficile de l'affirmer sans réserve.

Tout d'abord, la Cour a très souvent compté parmi ses membres d'anciens et parfois même de futurs hommes politiques. Le premier Chief Justice Jay cumula pendant six mois ses hautes fonctions judiciaires avec celles de Secrétaire d'Etat, c'est-à-dire de premier ministre du gouvernement après le président. Puis, toujours Chief Justice, il devint candidat au poste de gouverneur de New York et, après son échec, ministre des Etats-Unis à Londres en 1794, avant de quitter finalement la Cour en 1795. Son successeur à la présidence de la Cour, Ellsworth, cumula pendant un an et demi ses fonctions avec celles de représentant diplomatique de son pays à Paris. Marshall fut pendant plus d'un mois Secrétaire d'Etat et Chief Justice⁸⁶⁾. En 1823 le futur président van Buren, alors sénateur, était candidat à la présidence de la Cour. Il s'était déclaré prêt à renoncer à toute ambition politique en cas de nomination, lorsque la charge fut confiée à Thompson, alors ministre de la guerre⁸⁷⁾. En 1864, Chase fut nommé Chief Justice par Lincoln malgré ses ambitions présidentielles⁸⁸⁾. En 1875, Waite et Miller, l'un président et l'autre membre de la Cour Suprême, repoussaient l'un et l'autre comme inconvenante une candidature à la présidence de la République. Mais deux ans plus tard, un de leurs collègues, Davis, qui avait siégé à la Cour pendant quinze ans, la

⁸⁶⁾ Warren, 1932, t. Ier, p. 275.

⁸⁷⁾ Ibid., p. 587 ss.

⁸⁸⁾ Warren, 1932, t. II, p. 399 ss.

quitta pour devenir sénateur⁸⁹). En 1921, l'ancien président Taft fut nommé Chief Justice par Harding. Il avait lui-même, en 1910, nommé juge à la Cour Hughes, alors ancien gouverneur de New York. Hughes quitta ses fonctions en 1916 pour contester la présidence à Wilson comme candidat Républicain. Après avoir été battu, il devint Secrétaire d'Etat sous Harding, puis accepta la présidence de la Cour Suprême, poste qu'il occupe encore aujourd'hui.

Bien que l'opinion américaine se montre en général hostile aux nominations purement politiques et bien qu'en choisissant les membres du tribunal suprême les présidents aient en général eu soin de désigner des juristes particulièrement éminents, il n'y a jamais eu entre le gouvernement et le parlement d'une part et la Cour de l'autre de fossé infranchissable.

Cela est d'ailleurs tout naturel. La Cour fait l'objet d'une estime et presque d'une vénération universelles. Sa présidence, en particulier, jouit dans tout le pays d'un prestige considérable. John Marshall, Chief Justice de 1801 à 1834, qui créa véritablement ces fonctions, est cité dans les manuels d'histoire aux côtés de Washington et de Lincoln, comme l'une des plus hautes figures de la République. Comment s'étonner dès lors qu'une nomination à la Cour Suprême soit de nature à tenter l'amour-propre des juristes, particulièrement nombreux, en Amérique comme ailleurs, parmi les hommes politiques ? Comment s'étonner aussi qu'une telle nomination vienne parfois récompenser des services ou du moins reconnaître des mérites politiques ?

Du reste, en appelant la Cour Suprême à faire oeuvre législative — élaborer une jurisprudence constitutionnelle qui fait loi, n'est-ce pas faire oeuvre législative ? — les auteurs de la Constitution lui ont malgré eux conféré un caractère politique⁹⁰). Il n'est donc pas surprenant que

⁸⁹) Ibid., p. 565 ss.

⁹⁰) „Les Américains ont . . . confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique; mais en les obligeant à n'attaquer les

les présidents aient le plus souvent appelé à la Cour des hommes qui, partageant sur les grands problèmes de l'heure leurs propres opinions, étaient leurs coreligionnaires politiques. Il y aurait assurément quelque naïveté à penser que dans ces nominations le favoritisme de parti n'ait joué aucun rôle. Mais ce serait, d'autre part, faire preuve d'un cynisme injustifié que de lui attribuer une influence prépondérante. Les juges à la Cour Suprême sont assez peu nombreux pour que chacun d'eux acquière au cours de sa carrière une réputation personnelle. De plus, en raison de leur inamovibilité, les nominations sont assez rares, — il n'y en a eu qu'une centaine au cours de 135 ans. Un président ne peut donc pas se permettre de mauvais choix sans compromettre par là sa propre réputation et celle de son parti. Il en résulte que les nominations ont le plus souvent donné satisfaction à l'opinion impartiale. Qu'un Sénat, où la majorité était loin d'être toujours favorable au gouvernement, n'ait en un siècle rejeté que sept propositions présidentielles, suffirait à l'attester, surtout si l'on tient compte du fait que ces rejets ont été plus souvent inspirés de considérations de parti que les nominations elles-mêmes.

Il paraît donc possible de conclure qu'aux Etats-Unis on estime que la nomination d'un juge à la Cour Suprême est un acte politique. A cet acte les opinions politiques présumées des candidats ne restent pas et ne doivent pas rester étrangères. Mais c'est un acte dans l'accomplissement duquel les considérations de parti n'ont qu'exceptionnellement dicté des choix que ne justifiaient pas le caractère et les aptitudes professionnelles des choisis.

Une fois nommés, du reste, les juges ont très souvent surpris et déçu l'attente politique de ceux qui les avaient désignés. Leur indépendance à l'égard du gouvernement et du Congrès a beaucoup plus souvent été jugée excessive qu'insuffisante. A cet égard on peut constater que l'intention des auteurs de la Constitution a été pleinement réalisée.

lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.“ de Tocqueville, t. Ier, p. 169.

Nous avons vu comment et pourquoi s'est établi aux Etats-Unis le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par la Cour Suprême et nous avons entrevu tout au moins comment il a fonctionné. Cette institution a-t-elle donné satisfaction et est-elle destinée à durer ?

Le contrôle judiciaire, semblable en cela au véto présidentiel en Amérique et au referendum populaire en Suisse, est une arme essentiellement conservatrice. Y recourir c'est s'opposer au changement ou, du moins, en ralentir le rythme. Ce n'est jamais favoriser le progrès.

Il n'est donc pas étonnant que le contrôle judiciaire soit, aux Etats-Unis, attaqué par les réformateurs impatients, dont il a souvent servi à contrecarrer les projets, et défendu par ceux dont il a protégé les droits acquis. Les principaux bénéficiaires de ces droits acquis sont d'une part les Etats particuliers dans leur lutte contre la centralisation, et d'autre part les individus dont le législateur menace les libertés constitutionnelles.

Les champions de l'autonomie des Etats qui, comme nous l'avons vu, étaient à l'origine les adversaires de la Constitution et notamment de la Cour Suprême qu'elle dotait de si importants pouvoirs, se sont vite rendus compte que certains de ces pouvoirs pouvaient s'exercer à leur profit. Si, par le contrôle judiciaire s'appliquant aux législations locales, la Cour Suprême pouvait limiter la liberté des Etats en la subordonnant aux exigences de l'Etat central, elle ne pouvait que protéger cette liberté lorsque, par ce contrôle, elle s'attaquait à la législation fédérale. Ce que les partisans de l'autonomie locale ont le plus souvent reproché à la Cour Suprême, ce n'est pas de posséder le pouvoir de contrôler la législation fédérale, c'est au contraire de ne pas en avoir suffisamment usé.

De même les défenseurs des droits individuels ont salué avec satisfaction le contrôle judiciaire, tant que ces droits paraissaient menacés surtout par le fanatisme religieux ou patriotique. Ils se sont même félicités de son extension lorsque, grâce à l'adoption des 13ème et 14ème

amendements à la Constitution, il a pu s'exercer en faveur des anciens esclaves, dont il avait jusque-là protégé les maîtres en sauvegardant l'indépendance des Etats esclavagistes. Mais ils tendent à le combattre depuis qu'il s'exerce surtout en faveur de la liberté des contrats et, partant, contre des mesures législatives destinées à réglementer le travail au profit des masses laborieuses. C'est pourquoi, depuis le dernier quart du XIXe siècle, surgissent des propositions toujours plus nombreuses et plus insistantes pour abolir ou pour restreindre le contrôle judiciaire des lois fédérales.

Citons, pour illustrer ce changement de front des défenseurs humanitaires de droits individuels, le passage suivant, dans lequel Warren, avocat convaincu de la Cour Suprême et de sa compétence constitutionnelle, leur reproche leur prétendue inconséquence :

„Lorsqu'ils (‘the radicals of today’, c'est-à-dire les éléments avancés) proposent de faire du Congrès le juge suprême de ses propres pouvoirs, ils minent et ils détruisent les dispositions mêmes de la Constitution que leurs ancêtres de 1788 estimaient indispensables à leur protection comme Américains et comme êtres humains.“⁹¹⁾

Evidemment. Mais le leur reprocher, c'est méconnaître toute l'évolution sociale et politique qui sépare 1788 de 1930. De même, l'impôt réel, revendication et conquête de la Révolution Française, est aujourd'hui combattu par ceux qui se réclament des principes de 1789. C'est qu'au XVIIIe siècle il s'opposait aux immunités et aux priviléges de l'ancien régime, alors qu'au XXe, il s'oppose à la progressivité fiscale, réclamée par les masses déshéritées à leur propre profit.

Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis a, de nos jours, les mêmes amis et les mêmes ennemis que le libéralisme, dont la Constitution américaine de 1789 était l'expression politique.

⁹¹⁾ Warren, 1930, p. 85, 86.

Si, depuis quelques années, le mouvement tendant à la limitation ou à l'abolition de ce contrôle paraît s'atténuer⁹²⁾, c'est que la Cour Suprême elle-même défend le contrôle dans son principe, en s'abstenant de l'exercer en fait. En 1857, comme nous l'avons vu, la Cour l'exposa à la fureur populaire en l'exerçant, pour des raisons juridiques peut-être décisives, au profit de l'autonomie des Etats et par là de l'esclavage. Meilleurs diplomates, sinon meilleurs juristes que leurs prédecesseurs de 1857, la majorité de la Cour actuelle, consciente de l'appui irrésistible dont bénéficie la politique du président Roosevelt auprès de l'opinion américaine, s'abstient de lui opposer la résistance que commanderait manifestement la Constitution. En laissant impunément violer par le législateur les dispositions de la loi fondamentale relatives aux droits des Etats, aux droits individuels et à la liberté des contrats, elle soustrait le principe du contrôle judiciaire aux attaques auxquelles son application l'eût sans doute exposée.

La preuve paraît bien en être faite. En temps de crise, où l'action de l'Etat, nécessairement prompte et hardie, ne saurait s'embarrasser de scrupules constitutionnels, la Cour Suprême doit mettre en veilleuse le principe du contrôle judiciaire, si elle ne veut pas que sa flamme s'éteigne sous le souffle de l'impatience populaire. Il ne s'ensuit pas que ce principe ne puisse à nouveau utilement s'appliquer au retour de temps normaux, comme il s'est appliqué à la satisfaction assez générale, quoique jamais universelle, pen-

⁹²⁾ Ce mouvement devenait de plus en plus fort à la veille de la guerre. Il aboutit à un premier résultat positif en 1912, où un amendement fut apporté à la Constitution de l'Etat d'Ohio aux termes duquel „aucune loi ne sera tenue pour inconstitutionnelle et nulle par la Cour Suprême (de l'Ohio) sauf par un arrêt rendu au moins à l'unanimité moins une voix“. Corwin, chez qui nous trouvons cette information, ajoute: „Cette disposition, qui marque le premier échec notable subi aux Etats-Unis par le principe du contrôle judiciaire, fut attaquée comme inconstitutionnelle devant la Cour Suprême en 1930.“ Mais les recourants furent déboutés. Corwin, art. cit., p. 461 ss.

dant plus d'un siècle aux Etats-Unis. Mais pour cela il faudra sans doute que la Constitution, dont il s'agit d'assurer le respect, soit rendue plus facilement adaptable aux exigences des temps nouveaux qui ne manqueront pas de suivre la crise actuelle.

Quoi qu'il en soit, une chose est certaine. Il ne sera plus possible de justifier le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par la Cour Suprême comme le faisait Hamilton. La Constitution fut l'oeuvre de quelques représentants, élus au second degré et au suffrage restreint, d'un petit pays de moins de 4 millions d'habitants. La loi est aujourd'hui faite par les mandataires directs, élus au suffrage universel, d'une population de plus de 120 millions d'âmes. Prétendre que la Constitution doive l'emporter sur la loi parce qu'elle serait l'expression plus fidèle de la volonté populaire est une fiction qui pouvait déjà étonner à la fin du XVIII^e siècle. Au XX^e siècle ce serait une pure et simple absurdité.

Mais, comme bien d'autres institutions qui survivent aux circonstances qui en déterminèrent la création et aux arguments par lesquels on les défendit à leur origine, le contrôle judiciaire aux Etats-Unis peut fort bien survivre à la crise présente ou, plutôt, revivre après sa fin.

Deuxième partie.

La question du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales en Suisse.

„Un citoyen américain ne comprendra jamais la forme de gouvernement sous laquelle il vit, s'il ne comprend pas pourquoi il nous faut une Cour Suprême. Et il ne comprendra jamais pourquoi il nous faut une Cour Suprême s'il ne comprend pas la forme de gouvernement sous laquelle il vit. Il doit bien se pénétrer du fait que l'existence de la forme américaine de gouvernement — république fédérale à pouvoirs nationaux limités — implique et exige pour sa

conservation une Cour Suprême. La survie d'une telle république est indissolublement liée à la survie d'un tribunal doté de la compétence d'imposer la limitation des pouvoirs nationaux . . . Privez-la de cette compétence et la Constitution cesse d'être une loi fondamentale à dispositions exécutoires pour devenir ce que le Congrès de temps à autre peut estimer qu'elle devrait être.“⁹³⁾

C'est en ces termes que Warren, cité ainsi pour la dernière fois au cours de cette étude, précise les rapports entre l'institution qui nous intéresse et la structure politique de son pays. Du même coup il justifie la méthode que nous avons cru devoir adopter pour exposer l'aspect américain de notre sujet.

Si, à ce que prétend Warren, un citoyen américain ne saurait comprendre sa propre Constitution sans comprendre l'institution du contrôle judiciaire qu'elle a consacrée, il était sans doute plus nécessaire encore de rappeler à un auditoire suisse l'origine de la Constitution américaine pour lui faire saisir l'origine, la raison d'être et le mécanisme de ce contrôle, tel qu'il fonctionne outre-mer. Mais nous serions impardonnable de nous engager dans de si longs détours pour exposer l'aspect helvétique de notre sujet. Il serait, en effet, superflu autant qu'impertinent d'infliger un chapitre d'histoire nationale à la Société Suisse des Juristes, à propos de la question spéciale qu'elle nous a fait l'honneur de nous demander de traiter devant elle.

Nous nous bornerons donc à montrer très brièvement comment des circonstances, tout à fait différentes de celles qui existaient à Philadelphie en 1787, ont à Berne, au milieu du siècle suivant, fait donner au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge une solution opposée à celle qui a prévalu aux Etats-Unis.

⁹³⁾ Warren, 1930, p. 4 et 5.

Chapitre V.

Des analogies et des contrastes entre la Constitution américaine de 1789 et la Constitution suisse de 1848.

Les Etats-Unis et la Suisse ont parcouru les mêmes étapes historiques pour aboutir à leur structure actuelle, mais ils les ont parcourues selon un rythme fort inégal. La Suisse, en effet, a mis presque autant de siècles que les Etats-Unis d'années pour se transformer de confédération d'Etats en Etat fédératif. Mais la Suisse, sous l'ancien régime et de nouveau sous le Pacte de 1815, a connu les mêmes problèmes vitaux que les Etats-Unis sous les Articles de Confédération. Et elle leur a donné, en 1848, des solutions assez semblables à celles qu'ils avaient reçues aux Etats-Unis en 1789.

Plus on s'éloigne cependant des questions générales, relatives à la structure de l'Etat fédéral, pour se rapprocher de l'objet spécial de notre étude, et plus s'accusent les différences et les contrastes.

En Amérique comme en Suisse, il s'agissait de faire succéder à l'anarchie des souverainetés locales l'ordre d'une souveraineté nationale. En Amérique comme en Suisse, il s'agissait, dans les relations entre Etats, de remplacer la négociation par le droit et l'arbitrage par la justice⁹⁴⁾. En Amérique comme en Suisse, il s'agissait de concilier les exigences contraires d'Etats particuliers d'importance fort inégale. En Amérique comme en Suisse, le bicaméralisme fut adopté comme formule de conciliation.

Mais ici s'arrêtent les analogies essentielles dans l'architecture des deux édifices constitutionnels.

Alors que les architectes américains cherchèrent dans l'organisation des trois pouvoirs à les rendre étroitement dépendants l'un de l'autre, tout en maintenant entre eux une parfaite égalité, leurs confrères helvétiques n'hésitèrent pas à proclamer nettement la primauté du pouvoir légis-

⁹⁴⁾ Dubs, J., Das öffentliche Recht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2e partie, Zurich, 1878, p. 77 ss.

latif. C'est ce pouvoir qui, aux termes de l'art. 60 de la Constitution de 1848, exerce „l'autorité suprême de la Confédération“. C'est lui qui, aux termes de l'art. 73, est appelé à „délibérer sur tous les objets que la présente Constitution place dans le ressort de la Confédération et qui ne sont pas attribués à une autorité fédérale“. C'est lui qui, aux termes de l'article suivant, élit le gouvernement, le Tribunal fédéral, le général, le chef de l'état-major et les représentants fédéraux (art. 74, 3). C'est encore lui qui garantit les Constitutions des cantons (art. 74, 7), qui prend les „mesures pour faire respecter la Constitution fédérale“ (art. 74, 8), qui exerce „la haute surveillance de l'administration et de la justice fédérales“ (art. 74, 14). C'est même lui qui est appelé à apprécier les réclamations des cantons et des individus contre les décisions du Conseil fédéral (art. 73, 15) et à trancher les contestations de droit public entre les cantons (art. 73, 16), donc à exercer des fonctions proprement judiciaires.

Les auteurs de la Constitution de 1848 ont fait du pouvoir législatif la source de tous les autres pouvoirs. Il l'ont fait parce que le législateur était à leurs yeux le porte-parole véritable du peuple, dont il était aussi le seul élu. Et ils l'ont fait parce qu'ils étaient des démocrates convaincus. Comme l'a écrit de Tocqueville: „Les démocraties sont naturellement portées à concentrer toutes les forces du corps social dans les mains du corps législatif. Celui-ci, qui émane le plus directement du peuple, est aussi celui qui participe le plus de sa toute-puissance.“⁹⁵⁾

Les constituants américains, au contraire, ont tenu à brider de toute façon le pouvoir législatif. Ils en redoutaient l'omnipotence, car tout en proclamant solennellement la souveraineté de la volonté populaire, ils étaient animés d'une profonde méfiance à l'égard de la démocratie.

Les auteurs les plus influents de la Constitution de 1848 étaient dans leurs cantons respectifs les chefs du

⁹⁵⁾ de Tocqueville, t. Ier, p. 258.

mouvement dit de „régénération“⁹⁶⁾). Depuis 1830, ce mouvement avait révolutionné presque tous les cantons protestants dans un sens libéral et démocratique. Il avait aboli les inégalités politiques et établi un régime de libertés populaires et de suffrage universel. La Constitution fédérale de 1848 devait généraliser et consolider à la fois les conquêtes de ce mouvement⁹⁷⁾. De communes sympathies démocratiques avaient en effet rapproché les uns des autres les cantons „régénérés“, si bien que Cherbuliez pouvait déjà en 1843 intituler un des chapitres de sa *Démocratie en Suisse*: „Comment les Réformes démocratiques ont pu resserrer l’Alliance Fédérale“⁹⁸⁾. Aux Etats-Unis, au contraire, la Constitution fédérale de 1789 devait servir à discipliner les Etats particuliers et à y combattre les abus de la démagogie.

Les Américains de 1787, comme les Suisses de 1848, ont mis le principe de la souveraineté populaire à la base de leur oeuvre constitutionnelle. Mais, alors que ceux-ci ont à leur tour mis leur loi fondamentale au service de la démocratie, ceux-là, au contraire, par l’organisation du pouvoir judiciaire, ont délibérément dressé la leur contre la démocratie. Ils y ont si bien réussi que Tocqueville, plus d’une génération après 1789, pouvait écrire: „Lorsqu’on visite les Américains et qu’on étudie les lois on voit que l’autorité qu’ils ont donnée aux législatifs et l’influence qu’ils leur ont laissé prendre dans le gouvernement forment aujourd’hui la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie.“⁹⁹⁾ Là réside la différence fondamentale entre l’oeuvre américaine de 1789 et l’oeuvre helvétique de 1848.

⁹⁶⁾ Dierauer, J., *Histoire de la Confédération suisse*, trad. Aug. Reymond, t. V, 2e partie, Lausanne, 1919, p. 932 ss.

⁹⁷⁾ Cf. Blumer, J. J., *Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechtes*, t. Ier, 3e éd., publié par J. Morel, Bâle, 1891, p. 148 ss.

⁹⁸⁾ Cherbuliez, A. E., *De la Démocratie en Suisse*, Paris, 1843, t. II, p. 189.

⁹⁹⁾ de Tocqueville, t. II, p. 163.

Il est tout naturel que cette différence d'inspiration politique se soit traduite avec une netteté particulière dans les textes relatifs au pouvoir judiciaire. Dans la Constitution américaine de 1789, ce pouvoir est entouré de garanties d'indépendance et doté de compétences qui en font au moins l'égal des deux pouvoirs politiques. Dans la Constitution suisse de 1848, au contraire, il est très nettement subordonné au législatif et même à l'exécutif.

Non seulement les onze membres du Tribunal fédéral sont-ils élus par l'Assemblée fédérale (art. 89), non seulement la durée de leur mandat est-elle limitée à trois ans, mais encore, comme pour bien marquer la subordination du judiciaire au législatif, la Constitution de 1848 prévoit-elle que tout renouvellement intégral du Conseil national entraînera le renouvellement intégral du Tribunal fédéral (art. 96). Elle ne prévoit d'autre part aucune incompatibilité entre les fonctions législatives et judiciaires. Aussi le Tribunal fédéral de 1848 était-il, en fait, composé de parlementaires, si bien que Salis a pu le désigner dédaigneusement de simple „Ausschuss der Bundesversammlung“¹⁰⁰).

Cette subordination est plus nettement marquée encore dans les dispositions relatives à la juridiction de la Cour.

Le Tribunal fédéral était appelé à connaître des différends entre les cantons ainsi qu'entre la Confédération et un canton (art. 101). Mais cette compétence était limitée aux différends de droit privé. Ceux qui revêtaient la dignité de conflits de droit public étaient réservés à l'appréciation du pouvoir législatif (art. 74, 16, 17). De plus, même ces différends de droit privé ne devaient être examinés par le Tribunal fédéral que si le Conseil fédéral jugeait bon de les lui soumettre. En cas de refus du Conseil fédéral, sa décision pouvait être révisée par l'Assemblée fédérale (art. 101, 2).

Mais la disposition la plus humiliante de toutes pour le Tribunal fédéral était celle en vertu de laquelle sa juridiction en matière de violation de droits constitutionnels

¹⁰⁰⁾ von Salis, L. R., article *Bundesverfassung*, dans le *Handwörterbuch de Rechesberg*, t. Ier, Berne, 1903, p. 687.

était, dans chaque cas, soumise à l'appréciation préalable de l'Assemblée fédérale (art. 105)¹⁰¹⁾. Cette disposition, où l'on peut voir l'embryon d'un contrôle judiciaire, ne fut introduite dans la Constitution de 1848 qu'à la faible majorité de quatorze voix¹⁰²⁾. Son influence effective fut presque nulle, du reste, puisque de 1848 à 1874, un seul recours de droit public en violation de droits constitutionnels fut soumis par l'Assemblée fédérale au Tribunal fédéral¹⁰³⁾.

Les auteurs de la Constitution de 1848 avaient d'autant moins de raisons de reconnaître au Tribunal fédéral le droit d'apprécier la constitutionnalité des lois fédérales, qu'il n'existe pour cela aucun précédent sur le terrain cantonal. Les cantons suisses d'avant 1848, en effet, différents en cela des Etats américains d'avant 1789, ignoraient totalement l'institution du contrôle judiciaire dans la constitution des lois cantonales¹⁰⁴⁾.

¹⁰¹⁾ On pourrait citer encore, comme symptôme ou tout au moins comme manifestation, sans doute inconsciente, de cette subordination, les termes de l'al. 1er de l'art. 97, devenu l'al. 1er de l'art. 108 de la Constitution de 1874, selon lesquels „peut être nommé au Tribunal fédéral tout citoyen suisse éligible au Conseil national“.

¹⁰²⁾ Giacometti, dans une étude récente que nous avons consultée avec profit, écrit qu'elle a dû son insertion dans la Constitution de 1848 „dans un sens au hasard“. Giacometti, Z., Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, Zurich, 1933, p. 33.

¹⁰³⁾ Dubs, 2e partie, p. 81. Burckhardt, W., Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3e éd., Berne, 1931, p. 772.

¹⁰⁴⁾ Si l'on fait abstraction de la curieuse procédure du „Rechtsdarschlagen“ d'Uri, rappelé par Dubs, Ière partie, 1877 p. 118. Si le canton de Genève connaît depuis 1890 le contrôle judiciaire, c'est comme le montre le professeur Werner, une conséquence indirecte du droit fédéral de 1874. Cf. Werner, G., Le contrôle judiciaire à Genève, Genève, 1917, p. 31 et 44. Cette conséquence semble du reste destinée à se produire dans tous les cantons. En effet, si par le recours de droit public auprès du Tribunal fédéral un plaideur peut toujours victorieusement attaquer

Lorsqu'on compare l'humble position et la modeste juridiction du Tribunal fédéral de 1848 au grand prestige et aux vastes compétences de la Cour Suprême américaine, on mesure toute la distance qui sépare les deux institutions et toute la portée de l'inspiration politique opposée de leurs créateurs respectifs. Comme l'écrit le professeur Giacometti en commentant l'art. 97 de la Constitution de 1848, „die ideell, auf der Rechtsstaatsidee beruhende Verfassungsgerichtsbarkeit, wird nun in ihrer Wirksamkeit durch die Ausstrahlung eines demokratischen Prinzips gehemmt“¹⁰⁵).

Ainsi nous voyons bien que c'est la foi démocratique du législateur constitutionnel suisse de 1848 qui a eu pour effet d'atténuer chez nous le rayonnement du principe du contrôle judiciaire. De même nous avons vu que c'est la peur de la démocratie, dont étaient animés les hommes d'Etat américains de 1787, qui chez eux a fait briller ce même principe d'un si vif éclat.

Nous avons là une fois de plus la réponse à la question que nous nous étions posée au début de cette étude. Si les Etats-Unis ont consacré le contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales par le juge, c'est qu'ils y saluaient une défense contre ce que Tocqueville appelait „les écarts de la démocratie“. Et si la Suisse a privé le juge de cette compétence, c'est qu'elle en redoutait une entrave mise à la libre expression de la volonté populaire. Les uns et les autres ont sans doute également raison, mais, pour-

la décision d'un tribunal cantonal qui lui conteste un droit que la Constitution cantonale lui reconnaît mais qu'une loi cantonale lui refuse, il est évident que tôt ou tard toutes les cours cantonales devront imiter celle de Genève. On ne saurait en effet à la longue priver la justice cantonale de la possibilité de mettre son autorité à l'abri des sentences du Tribunal fédéral. Si celui-ci peut et doit faire écarter parce qu'inconstitutionnels les jugements émanant de celles-là, lorsqu'ils appliquent une loi cantonale inconciliable avec la Constitution cantonale, il s'ensuit logiquement qu'il faudra bien reconnaître à la justice cantonale le droit d'exercer le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois cantonales.

¹⁰⁵) Giacometti, p. 35.

Contrôle de la constit. d. lois féd. p. le juge aux Etats-Unis et en Suisse. 113a
suivant des buts opposés, ils se sont tout naturellement engagés dans des voies contraires.

Chapitre VI.

Le Tribunal fédéral sous l'empire de la Constitution de 1874.

La révision constitutionnelle de 1874, si elle a sensiblement accru l'indépendance, modifié la structure, étendu la juridiction et rehaussé le prestige du Tribunal fédéral, n'a rien changé d'essentiel à la position et à la solution du problème du contrôle judiciaire de la législation fédérale.

A comparer les articles des Constitutions de 1848 et de 1874 relatifs au Tribunal fédéral, le lecteur superficiel pourrait facilement se méprendre sur la portée de la réforme. En fait c'est à la Constitution de 1874 que la Suisse est redevable de la première cour de justice nationale que connaît son histoire. En ajoutant aux incompatibilités de fonctions énumérées à l'art. 87 de la Constitution de 1848 celles prévues à l'art. 108 de la Constitution de 1874, et en remplaçant l'indemnité journalière anciennement allouée aux juges fédéraux (art. 99, Constitution 1848) par un traitement à fixer par la loi (art. 107, al. 2, Constitution 1874), le législateur a permis le recrutement et l'organisation d'un collège de juges de carrière au service exclusif de la Confédération. De plus, en émancipant partiellement tout au moins le Tribunal fédéral ainsi constitué de la tutelle du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale, il en a sensiblement accru l'importance, la dignité et l'indépendance. Le déplacement de son siège de Berne à Lausanne, opéré par l'arrêté fédéral du 26 juin 1874, et destiné à lui permettre de poursuivre ses délibérations à l'abri des influences immédiates du Palais fédéral, a rendu ce changement sensible aux yeux de tous, tout en contribuant à en faire une réalité.

Quant à la juridiction du Tribunal fédéral, elle fut considérablement étendue, notamment en matière de droit public (cf. art. 101 à 105 de la Constitution de 1848 et

art. 110 à 114 de la Constitution de 1874). Mais c'est dans la conquête de „diese sein natürlichstes Terrain“, comme le définit Dubs¹⁰⁶), que sa victoire fut la moins complète.

Si, aux termes de l'art. 113, le Tribunal fédéral fut chargé de connaître des différends de droit public entre la Confédération et les cantons ainsi que de ceux entre cantons, jadis réservés à la compétence du pouvoir législatif, et s'il fut appelé à connaître aussi, sans intervention préalable de ce pouvoir, „des réclamations pour violations de droits constitutionnels des citoyens“, il ne fut autorisé à exercer cette juridiction qu'en respectant les règles de la législation fédérale.

Quel fut le but et quelle la portée de ces modifications ?

Pour le déterminer il faut se reporter aux travaux législatifs où s'est élaboré le projet de constitution de 1872. Les dispositions de la Constitution actuelle relatives au Tribunal fédéral sont, en effet, à quelques détails près, toutes empruntées à ce projet. L'art. 113, en particulier, est la reproduction textuelle de l'art. 110 soumis au peuple en 1872.

La rédaction de ce projet fut amorcée par le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 17 juin 1870, répondant à une motion Ruchonnet. Par cette motion, adoptée par les Chambres le 23 décembre 1869, le Conseil fédéral avait été invité à faire des propositions „relativement aux modifications à apporter à la Constitution fédérale pour . . . qu'à un point de vue général elle soit mise en harmonie avec les besoins de notre époque“¹⁰⁷).

Ces „besoins de notre époque“ le Conseil fédéral les trouva formulés dans diverses pétitions dont il avait été

¹⁰⁶⁾ Dubs, 2e partie, p. 87.

¹⁰⁷⁾ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale touchant la révision de la Constitution fédérale du 17 juin 1870. Nous citons d'après le Protocole des Délibérations de la Commission nommée en juillet 1870 par le Conseil national en vue de la révision de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, Berne, 1871, où ce Message figure en Annexe A.

saisi. Sauf une adresse d'une assemblée populaire relative aux rapports entre l'Eglise et l'Etat, ces pétitions visaient toutes à l'un de deux buts: introduire dans l'organisation de la Confédération plus d'unité nationale et plus de démocratie directe. Aucune, semble-t-il, ne touchait directement au pouvoir judiciaire. Mais, pour citer le préambule du Message, „une pétition de la Société des Juristes Suisses¹⁰⁸⁾ et une adresse du Grand Conseil du canton d'Argovie se prononcèrent dans le sens de l'unité de législation“¹⁰⁹⁾.

Or, déclare le Conseil fédéral dans le chapitre de son Message intitulé „Organisation et attributions du Tribunal fédéral“:

„Pour qu'il soit satisfait aux besoins d'une plus grande unité législative en Suisse, il ne suffit pas de décréter des lois: il est indispensable aussi que ces lois soient appliquées de la même manière dans toutes les questions litigieuses. Il faut donc, pour que l'unité de législation se maintienne, que les lois communes soient interprétées par un tribunal commun. La Confédération doit désigner un tribunal qui, alors même qu'il ne jugerait que comme cour de cassation, pourrait être invoqué par les parties pour prononcer sur des interprétations inexactes des lois fédérales et créer ainsi une jurisprudence unique. Il n'est pas nécessaire de faire une innovation à cet égard, car on trouve déjà dans le Tribunal fédéral actuel les éléments de la nouvelle institution.

La Constitution fédérale de 1848 a attribué, il est vrai, une compétence fort restreinte au Tribunal fédéral, mais elle a prévu le cas où cette compétence devrait être élargie par la force des circonstances. L'art. 106 de cette Constitution renferme jusqu'à un certain point des pleins-pouvoirs à cet égard, et il permet à l'Autorité fédérale de donner au Tribunal fédéral les attributions que bon lui semble, qu'il s'agisse d'une première ou d'une dernière instance, ou que le conflit soit porté en cassation ou en

¹⁰⁸⁾ Tel était alors son titre officiel.

¹⁰⁹⁾ Message cité, p. 1.

appel. Il n'est donc pas nécessaire de donner à la Confédération de nouvelles attributions, et l'on doit se demander seulement si l'organisation actuelle du Tribunal fédéral se prête à ce nouvel état de choses.“¹¹⁰⁾

Après quelques suggestions relatives aux modifications à apporter à l'organisation du Tribunal fédéral, le Conseil fédéral en arrive à sa juridiction constitutionnelle. Il dit à ce propos:

„L'art. 105 (de la Constitution de 1848) porte que ,le Tribunal fédéral connaît, de plus, de la violation des droits garantis par la Constitution fédérale, lorsque les plaintes à ce sujet sont renvoyées devant lui par l'Assemblée fédérale‘. En adoptant cet article, on avait pensé que l'Assemblée fédérale renverrait au Tribunal fédéral la plupart des recours; mais en fait les choses se sont passées autrement, de telle sorte que depuis 22 ans que la Constitution actuelle est en vigueur, l'Assemblée fédérale a renvoyé un seul recours au Tribunal fédéral. Ce fait est d'ailleurs fort naturel: l'Assemblée fédérale est appelée à débattre les questions à peu près de la même manière, qu'elle en fasse directement l'objet de ses délibérations ou qu'elle les renvoie d'abord au Tribunal fédéral. L'art. 105 de la Constitution fédérale n'a donc point été appliqué, et l'on peut aussi bien le supprimer que le conserver dans sa forme actuelle.

Ce n'est toutefois que dans la rédaction de l'art. 105 que la Diète s'est trompée: le point de vue auquel elle se plaçait était parfaitement juste. Elle estimait qu'une partie des recours devait être renvoyée au Tribunal fédéral, et cette idée est si naturelle qu'elle frappe dès le premier abord. Partout l'autorité judiciaire est considérée comme devant prononcer en dernière instance sur les violations des droits des citoyens, et l'on ne songe pas à revêtir de ces attributions le pouvoir exécutif ou l'autorité législative. Le seul tort que l'on a eu a été de ne pas déterminer par

¹¹⁰⁾ Message cité, p. 19 et 20.

voie législative les cas dans lesquels le Tribunal fédéral aurait à prononcer, et de donner à l'Assemblée fédérale le droit de lui renvoyer les causes que bon lui semblerait.

Il s'agit d'écartier cet inconvénient tout en maintenant la pensée fort juste qui a dicté l'art. 105; en agissant ainsi on respectera pleinement l'intention de ceux qui ont élaboré la Constitution fédérale actuelle. Il n'est pas aussi difficile qu'on se l'imagine de déterminer les cas dans lesquels le Tribunal fédéral sera appelé à prononcer. Il est clair, par exemple, que ce Tribunal aura à connaître de toutes les questions de for, de saisie-arrêt, d'exécution de jugement, de plaintes contre l'interprétation inexacte de concordats et de dispositions législatives, etc. Il n'y a que fort peu de questions dont le renvoi au Tribunal fédéral ou au Conseil fédéral puisse faire l'objet d'un doute, et dans ces cas-là on s'en tiendra provisoirement à la jurisprudence actuelle.

Le mode de procéder suivi dès 1848 avait un avantage au point de vue pratique et au point de vue politique. Il convient d'en dire quelques mots.

L'avantage pratique consiste dans la liquidation prompte et gratuite des recours adressés au Conseil fédéral. Il est vrai qu'à la longue cet avantage a perdu de sa valeur par le fait que le public s'est habitué à recourir auprès de l'Assemblée fédérale contre un grand nombre des décisions du Conseil fédéral, et cela fort souvent dans la seule intention de gagner du temps. On peut obtenir le même avantage avec la nouvelle organisation du Tribunal fédéral en prescrivant une procédure sommaire et écrite, ce qui déroge à l'art. 107 c de la Constitution fédérale, et en proclamant le principe de la gratuité pour les jugements rendus par le Tribunal fédéral. Ce principe se justifie par le fait que tous les litiges dont il s'agit se rapportent plus ou moins directement à des intérêts publics, et qu'au point de vue politique, tout citoyen doit pouvoir recourir sans frais contre des violations de ses droits constitutionnels. En renvoyant ces questions au Tribunal fédéral, on obtient

l'avantage de les résoudre dans le plus bref délai et d'une manière définitive.

L'organisation actuelle avait ceci de bon, au point de vue politique, que l'Assemblée fédérale trouvait dans les recours un moyen de développer dans la pratique la législation fédérale et de donner à cette législation tout son essor. En effet, en se prononçant sur les recours, l'Assemblée fédérale a pris des décisions qui résolvaient mieux les questions que des lois n'auraient pu le faire. Il est certain néanmoins que, sans aucune exception, ces décisions se rapportaient à des objets qui ne peuvent pas rentrer dans les nouvelles attributions du Tribunal fédéral. On reconnaîtra sans doute qu'il est impossible de soumettre aux décisions du Tribunal fédéral, et cela en dernière instance, des questions sur lesquelles la législation reste encore douteuse, car il n'appartient point au juge de faire la loi: il a seulement à l'appliquer. L'Assemblée fédérale peut donc se résERVER la discussion de tous les points qui peuvent lui servir à développer le droit fédéral, et sauvegarder ainsi le principe sans se surcharger d'une foule de recours n'offrant aucun intérêt public.^{“111”}

En conséquence le Conseil fédéral propose de donner à l'art. 105 la teneur suivante:

„Le Tribunal fédéral connaît, de plus, de la violation des droits constitutionnels des citoyens et de la violation des concordats, dans les cas où la législation fédérale le déclare compétent.

Il suit, dans ces cas, la procédure sommaire et écrite, sans frais pour les parties.^{“112”}

D'après les intentions du Conseil fédéral telles qu'elles apparaissent dans ce Message, il était évident que:

1. Il s'agissait de renforcer le Tribunal fédéral surtout pour assurer au pays le bénéfice d'une plus grande unité de jurisprudence.

¹¹¹⁾ Message cité, p. 20 et 21.

¹¹²⁾ Ibid., p. 26.

2. Il s'agissait aussi de soulager l'Assemblée fédérale en transférant au Tribunal fédéral le fardeau des recours en violation de droits constitutionnels en des matières où la loi était certaine.

3. Il ne s'agissait à aucun degré d'ériger le Tribunal fédéral en juge de la constitutionnalité de la législation fédérale.

Le projet fut soumis d'abord au Conseil national. La Commission de ce Conseil chargée de son examen répartit sa tâche entre quatre sections; la troisième, dite section judiciaire, présidée par Ruchonnet, se rallia aux propositions du Conseil fédéral relativement à la nouvelle définition de la juridiction du Tribunal fédéral en matière de droit constitutionnel. Voici en quels termes, en date du 27 février 1871, elle exposa son avis à ce sujet:

„ . . . la Section estime qu'il convient de placer dorénavant dans les attributions du Tribunal fédéral une partie des recours qui concernent soit la violation des droits constitutionnels des citoyens, soit la violation des concordats, recours qui chargent aujourd'hui les tractanda des Chambres fédérales. Plusieurs de ces recours ne sont que l'application d'un texte à un cas spécial qui n'intéresse en rien le public; comme tels, ils appartiennent à la compétence judiciaire, chez laquelle ils trouveront assurément une instruction plus soignée que celle qu'ils peuvent attendre d'un corps politique. Il est aussi, par contre, nombre de ces recours dont l'autorité politique doit conserver la connaissance, en raison de l'intérêt général qui s'y rattache. La limite n'est pas aisée à tracer entre ces deux ordres de cas et il serait imprudent de vouloir la fixer d'une manière plus ou moins immuable par un article de constitution.

Poser le principe que le jugement de tels de ces cas pourra être distrait de l'Assemblée fédérale pour être confié au Tribunal fédéral, — laisser à la loi le soin de chercher la limite entre les deux compétences, — c'est ce qui a paru le parti le plus sage. La Section judiciaire est dès lors

unanime pour adhérer à la rédaction proposée par le Conseil fédéral.“¹¹³⁾

La Commission du Conseil national, qui ne semble avoir témoigné qu'un bien faible intérêt au problème proprement judiciaire, adhéra sans discussion à cette suggestion¹¹⁴⁾. Elle proposa, de plus, de modifier la rédaction du 1er alinéa de l'art. 94 de la Constitution et de le remplacer par les mots „il est institué un tribunal fédéral, comme cour suprême fédérale“.

Nous ne relevons ce détail que parce qu'il témoigne d'une velléité intéressante de la Commission, velléité bien timide du reste et bien éphémère. Le 18 mars 1871, en effet, elle avait approuvé une suggestion à ce sujet d'un de ses membres, Jolissaint. Ce député, qui s'intéressait manifestement à l'exemple américain, „partant de l'idée que le principe de la séparation des pouvoirs doit être exprimé formellement et placé en tête de ce chapitre“, avait proposé la rédaction suivante comme 1er et 2ème alinéas de l'art. 91:

„Le pouvoir judiciaire est séparé et indépendant des pouvoirs législatif et administratif.

Il sera confié à une Cour suprême fédérale.“¹¹⁵⁾

Le 18 avril, la Commission, qui s'y était d'abord montrée favorable, laissa tomber le 1er alinéa, sans discussion, semble-t-il¹¹⁶⁾. La Commission du Conseil des Etats, qui succéda le 10 mai 1871 à celle du Conseil national, retrancha même les mots de „Cour suprême“ de la rédaction de cette disposition¹¹⁷⁾.

¹¹³⁾ Protocole des Délibérations de la Commission nommée en juillet 1870 par le Conseil national suisse en vue de la Révision de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, Berne, 1871, p. 39.

¹¹⁴⁾ Ibid., p. 160.

¹¹⁵⁾ Ibid., p. 158.

¹¹⁶⁾ Ibid., p. 209.

¹¹⁷⁾ Protocole des Délibérations de la Commission chargée en juillet 1870 par le Conseil des Etats suisse de préparer la Révision de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848, Berne 1871, p. 92.

D'autre part cette Commission adopta les propositions du Conseil fédéral relatives à la juridiction du Tribunal fédéral en matière de droits constitutionnels. On pourra juger de ses mobiles par les deux déclarations suivantes extraites du procès-verbal:

„ . . . le rapporteur propose l'adoption de cet article et cela par les motifs suivants:

On ne peut pas déterminer, dès à présent, quels sont les recours sur lesquels le Tribunal fédéral aura à prononcer, car c'est là une affaire qu'on doit résERVER à la législation. On transmettra à ce Tribunal tous les cas se rapportant à des lois et des concordats positifs; mais dans les autres cas l'Assemblée fédérale pourra continuer à développer le droit fédéral.

Il est d'autant plus nécessaire de renvoyer au Tribunal un grand nombre de recours, que le hasard, certains courants politiques, etc., peuvent exercer leur influence et que souvent la décision peut être différente selon que le recourant appartient à un grand ou à un petit canton, parce que dans ce dernier cas il n'est pas impossible que la représentation des grands cantons, plus considérable que celle des petits, fasse pencher la balance dans un sens plutôt que dans l'autre. En outre, une autorité politique ne peut guère prêter à un certain nombre de recours toute l'attention qui serait nécessaire pour une saine appréciation des faits et dans l'intérêt des recourants.

D'un autre côté (M. Kappeler), on fait remarquer qu'il est juste que les recours soient renvoyés au Tribunal fédéral, afin qu'on ne risque plus de voir une autorité fédérale prononcer en des matières qui rentrent absolument dans la compétence des tribunaux, si l'on ne veut créer une justice détestable.“¹¹⁸⁾

Les propositions du Conseil fédéral recevaient ainsi l'approbation des commissions des deux Chambres. Mais l'opinion publique semble s'être montrée moins docile.

¹¹⁸⁾ Ibid., p. 95.

Le Comité de la Société des Juristes Suisses, en particulier, présidé par Eugène Borel, manifesta sa déception dans un mémoire en date du 28 octobre 1871, dont voici les conclusions:

„1^o La Société estime que l'établissement d'un Tribunal fédéral permanent est nécessaire pour l'exercice de la juridiction fédérale, et aura pour résultat de séparer plus complètement la compétence du pouvoir judiciaire de celle du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif.

2^o Elle émet l'opinion que les propositions des Commissions du Conseil national et du Conseil des Etats, qui ont pour objet d'étendre la compétence du Tribunal fédéral, devraient être modifiées spécialement sur les deux points suivants:

- a) Que l'on devrait retrancher de l'article 109, § 4, la disposition sous litt. b;
- b) que l'article 113 devrait énoncer, dans son texte même, les attributions conférées au Tribunal fédéral.

Enfin que les dispositions de la Constitution sur l'organisation des autorités législative et exécutive (articles 74 et 90) devraient être mises en harmonie avec les dispositions sur les attributions du Tribunal fédéral.

3^o Elle exprime en outre le voeu:

- a) Que pour les lois qui auront été votées par les Conseils de la Confédération, en matière civile et en matière pénale, le Tribunal fédéral remplisse non seulement les fonctions de cour de cassation, mais aussi celles de tribunal supérieur;
- b) que l'organisation du Tribunal fédéral et sa procédure aient pour caractère de rendre la justice prompte, non coûteuse et accessible à tous.“¹¹⁹⁾

Lorsque, le 29 janvier 1871, le Conseil national, en séance plénière, en arriva à la discussion des articles relatifs au Tribunal fédéral, la situation avait entièrement changé. En un vote mémorable il avait lui-même, un mois au-

¹¹⁹⁾ Appendice au Protocole du Conseil des Etats concernant la Révision de la Constitution Fédérale, p. 5.

paravant, adopté, par 82 voix contre 32, le principe de l'unification du droit civil et de la procédure civile, tout en autorisant en outre la Confédération à „étendre sa législation au droit pénal et à la procédure pénale“¹²⁰). L'opposition fédéraliste de la Suisse romande et de la Suisse catholique avait subi une lourde défaite parlementaire. Le 2 février 1872, le Conseil des Etats allait, par 22 voix contre 19, suivre le Conseil national dans cette voie qui menait, selon James Fazy, à l'„anéantissement du système fédératif“¹²¹).

Dans ces conditions nouvelles il devint évident que les propositions du Conseil fédéral relatives au Tribunal fédéral, qu'avaient approuvées les Commissions des deux Chambres, étaient insuffisantes. De toutes parts il en surgissait de nouvelles. Au Conseil national Kaiser proposa l'établissement de tout un système de tribunaux fédéraux de première instance, selon le modèle américain¹²²). Dubs lui-même, tout en retirant les anciens projets du Conseil fédéral, proposa de les remplacer par des textes favorables à la création d'un Tribunal fédéral plus puissant. En ce qui touche à la question de droit public, il soumit au Conseil National, à la place de l'ancien art. 105, un nouvel art. 113, ainsi conçu :

„Article 113. Le Tribunal fédéral connaît, de plus, des différends entre cantons lorsque ces différends sont du domaine du droit public; des conflits de compétence entre les autorités fédérales et les autorités cantonales; de la violation de droits constitutionnels des citoyens, ainsi que de dispositions des concordats suisses et des traités conclus par la Suisse avec l'étranger, en tant que la législation fédérale ne renvoie pas les plaintes y relatives au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale.

¹²⁰) Bulletin des Délibérations de l'Assemblée fédérale relatives à la Révision de la Constitution, 1871, t. Ier, p. 586.

¹²¹) Bulletin des Délibérations, etc., Conseil des Etats, 1872, t. III, p. 279 et 308.

¹²²) Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872, t. II, p. 225.

Le 2e alinéa est conservé.^{“123”}

Cette proposition, Dubs la motiva dans un grand discours dont l'importance nous en fait citer ici l'extrait suivant:

„Dans la révision actuelle on place dans la compétence de la Confédération un grand nombre de nouvelles attributions, notamment en ce qui concerne le militaire, les chemins de fer, les banques, les forêts et les endiguements, les écoles, l'établissement, les rapports entre l'Eglise et l'Etat, le mariage, le droit civil, le droit pénal, les épidémies, le travail dans les fabriques. Il faudra élaborer des lois fédérales sur toutes ces matières et la surveillance de la Confédération s'étendra sur un vaste domaine. Si tous les recours continuaient à être adressés à l'Assemblée fédérale, celle-ci aurait à siéger presque la moitié de l'année.

Du reste, il est difficile à une assemblée nombreuse de décider sur les détails qui touchent à des questions de droit parfois très compliquées; il vaudrait mieux renvoyer cet examen à une autorité judiciaire.

On a dit que l'Assemblée fédérale peut, lorsqu'elle s'occupe de recours, donner une direction libérale à la jurisprudence. Cet argument n'est pas sans valeur; mais il y a peu de cas actuellement où l'Assemblée fédérale soit appelée à poser des principes nouveaux; il ne s'agit plus guère que de l'application des règles qui résultent de ces décisions précédentes. Elle peut d'ailleurs donner des directions au Tribunal fédéral par voie de législation ou dans la discussion sur le rapport de gestion de cette autorité.

Au point de vue politique, il est à remarquer qu'il n'existe dans aucun Etat une autorité chargée de pouvoirs aussi multiples que ceux qu'on a conférés à l'Assemblée fédérale suisse. Elle nomme le pouvoir exécutif et le tribunal fédéral, elle a la surveillance et la direction générale sur toutes les affaires du pays. Si on lui laisse encore le

¹²³⁾ Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872, t. II, p. 222, 223.

soin de trancher tous les différends qui peuvent s'élever entre les cantons et la Confédération, entre les cantons et les citoyens des cantons, on exagérera ses attributions.

En 1848, on a institué un Tribunal fédéral qui devait être chargé d'une partie du travail que l'Assemblée fédérale ne pouvait pas accomplir, et l'on a prévu à l'art. 105 de la Constitution d'autres attributions qui pourraient lui être conférées. On n'a pas fait usage de cette faculté sauf un cas exceptionnel, parce qu'on a trouvé que le débat sur la question du renvoi au Tribunal fédéral serait aussi long que la discussion sur le fond des questions.

La Constitution actuelle réserve à l'autorité législative de la Confédération le soin de statuer sur toutes les questions de droit public; l'orateur, au contraire, renvoie ces questions au Tribunal fédéral, qui aurait à connaître des questions de for, de heimatlosat, d'impôts, etc., rentrant dans le droit public.

Par qui les différends entre la Confédération et les cantons doivent-ils être réglés? Après avoir limité sur bien des points les attributions des cantons, on doit donner à ces derniers une certaine garantie, une certaine sécurité. L'Assemblée fédérale, autorité politique, est mal placée pour connaître de ces différends; on ne peut pas non plus prendre les cantons pour juges; il est donc nécessaire de donner à une autre autorité, au Tribunal fédéral, la compétence à cet égard.

Une institution de ce genre existe dans les Etats-Unis d'Amérique, où la Cour de justice prononce non seulement sur les conflits entre les Etats et la Confédération ou entre les citoyens et l'Etat, mais encore sur la constitutionnalité des lois, de telle sorte que cette cour peut déclarer que telle loi n'engage pas les citoyens, parce qu'elle n'est pas en harmonie avec la Constitution.

L'orateur ne veut pas aller aussi loin, mais il pense qu'il conviendrait de soumettre au Tribunal fédéral toutes les questions se rapportant à la protection des droits des

citoyens, que ces droits résultent de la Constitution fédérale ou qu'ils découlent de constitutions cantonales.

Il serait très difficile d'établir une distinction entre ces différends; mieux vaut mettre le tout dans la compétence du Tribunal fédéral.“¹²⁴⁾

C'est la première fois, à notre connaissance, qu'un membre du gouvernement suisse faisait officiellement allusion au système américain du contrôle judiciaire des lois fédérales. Dubs, il est vrai, ne voulait pas „aller aussi loin“, mais il ne manifestait aucune hostilité de principe contre un système dont, devenu juge fédéral, il allait cinq ans plus tard faire lui-même l'apologie¹²⁵⁾.

Le Conseil national demanda de renvoyer la question de la juridiction du Tribunal fédéral à sa Commission, dont le président, Philippin, s'en félicitant, déclara :

„Les prévisions les plus hardies en matière de centralisation ont été dépassées; avec cette centralisation il faut maintenant une garantie, qu'on ne trouvera que dans la séparation des pouvoirs, ou en d'autres termes dans l'augmentation des attributions du Tribunal fédéral.“¹²⁶⁾

Le 5 février, le Conseil national fut saisi des nouvelles propositions de sa Commission au sujet de la question du Tribunal fédéral comme cour de droit public. Il les mit en discussion en même temps que celles de Dubs. Ce dernier apporta à son récent texte quelques amendements de rédaction et y ajouta notamment l'alinéa suivant, où apparaît, sous sa forme première, la clause qui est devenue l'alinéa 3 de l'art. 113 de la Constitution actuelle :

„Dans tous ces cas, le Tribunal fédéral se dirigera d'après les lois et les arrêtés d'une application générale

¹²⁴⁾ Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872, t. II, p. 225 ss.

¹²⁵⁾ Dubs, 1ère partie, 1877, p. 116 ss., et 2e partie, 1878, p. 92.

¹²⁶⁾ Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872, t. II, p. 229.

Contrôle de la constit. d. lois féd. p. le juge aux Etats-Unis et en Suisse. 127a

décrétés par l'Assemblée fédérale, ainsi que d'après les traités que cette Assemblée aura ratifiés.“¹²⁷⁾

La Commission et Dubs étaient d'accord pour confier au Tribunal fédéral une juridiction en matière de conflits de droit public. Mais alors que celui-ci proposait de la lui confier tout entière, en vertu d'une disposition de la Constitution elle-même, sauf les exceptions que la législation fédérale réservait au Conseil fédéral et à l'Assemblée fédérale, la Commission se montrait plus timide. Elle ne voulait reconnaître au Tribunal cette juridiction que „pour autant que cette attribution lui est conférée par la législation fédérale“.

Cette divergence de vues donna lieu à un débat fort intéressant. Philippin, au nom de la majorité de la Commission, défendit ses vues, sans du reste attaquer vivement celles de Dubs, auxquelles il ne reprochait qu'une hardiesse peut-être excessive. Mais il reconnut nettement la nécessité de charger en principe le Tribunal fédéral de l'examen des recours de droit public.

„On a augmenté considérablement“, dit-il, „les attributions fédérales, et, si la nouvelle constitution est adoptée, on risquerait d'aboutir à un césarisme plus redoutable encore quand il y a deux cents têtes que lorsqu'il n'y en a qu'une. Dans ces circonstances il faut donner au peuple une véritable garantie, qu'il ne peut trouver que dans la séparation des pouvoirs.“¹²⁸⁾

La proposition de Dubs l'emporta finalement sans même que ses adversaires aient cru devoir se compter¹²⁹⁾.

Au cours du débat, la proposition de Dubs écartant le contrôle judiciaire des lois fédérales ne donna lieu qu'à de rares remarques. Nous ne les citons ici que parce qu'elles touchent directement à notre sujet et bien que la propo-

¹²⁷⁾ Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872, t. II, p. 294, 297 ss.

¹²⁸⁾ Ibid., p. 296.

¹²⁹⁾ Ibid., p. 308.

sition elle-même fût en définitive adoptée sans discussion. Dans son premier discours Philippin, exposant pour le combattre le texte de Dubs, déclara:

„M. Dubs a proposé en outre, pour rassurer sur la nature du mandat conféré au Tribunal fédéral une disposition portant que ,dans tous les cas le Tribunal fédéral se dirigera d'après les lois et les arrêtés d'une application générale décrétés par l'Assemblée fédérale, ainsi que d'après les traités que cette Assemblée aura ratifiés‘. Cette disposition paraît superflue, parce que le Tribunal fédéral ne pourrait jamais se diriger autrement que d'après les lois existantes.“¹³⁰⁾

Dubs lui-même expliqua en ces termes ses suggestions „rassurantes“:

„Plus l'Etat fédératif se rapproche de l'Etat unitaire et plus on doit lui donner la garantie essentielle qu'offrent les Etats unitaires: la séparation du pouvoir législatif d'avec le pouvoir judiciaire. Toutefois, afin que le pouvoir judiciaire ne puisse pas se mettre au-dessus du pouvoir législatif, l'orateur propose de dire que, dans tous ces cas, le Tribunal fédéral se dirigera d'après les lois et les arrêtés d'une application générale décrétés par l'Assemblée fédérale, ainsi que d'après les traités que cette Assemblée aura ratifiés.“¹³¹⁾

Seul le député vaudois Eytel, professeur honoraire de droit à l'Académie de Lausanne, et du reste grand adversaire de la révision de la Constitution en 1872, défendit le système américain que la proposition de Dubs avait pour but d'écartier. Il dit:

„La Cour suprême des Etats-Unis est appelée à décider sur tous les cas de violation de la Constitution fédérale. Si nous voulons donner au Tribunal fédéral la position

¹³⁰⁾ Ibid., p. 295.

¹³¹⁾ Ibid., p. 297, 298. Dans la version originale, citée par Burckhardt d'après l'édition allemande du Bulletin, Dubs aurait ajouté: „wie dies sich übrigens bei uns von selbst verstehe.“ Burckhardt, W., op. cit., p. 773.

supérieure dont ont parlé le rapporteur de la Commission et M. Dubs, il faut lui confier aussi cette attribution, c'est-à-dire le droit de prononcer dans toutes les causes touchant à l'interprétation de la Constitution. On ne conçoit même pas que le Tribunal fédéral puisse juger en dernier ressort des différends entre les cantons, s'il ne possède pas la faculté d'apprécier jusqu'à quel point une disposition législative est conforme à la Constitution.“¹³²⁾

Le texte adopté par le Conseil national, conformément aux propositions de Dubs, ne subit au Conseil des Etats que des modifications de rédaction. Il n'y donna lieu qu'à un très bref débat. Relevons, comme preuve de l'intérêt qu'on ne cessait de porter dans les milieux suisses au régime américain, deux déclarations faites à ce propos au Conseil des Etats le 20 février 1872:

„M. Fazy rappelle que, lors des délibérations de la diète sur la Constitution de 1848, il avait proposé de donner au Tribunal fédéral la même compétence que celle qu'on veut lui accorder aujourd'hui. On crut alors que l'article 105 donnerait à l'Assemblée fédérale l'occasion de renvoyer au Tribunal fédéral le jugement de tous les conflits qui lui seraient soumis, mais il n'en a rien été, et l'Assemblée fédérale se les est réservés exclusivement.

L'orateur dit que la justice humaine est un billet placé à la loterie; cependant il faut que la justice soit rendue, et qu'elle soit rendue selon certaines prescriptions que l'on croit être l'expression de la vérité.

Devant le Tribunal fédéral, les parties pourront comparaître, exposer leurs moyens, plaider contradictoirement; le Tribunal appellera tous les renseignements; tandis que l'Assemblée fédérale, dont la plupart des membres n'ont pas même pris connaissance des pièces, ne peut s'entourer des lumières nécessaires pour rendre un arrêt équitable. Elle est donc moins bien placée qu'un Tribunal fédéral. Du reste, l'Assemblée fédérale prend toujours parti pour

¹³²⁾ Ibid., p. 301.

l'une ou l'autre des parties. Souvent, on peut en citer des exemples, elle a rendu des jugements contraires au droit. L'orateur rappelle ici ce qui s'est passé à l'occasion d'un recours du Gouvernement de Genève contre la validation de certaines élections.

Un Tribunal fédéral composé de juges capables et impartiaux ne se laissera jamais entraîner dans les vues d'un parti, mais il faut qu'il soit indépendant. En effet, la garantie du Tribunal fédéral, c'est son indépendance. M. Fazy dit qu'aux Etats-Unis le Tribunal fédéral est tellement indépendant qu'il est inamovible. Bien que ce tribunal soit aristocratique et contraire au développement politique, on ne peut citer aucun exemple où il se soit montré partial dans les questions constitutionnelles. Ceci doit être pour nous un exemple et un encouragement, et une garantie pour rassurer tous les doutes sur la réalisation de cette institution.

L'orateur estime que s'il y a quelque chose de bien fait dans la révision, c'est l'article 113. Il est inspiré par la séparation des pouvoirs, dont il est le partisan le plus ardent.^{“133”}

D'autre part Kappeler dit:

„Il n'est pas à craindre que l'on aille trop loin. En Amérique, par exemple, un tribunal suprême juge les lois qui sont rendues par les chambres, et examine si elles ne contiennent rien de contraire à la Constitution; il est donc placé au-dessus des Chambres. Qu'on crée un tribunal fédéral selon la proposition de la Commission, et le citoyen pourra obtenir justice en faisant une seule démarche, et sans être obligé de frapper à toutes les instances.“^{“134”}

Dans la rédaction de notre article le triomphe de Dubs fut complet: les deux Chambres en effet acceptèrent son texte, tant en ce qui concerne la juridiction du Tribunal fédéral en matière de droit public, qu'en approuvant la

¹³³⁾ Bulletin des Délibérations, etc., Conseil des Etats, 1872, t. III, p. 461, 462.

¹³⁴⁾ Ibid., p. 464.

clause dont il était l'auteur relative au respect dû à la législation fédérale. Cette clause, ayant subi de légères retouches dont les procès-verbaux des Chambres fédérales ne permettent pas de préciser l'origine, figure, telle qu'on la trouve à l'art. 113, al. 3, de la Constitution actuelle, dans le projet de 1872.

Après le rejet de celui-ci par le peuple, tout l'ancien art. 110 fut repris comme art. 113 dans le projet de 1874. Il ne semble pas avoir donné lieu à de nouveaux débats. La seule mention que nous en ayons trouvée figure au Protocole des Délibérations de la Commission nommée en juillet 1873 par le Conseil national suisse en vue de la révision de la Constitution fédérale du 12 septembre 1848¹³⁵⁾.

Le 27 septembre 1873, Philippin fit à son sujet la déclaration suivante:

„On fait observer que tout le monde reconnaît qu'il est nécessaire d'avoir quelque chose de supérieur à la simple volonté de la majorité et qu'on a par conséquent besoin d'un juge comme solide contrepoids à l'arbitraire.

On invoque si volontiers l'exemple de l'Amérique du Nord, que l'on ne doit pas oublier que dans ce pays le Tribunal fédéral n'est pas limité aux seuls cas mentionnés ici, mais qu'il a le pouvoir de prononcer en dernier ressort sur la constitutionnalité d'un acte législatif. On n'aura donc aucun motif de se plaindre si la Constitution accorde au Tribunal un champ d'activité convenable.“¹³⁶⁾

La Constitution de 1874, ayant été acceptée à une majorité populaire de près de 150.000 voix et par 14 cantons et demi, fut promulguée le 29 mai. Six jours auparavant déjà, le Conseil fédéral avait soumis à l'Assemblée fédérale son projet de loi sur l'organisation judiciaire fédérale. L'exercice du recours de droit public prévu à l'art. 113 de la Constitution fut réglé par les dispositions

¹³⁵⁾ Berne, 1873, p. 59.

¹³⁶⁾ Ibid., p. 59.

de l'art. 53 de cette loi. Deux points méritent d'être notés à ce propos:

1. Les „droits constitutionnels des citoyens“ de l'art. 113, chiffre 3 de la Constitution furent définis à l'art. 53 litt. a de la loi comme étant ceux garantis aux citoyens „soit par la Constitution, soit par la législation fédérale, soit par la Constitution de leur canton“.

2. Il fut prévu que les recours contre la violation de ces droits ne pourraient être dirigés que „contre les décisions d'autorités cantonales“.

Ces dispositions, que ni le texte de la Constitution, ni les travaux préparatoires ne faisaient nécessairement prévoir, furent très sommairement motivées par le Conseil fédéral dans le Message qu'il adressa aux Chambres en leur soumettant son projet. Sur le premier point, il se borna à déclarer que:

„Le texte de l'article 5 de la Constitution et la pratique suivie jusqu'à ce jour ne permettent pas de révoquer en doute que dans les „droits constitutionnels de citoyen“ on doit comprendre non seulement les droits qui leur sont garantis par la Constitution fédérale, mais encore ceux que leur garantissent les Constitutions cantonales.

On pourrait plutôt se demander si l'on peut y comprendre aussi les droits garantis par les lois promulguées en exécution de la Constitution. Nous pensons que cette question doit être résolue affirmativement en raison des cas nombreux où la Constitution nouvelle s'en réfère à la législation.“¹³⁷⁾

Quant au second point, plus grave, puisque la loi excluait les recours contre des décisions des autorités fédérales, l'argumentation du Conseil fédéral est encore plus lapidaire, puisqu'il se borne à dire: „Il ne peut naturel-

¹³⁷⁾ Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la loi sur l'organisation judiciaire fédérale (du 23 mai 1874). Feuille Fédérale de la Confédération Suisse, Année 1874, vol. Ier, Berne, 1874, p. 1004.

lement être question ici que de recours contre des décisions des autorités cantonales.^{“138)}

Le professeur Fleiner voit là une atteinte directe à la Constitution¹³⁹⁾. Il faut reconnaître que si un tribunal impartial avait à apprécier la constitutionnalité de cette disposition, il se pourrait fort bien qu'il fût amené à y voir une limitation indue de la portée de la loi fondamentale. L'extension qu'apportait la Constitution nouvelle aux pouvoirs de la Confédération n'avait-elle pas été souvent alléguée pour justifier la nécessité d'un recours tutélaire ? Mais, d'autre part, il faut reconnaître aussi que l'Assemblée fédérale, qui avait adopté la loi d'organisation judiciaire de 1874, était singulièrement bien placée pour connaître les intentions des auteurs de la Constitution et qu'elle eût été singulièrement mal venue à les trahir ! Et puisqu'elle avait, en élaborant la Constitution, imposé au Tribunal fédéral le devoir d'appliquer la législation fédérale sans en apprécier la constitutionnalité, il est en définitive possible qu'elle ait toujours entendu faire bénéficier le pouvoir exécutif fédéral de la même immunité judiciaire qu'elle s'était assurée à elle-même. Ce qui est certain, c'est qu'appréciée à la lumière de l'interprétation que l'Assemblée fédérale donna de la disposition constitutionnelle relative aux recours de droit public, il s'agissait moins de protéger la Constitution contre toutes les atteintes qu'elle pouvait subir qu'à protéger tant la Constitution que la législation fédérale contre les atteintes des autorités cantonales. En d'autres termes l'art. 113, chiffre 3, apparaît ainsi comme une mesure de centralisation politique plus que de garantie judiciaire.

Quoi qu'il en soit, la doctrine du Conseil fédéral et de la majorité parlementaire est toujours restée la même.

Lorsqu'en 1892 le Conseil fédéral décida de proposer aux Chambres une révision de la loi d'organisation judi-

¹³⁸⁾ Ibid., p. 1005.

¹³⁹⁾ Fleiner, F., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923, p. 276 ss.

ciaire de 1874, il ne modifia pas son attitude à l'égard des recours de droit public. Dans son Message du 5 avril 1892, il fit sienne l'opinion du juge fédéral Hafner, chargé de la rédaction de l'avant-projet de la loi nouvelle. Or, Hafner avait écrit:

„Il est certain . . . que les recours de droit public doivent être dirigés contre des décisions et arrêtés d'autorités cantonales, puisque, aux termes de la Constitution fédérale, le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral sont indépendants l'un de l'autre.“¹⁴⁰⁾

L'évidence de 1874, devenue certitude en 1892, ne fut ainsi démontrée que par une vague allusion au principe de la séparation des pouvoirs. Mais l'Assemblée fédérale, n'hésitant pas à suivre le Conseil fédéral, maintint sur ce point sa décision antérieure.

En 1911, le Conseil fédéral, donnant suite à une suggestion de la Société Suisse des Juristes, proposa aux Chambres la révision de la Constitution fédérale en vue de la création d'une cour fédérale administrative. Le projet du texte qu'il rédigea à ce propos, destiné à devenir l'art. 114bis de la Constitution, était très bref: „Une cour administrative fédérale devait être créée dont la loi réglerait l'organisation.“¹⁴¹⁾

En examinant ce projet, la Commission du Conseil des Etats estima devoir y ajouter une clause pour rappeler expressément la nouvelle juridiction au respect nécessaire de la législation fédérale. Le président de cette Commission, M. Usteri, déclara à ce propos, le 12 juin 1912:

„Der Grundsatz des Artikels 113, Abs. 3, Beschränkung des Bundesgerichtes auf Bundesverfassung und Bun-

¹⁴⁰⁾ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet d'une nouvelle loi fédérale sur l'organisation judiciaire fédérale, Feuille Fédérale Suisse, 1892, vol. II, p. 191.

¹⁴¹⁾ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la Révision de la Constitution fédérale en vue de la création d'une cour administrative fédérale. (Du 20 décembre 1911.) Feuille Fédérale Suisse, 1912, vol. Ier, p. 292 ss.

desgesetze und Verbot an das Bundesgericht, die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze, Bundesbeschlüsse und Staatsverträge zu prüfen, schien von solcher Tragweite und ein Schweigen über die Geltung dieser bündesgerichtlichen Normen für das Verfassungsgericht so zweideutig zu sein, dass wir diese Bestimmung, die zunächst und heute noch einzig für das Bundesgericht gilt, im Text des Artikels 114bis . . . glauben wiederholen zu sollen.“¹⁴²⁾

Au cours de ce débat M. Isler s'était plaint de ce qu'en Suisse „ein unparteiischer Richter kann gegen die Verletzung der Bundesverfassung nicht angerufen werden“. Il avait en termes amers regretté l'absence d'un contrôle judiciaire semblable à celui qu'exerçait la Cour Suprême des Etats-Unis^{143).}

Le lendemain M. Eugène Richard lui répondit en ces termes :

„ . . . C'est par son origine historique que pareille disposition s'explique dans un pays neuf comme les Etats-Unis, mais chez nous elle ne se comprendrait pas du tout. Nous serions jaloux, pour ne pas dire autre chose, d'une cour suprême qui s'élèverait au-dessus de tous les citoyens et de toutes les institutions juridiques fédérales, d'une autorité administrative fédérale qui prétendrait dicter et régler nos destinées. Nous n'admettrions pas cela. Il faudrait du reste pour composer un tribunal aussi idéal que cela, il faudrait avoir ce que Nietzsche appelait le surhomme. Or, nous avons en Suisse des citoyens dévoués, éclairés, très tenaces dans la défense de leurs intérêts, de leurs points de vue, des hommes d'une grande valeur qui sont très appréciés dans tout le peuple, mais nous n'avons heureusement pas de surhomme. Il ne faut pas ouvrir la porte à un tribunal composé d'éléments de cette nature. On s'accommoderait très mal en Suisse de l'importation de la coutume américaine. Si nous voulons protéger les

¹⁴²⁾ Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil des Etats, 1912, p. 80.

¹⁴³⁾ Ibid., p. 67.

citoyens contre les erreurs des Chambres fédérales . . . il faut recourir à un autre procédé.“¹⁴⁴⁾

M. Richard, trouvant que „quand on nomme des juges il est inutile de leur répéter qu'ils auront l'obligation de veiller à la loi“, proposa de laisser tomber cette clause comme superflue. Mais elle fut maintenue par 25 voix contre 6. Après quelques modifications de rédaction et sans nouveau débat de principe au Conseil national, elle est devenue l'al. 3 de l'art. 114bis, ainsi conçu:

„La cour administrative appliquera la législation fédérale et les traités approuvés par l'Assemblée fédérale.“

Le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales fut ainsi une seconde fois repoussé par le parlement suisse¹⁴⁵⁾.

Appelé en 1923 par un postulat de Rabours „à présenter aux Chambres un texte modifiant l'art. 113 in fine de la Constitution fédérale, et cela en vue de donner au Tribunal fédéral la compétence d'apprécier la constitutionnalité des lois votées par l'Assemblée fédérale et des arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale“, le Conseil fédéral s'y est nettement refusé. M. Häberlin, parlant en son nom au Conseil national le 27 avril 1923, déclara:

„La discussion des lois par les deux Conseils et la réserve du référendum offrent une garantie suffisante contre l'adoption de lois inconstitutionnelles. Et si, lors de l'adoption d'une nouvelle loi, le parlement et le peuple interprètent la Constitution un peu autrement que les auteurs de cette dernière ne l'avaient fait, il n'appartient pas au Tribunal fédéral de leur contester ce droit. Le Tribunal fédéral a été à dessein tenu à l'écart des questions politiques. Il ne serait pas bon de le mêler maintenant à la discussion de ces dernières.“

Un député, M. Brotbeck, ajouta qu'il n'était pas à ses yeux besoin de „protéger notre droit public contre des

¹⁴⁴⁾ Ibid., p. 85.

¹⁴⁵⁾ Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse, Conseil national, 1914, p. 127 ss.

entorses des autorités législatives en chargeant les tribunaux d'interpréter la Constitution. Ce droit appartient au peuple souverain.“¹⁴⁶⁾ La majorité du Conseil national approuva cette fin de non recevoir.

En 1928 encore, invité par une motion Scherer à étudier l'opportunité d'autoriser les recours de droit public contre les arrêtés fédéraux et les arrêtés du Conseil fédéral, ce dernier adressa à l'Assemblée fédérale un rapport tout négatif. Nous y lisons ce qui suit:

„Si l'on réclame un tel recours . . . c'est qu'on place trop haut le pouvoir judiciaire et qu'on sousestime les pouvoirs législatif et exécutif . . . Ce serait une erreur de confier à une autorité judiciaire le soin de veiller à ce que l'autorité suprême de la Confédération applique la Constitution. Ce n'est pas à l'autorité judiciaire qu'il faut demander une garantie contre la promulgation d'arrêtés fédéraux entachés d'illégalité: cette garantie gît dans la responsabilité politique de l'Assemblée fédérale elle-même. Cette dernière doit rester responsable de la constitutionnalité comme de l'opportunité des arrêtés fédéraux.“¹⁴⁷⁾

Au cours de la discussion à laquelle cette motion donna lieu au Conseil national le 25 février 1930, M. Nietlispach, rapporteur de la Commission, la combattit comme portant atteinte à la suprématie de l'Assemblée fédérale, consacrée par l'art. 71 de la Constitution¹⁴⁸⁾. Dans la séance du 6 mars le Conseiller fédéral Häberlin la repoussa de même comme tendant à subordonner le législatif au judiciaire¹⁴⁹⁾.

¹⁴⁶⁾ Burckhardt, W., *Le droit fédéral suisse*, vol. III, Neuchâtel, 1932, p. 37.

¹⁴⁷⁾ Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le postulat Scherer concernant l'attribution d'un recours contre les arrêtés fédéraux et les arrêtés du Conseil fédéral. (Du 27 décembre 1928.) *Feuille Fédérale Suisse*, 1929, vol Ier, p. 9 ss.

¹⁴⁸⁾ *Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale. Conseil national*, 1930, p. 31.

¹⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 118, „ . . . die Unterwerfung des Gesetzgebers in seiner ureigenen Funktion unter den Richter“.

On le voit, qu'elle soit juste ou fausse, sage ou folle, on ne saurait refuser à la doctrine officielle suisse en cette matière au moins le mérite de la constance. Le Conseil fédéral, comme l'Assemblée fédérale, n'ont jamais admis que leur politique puisse être soumise au contrôle du Tribunal fédéral. Le pouvoir législatif a expressément écarté ce contrôle et le pouvoir exécutif n'accepte de le subir qu'indirectement et partiellement, mais non par la voie d'un recours de droit public dirigé contre lui.

Et l'opinion populaire? Elle paraît douteuse sur ce second point qui, du reste, ne nous concerne qu'accès- soirement ici. Mais si l'on peut se demander si le Suisse moyen, en sa qualité d'administré, accepte volontiers l'arbitraire sans contrôle de la bureaucratie fédérale, il paraît évident qu'en sa qualité de législateur il tient à sa souveraineté absolue.

L'Assemblée fédérale garde sous la Constitution de 1874 presque toutes les prérogatives que lui avait reconnues la loi fondamentale de 1848. Elle exerce, sous la seule réserve nouvelle „des droits du peuple et des cantons, l'autorité suprême de la Confédération“¹⁵⁰). Aussi, associé de plus près à l'exercice du pouvoir législatif, le citoyen helvétique ne paraît guère aujourd'hui plus enclin que jadis à soumettre ce pouvoir à la tutelle d'une cour suprême. C'est en lui-même et dans les députés de son choix qu'il voit et qu'il veut voir les gardiens et les interprètes de sa Constitution. A suivre le cours de l'histoire, cela paraît évident. A défaut d'autres indices, l'attitude même des partisans du contrôle judiciaire suffirait à le montrer. Ne proposent-ils pas, en effet, de soustraire au contrôle dont ils souhaitent l'établissement les lois expressément approuvées par un vote populaire? L'étendre à celles-ci, comme le voudrait la doctrine pure, ce serait, estiment-ils, „politiquement impossible“¹⁵¹). Qu'est-ce à dire sinon

¹⁵⁰⁾ Art. 71.

¹⁵¹⁾ Cf. Giacometti, 1933, p. 90, „politisch wohl nicht tragbar“.

reconnaître qu'une telle réforme se heurterait à la résistance de l'opinion helvétique ?

La vérité c'est que le peuple suisse n'a pas de très sévères „moeurs judiciaires“, pour employer un mot que notre collègue Werner a emprunté à Tocqueville¹⁵²⁾. Mais ce n'est pas, pensons-nous, parce que ce peuple n'aurait pas encore eu le temps d'en acquérir la tradition. Ce n'est pas, semble-t-il, parce que la démocratie serait trop jeune en Suisse, mais bien parce qu'elle y est trop ombrageuse et trop forte, qu'elle refuse d'admettre au-dessus d'elle quelque chose qui ne soit pas elle-même. Et le contrôle judiciaire, c'est peut-être la sagesse. Mais ce n'est certainement pas la démocratie.

Conclusions.

Nous voici au terme de notre tâche. Nous avons vu comment et pourquoi les Etats-Unis ont admis et la Suisse a écarté le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales. Les faits que nous avons relatés nous paraissent assez certains et la conclusion qui s'en dégage assez claire pour qu'il soit superflu d'y insister longuement.

Le principe a triomphé aux Etats-Unis à la fin du XVIIIe siècle parce que ceux qui l'ont établi y ont vu une défense contre les exigences éventuelles d'une jeune démocratie dont ils redoutaient les excès. Et ce triomphe a été facilité par les précédents coloniaux qui paraissaient l'autoriser et par une philosophie politique où la croyance en un droit naturel tenait une place importante. Depuis son avènement définitif en 1803, le principe s'est maintenu aux Etats-Unis, bien que les circonstances se soient modifiées et bien qu'il fasse l'objet d'une opposition de plus en plus énergique. Il s'est maintenu, cependant, par la force de la tradition, particulièrement puissante dans le monde

¹⁵²⁾ Werner, G., Les caractères dominants du droit public suisse, Genève, 1921, p. 24.

juridique anglo-saxon. Il s'est maintenu aussi parce que le barreau et la magistrature américains, dans la majorité de leurs membres, lui sont demeurés fidèles et lui ont toujours à nouveau assuré l'appui de l'opinion publique. Il s'est maintenu, enfin, parce qu'il a été appliqué avec clairvoyance, avec modération et non sans opportunisme, par une Cour Suprême qui jouit dans tout le pays d'une autorité remarquable.

En Suisse, au contraire, les circonstances, toutes différentes, ont jusqu'ici fait écarter un principe dont une minorité et peut-être une élite ont souvent demandé la consécration, mais auquel la majorité est toujours demeurée résolument hostile. Le peuple suisse doit sa Constitution actuelle à une double vague d'unification nationale et de réformes démocratiques qui a déferlé sur le pays dans les années précédant 1848 et 1874. Le besoin d'unité nationale pouvait bien favoriser l'établissement d'un Tribunal fédéral propre à assurer à tous les citoyens une égale justice. Il pouvait d'autre part faire reconnaître aux pouvoirs nationaux un droit de contrôle sur l'activité administrative, législative et judiciaire des cantons. Mais si ce besoin d'unité nationale appelait tout naturellement la subordination du cantonal au fédéral, il n'appelait en rien la subordination du législatif au judiciaire. Et ce que le besoin d'unité nationale n'appelait pas, la volonté de démocratie l'écartait d'un geste décidé. Il est naturel, en effet, que la démocratie préfère au pouvoir judiciaire, nécessairement exercé par une petite minorité de légistes, le pouvoir législatif qui, en Suisse plus encore qu'ailleurs, est la chose de tous.

Ces considérations, si elles sont de nature à expliquer le passé, peuvent-elles nous éclairer sur l'avenir ? Les nombreux débats que nous avons rappelés sur le contrôle judiciaire, sa nature, son origine, sa portée, ses avantages et ses inconvénients, peuvent-ils nous suggérer quelque conclusion sur la valeur réelle de l'institution ?

Comme toutes les institutions humaines, le contrôle judiciaire peut être examiné selon deux méthodes et ap-

précié selon deux critères. On peut se demander s'il est conforme aux exigences ou de la logique ou de l'utilité sociale.

Logiquement un Etat qui possède un loi fondamentale dite constitution, se distinguant par son origine et par les conditions de son amendement des lois ordinaires, ne peut tolérer que celles-ci violent celle-là. La hiérarchie des lois est dans leur définition même. Si, en effet, en cas de conflit, une loi ordinaire pouvait l'emporter sur la loi fondamentale, c'est que celle-ci ne mériterait plus son nom.

Tous doivent donc nous suivre jusqu'ici, sous peine de priver les mots de leur sens habituel et même de tout sens rationnel. En fait adversaires et partisans du contrôle s'accordent à admettre la supériorité de la constitution sur la loi¹⁵³⁾). Mais, alors que ses partisans veulent réservé l'interprétation de la constitution et des lois ordinaires au pouvoir judiciaire, ses adversaires voient dans le législateur l'interprète légitime de la loi fondamentale. La logique peut-elle encore départager ces avis divergents ? Nous le pensons.

La meilleure interprétation de la constitution est sans doute celle qui se conforme le plus exactement aux intentions de ses auteurs. Or qui, du juge ou du législateur, est en général le mieux placé pour deviner ces intentions ?¹⁵⁴⁾

Le devoir et la fonction spéciale du juge sont toujours d'appliquer la loi, c'est-à-dire la volonté explicite ou im-

¹⁵³⁾ Ainsi en combattant le postulat Scherer au Conseil national le 25 février 1930, M. Logoz a déclaré „ . . . le respect scrupuleux de la Constitution, notamment par les autorités législatives et exécutives supérieures de la Confédération, est non seulement le devoir absolu de ces autorités, mais aussi un des facteurs essentiels de la santé politique de notre pays“. Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil national, 1930, p. 34.

¹⁵⁴⁾ Au lendemain de 1874 en Suisse il en était autrement, au moins pendant quelques années. Personne, en effet, ne pouvait mieux connaître les intentions des auteurs de la Constitution que le législateur qui l'avait rédigée.

plicite d'autrui, lorsque celle-ci peut être déterminée. Le devoir et la fonction spéciale du législateur, au contraire, sont de faire prévaloir sa propre volonté ou celle de ses électeurs. En supposant même, ce qui est manifestement invraisemblable, que les représentants du pouvoir législatif soient aussi bien qualifiés par leur culture historique et leur formation juridique que les juges de carrière pour découvrir la volonté des auteurs de la constitution, ne leur manquerait-il pas presque fatalement pour cela l'impartialité nécessaire ? Le législateur n'est-il pas par définition, en effet, homme de parti, élu comme tel, et donc, par la rigueur de la logique même, dépourvu d'impartialité¹⁵⁵⁾ ? Et l'impartialité n'est-elle pas, au contraire, la qualité nécessaire du juge appelé à trancher des différends entre parties opposées, comme elle est également la condition nécessaire de toute recherche de la vérité ?

La logique doit donc, nous semble-t-il, faire tenir le juge pour le meilleur interprète de la constitution, là où celle-ci se distingue véritablement de la loi ordinaire. Mais cette distinction elle-même est-elle toujours plus que formelle, est-elle toujours fondée en bonne logique ?

Elle suppose, évidemment, un dualisme juridique, car, pour se violer, comme pour se marier, il faut être deux.

¹⁵⁵⁾ Les parlementaires sincères sont d'ailleurs les premiers à le reconnaître. Voici, par exemple, ce que déclarait le conseiller national Philippin, le 5 février 1872, au cours d'un débat sur les attributions du Tribunal fédéral: „ . . . elle (l'Assemblée fédérale) n'est pas bien placée pour rendre la justice: elle est composée d'hommes politiques, nommés sous l'influence de considérations politiques et dont chacun apporte son contingent de passions, généreuses sans doute, mais peut-être excessives. En second lieu, sa propre majorité, comme celle de ses électeurs, est variable. La cause la plus insignifiante peut changer cette majorité, de telle sorte qu'une décision sur l'application d'une loi peut être aujourd'hui absolument contraire à ce qu'elle a été hier . . . La composition de l'Assemblée fédérale ne se prête donc pas à ce que cette autorité rende des arrêts de justice.“ *Bulletin des Délibérations, etc., Conseil national, 1872*, p. 296.

Or, ce dualisme peut résider soit dans la nature des lois, soit dans leur origine.

La distinction entre constitution et loi ordinaire se justifie par exemple pour ceux qui croient à l'existence d'un droit naturel ou, pour employer un langage plus moderne, d'un droit objectif, en dehors et au-dessus du droit positif, qui n'en serait qu'une approximation imparfaite. Il faudrait naturellement aussi, pour que la distinction entre constitution et loi fût légitimement fondée sur ce dualisme interne, qu'on admît que le droit naturel ou objectif ait été révélé au seul législateur constitutionnel et qu'il soit demeuré caché aux yeux du législateur ordinaire.

Ce dualisme interne du droit n'était certainement pas étranger à l'esprit des auteurs de la Constitution américaine de 1789, nourris qu'ils étaient des traditions de la common law et du droit naturel. Mais s'il a contribué à les rendre favorables au contrôle judiciaire, il ne saurait assurément le justifier à nos yeux. Qui pourrait soutenir, en effet, que l'œuvre constitutionnelle de 1789 aux Etats-Unis soit l'expression plus fidèle du droit naturel ou de la justice que l'œuvre législative qui en est née ? Si une telle conception des rapports du constitutionnel et du législatif nous paraît aujourd'hui purement imaginative lorsqu'il s'agit des Etats-Unis, elle serait proprement absurde si on songeait à la transporter en Suisse, où la Constitution de 1874 fut rédigée par les législateurs eux-mêmes.

Mais le dualisme nécessaire à la justification de la distinction entre loi fondamentale et loi ordinaire peut résider aussi dans leur origine différente. Ainsi la constitution peut être une convention conclue entre un monarque et son peuple, par exemple. Dans ce cas il serait tout à fait naturel de faire le départ entre une disposition constitutionnelle d'origine contractuelle et une disposition législative dont la validité serait conditionnée par sa compatibilité avec la loi fondamentale. Contraire à la constitution,

ou portant sur une matière soustraite par elle à la compétence du corps législatif, elle serait nulle et pourrait logiquement être tenue pour telle par les tribunaux.

N'est-ce pas un dualisme du même ordre qui serait la seule justification véritable des Constitutions américaine et helvétique ? Ces lois fondamentales ne comportent-elles pas un élément contractuel qui les distingue de la législation ordinaire et qui permet de subordonner celle-ci à celles-là ? Lorsque les Etats américains, en 1789, et les cantons suisses en 1848 ont consenti à l'abandon de leur souveraineté, ce ne fut pas sans réserves ni sans conditions. Il fut entendu que devaient être respectés et soustraits à l'arbitraire non seulement du gouvernement fédéral, mais même du Congrès et de l'Assemblée fédérale, certains principes consacrés par la Constitution. Voilà, à nos yeux, la véritable raison d'être de la distinction entre constitution et loi ordinaire aux Etats-Unis et en Suisse, partant aussi la seule justification logique du contrôle judiciaire¹⁵⁶⁾.

Là où il n'y a de dualisme ni dans la nature ni dans l'origine du droit, il ne saurait y avoir de constitution qui domine le législatif et limite sa compétence. Il ne saurait pas davantage y avoir de contrôle judiciaire de l'action législative. Les régimes absous, qu'ils soient dictatoriaux ou démocratiques, sont nécessairement monistes à cet égard. Au souverain tout puissant on ne saurait imposer aucune entrave, même pas celle forgée par une manifestation antérieure de sa volonté souveraine. Voilà pourquoi l'Italie fasciste et l'Allemagne national-socialiste n'ont pas de véritables constitutions, pas plus que la Grande-Bretagne et la France démocratiques. Le Duce, le Führer, la Chambres des Communes, l'Assemblée nationale peuvent légalement faire ce que bon leur semble. Au nom de quelle autorité, en effet, une cour suprême pourrait-elle s'élever contre leur omnipotence ?

¹⁵⁶⁾ Dubs a bien reconnu ce dualisme en parlant de: „Diese Doppelnatür einer Bundesverfassung aus einer Mischung von Vertrag und Gesetz . . .“ Cf. Dubs, 2e partie, p. 41.

Mais n'avons-nous pas, là aussi, l'explication de la moindre faveur dont l'idée du contrôle judiciaire a bénéficié en Suisse? Sans doute nous percevons chez nous, dans l'origine et dans la structure politique de notre pays, un dualisme semblable à celui qui existe aux Etats-Unis. Mais nous le percevons bien moins nettement. La Constitution de 1789 ne devint valable pour les Etats que pour autant que chacun d'eux l'acceptât. Elle conserve aujourd'hui encore un caractère fortement contractuel, puisque pour la réviser il faut le consentement des trois quarts des Etats particuliers. En Suisse, au contraire, la Constitution de 1848 ne fut acceptée que par quinze cantons et demi et subie par les six et demi autres, qui l'avaient expressément repoussée¹⁵⁷⁾. De plus, pour opérer sa révision comme pour opérer celle de la Constitution de 1874, il suffit de la double majorité du peuple et des cantons. Nous en concluons:

1. que l'élément contractuel de la Constitution suisse est sensiblement plus faible que celui de la Constitution américaine;
2. que, par conséquent, le dualisme nécessaire à la justification de la distinction entre constitution et loi ordinaire est également plus faible;
3. qu'en conséquence enfin le contrôle judiciaire de la constitutionnalité de la loi fédérale s'explique et se justifie bien mieux aux Etats-Unis qu'en Suisse.

Toutefois ce contrôle se justifiera aussi en Suisse tant que sera maintenue la distinction entre la constitution, oeuvre du peuple et des cantons, et la loi, oeuvre du peuple seul ou de ses représentants. Tout ce qui tend à renforcer cette distinction favorise le contrôle judiciaire, dont il est par conséquent naturel de trouver les défenseurs dans le camp des fédéralistes. Mais tout ce qui tend à atténuer cette distinction affaiblit du même coup la cause du contrôle judiciaire. Comme la Constitution de 1874, après celle de 1848, a incontestablement été à la fois centralisatrice et

¹⁵⁷⁾ Fleiner, p. 9.

démocratique, elle a doublement atténué la distinction entre constitution et loi ordinaire. Elle a accentué la prédominance du peuple tout en limitant l'autonomie des cantons. Que dans ces conditions le principe du contrôle judiciaire des lois fédérales, bien que justifié encore par la logique théorique, le soit beaucoup moins qu'aux Etats-Unis, c'est ce qui paraît incontestable. Quant à l'avenir et pour autant que la logique influe sur le cours des choses politiques, son sort nous paraît donc lié à celui du fédéralisme. Si le peuple suisse était amené à restituer aux cantons une autonomie dont depuis un siècle il les a peu à peu dépouillés, il devrait logiquement accentuer à nouveau la distinction entre la constitution et la loi. Pour cela et pour subordonner celle-ci à celle-là, le contrôle judiciaire serait sans doute un moyen très efficace.

Voilà, me semble-t-il, les enseignements de la logique. Mais où donc, dans les affaires humaines, la logique a-t-elle jamais triomphé ?

Une institution technique comme le contrôle judiciaire doit naturellement sa faveur ou sa défaveur bien plus aux effets qu'on en constate ou qu'on en escompte, qu'à la place que lui assigne la logique dans l'organisation générale de l'Etat. Quels seraient les effets du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales si on l'établissait en Suisse ? La législation fédérale en serait-elle améliorée, comme l'espèrent ses amis ? Ou, comme le redoutent ses adversaires, le Tribunal fédéral serait-il exposé plus encore qu'il l'est aujourd'hui, dans le choix de ses membres tout au moins, à des influences politiques ? L'exemple des Etats-Unis semble indiquer que ces deux effets se produiraient probablement l'un et l'autre. Lequel l'emporterait sur l'autre ?

Voilà ce qu'il appartient à la Société Suisse des Juristes d'apprendre au peuple helvétique. Si notre exposé a pu apporter au débat quelques éléments d'appréciation nouveaux, son but aura été atteint.
