

Introduction

Jour après jour, je vois des Américains – de toutes origines ethniques, de toutes religions, de toutes nationalités, de tous bords – tâcher de résoudre leurs différends en salle d'audience. Il n'en a pas toujours été ainsi. En des temps plus reculés, aux États-Unis ou ailleurs, les individus et les collectivités humaines ne réglaient pas leurs conflits dans des salles d'audience et conformément au droit, mais dans la rue et par la violence. Nous tous, Américains, nous attachons une grande valeur aux coutumes et aux institutions qui nous ont aidés à nous engager dans cette voie nettement préférable. Et nous ne nous contentons pas d'espérer, nous pensons continuer à l'avenir de résoudre nos litiges conformément à la loi, aussi sûrement que nous continuerons d'organiser des élections pour choisir notre président et désigner notre Congrès. Nos convictions reflètent la force de notre Constitution et des institutions qu'elle a créées.

La forme et la formulation de notre loi fondamentale ont contribué à sa pérennité. Ce texte bref – sept articles et vingt-sept amendements – est surtout centré sur l'architecture de notre gouvernement. Ses dispositions composent un ensemble simple et cohérent qui permet au lecteur d'en comprendre aisément le contenu et le gouvernement qu'il dessine. Enfin, il rattache directement l'autorité de ce gouvernement à une source unique de pouvoir légitime – « Nous, Peuple des États-Unis * ... »

* Référence au « Préambule » de la Constitution : « Nous, Peuple des États-Unis, en vue de former une Union plus parfaite, d'établir la justice, de faire régner

Mais si sages soient-ils, des mots couchés sur le papier ne suffisent pas à préserver une nation. Benjamin Franklin voyait juste quand, en 1787, à la question d'une habitante de Philadelphie, il répondit que la Convention constitutionnelle avait créé « une république, madame, si vous êtes capable de la préserver ». Les institutions distinctes forgées par la Constitution – le Congrès, le pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire – étaient destinées à donner forme à un gouvernement garantissant que la démocratie et la liberté ne soient pas de vaines promesses. Mais qu'est-ce qui permettrait à la Constitution de ne pas seulement fonctionner en théorie, mais également dans la pratique ? Comment la nation américaine pourrait-elle s'assurer que les limites fixées par cette Constitution soient respectées, que nos concitoyens jouissent de ses protections essentielles, que notre système judiciaire tranche les litiges équitablement et de manière impartiale et que nos tribunaux rendent la justice ?

Alexander Hamilton et plusieurs autres auteurs de la Constitution considéraient qu'une Cour suprême apporterait une partie de la réponse à ces questions. Cette Cour interpréterait la loi et, ce faisant, elle imposerait les limites inscrites dans le texte fondamental. Elle contribuerait à asseoir un système politique démocratique et sauvegarderait ainsi les droits et libertés constitutionnels des individus. En fait, comme l'a souligné l'historien Gordon Wood, « en protégeant les droits de toutes sortes de minorités contre les majorités populaires », la Cour « deviendrait un instrument primordial tant pour mettre un frein à la démocratie [américaine] que pour la préserver¹ ».

Du point de vue des pères fondateurs, la Cour contribuerait à préserver la *démocratie viable* dont la Constitution visait la création. J'ai déjà abordé ce thème de la Cour et de la démocratie, en expliquant comment cette notion constitutionnelle affecte l'interprétation judiciaire de presque tout le texte de la loi fondamentale, mais aussi en quoi l'objectif démocratique de la Constitution suppose un public qui prenne une part active à

la paix intérieure, de pourvoir à la défense commune, de développer le bien-être général et d'assurer les bienfaits de la liberté à nous-mêmes et à notre postérité, nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique » (NdT).

la vie politique de la nation. Cet ouvrage est surtout consacré au rôle de la Cour suprême dans le maintien d'un système de gouvernement constitutionnel viable. On y aborde la manière dont l'opinion publique et la Cour peuvent contribuer au bon fonctionnement de la Constitution. Et on y montre pourquoi la Constitution part nécessairement du principe que le citoyen américain ordinaire sait retenir les leçons de l'histoire de son pays et comprend le mode de fonctionnement du gouvernement².

Ce livre aborde avant tout deux séries de questions. La première concerne la reconnaissance par l'opinion de la légitimité des décisions de la Cour. Quand cette dernière interprète le droit, les autres pouvoirs suivent-ils ces interprétations ? Et le citoyen au sens large ? Exécutera-t-il aussi bien les décisions de la Cour qu'il estime erronées et celles qui sont hautement impopulaires ? Nous sommes nombreux à considérer une réponse positive à ces questions comme acquise, mais ce n'est pas toujours le cas. En évoquant des exemples puisés dans l'histoire de la nation américaine, la première partie de cet ouvrage montre comment, après des débuts précaires, l'autorité de la Cour n'a fait que croître. On y décrit de quelle manière elle a été investie d'un pouvoir d'interpréter la Constitution qui fait autorité, en invalidant des lois votées par le Congrès qu'elle jugeait en conflit avec la loi fondamentale. Et on poursuit cette réflexion en décrivant plusieurs occasions où les décisions de la Cour suprême ont été ignorées ou désobéies, où l'approbation de ces décisions par le président ou par l'opinion publique a été gravement remise en cause. Ces exemples de l'infirmité de la Cour – peut-être stupéfiants de nos jours – démontrent que le consentement du citoyen n'est pas automatique et qu'il ne peut être tenu pour acquis. La Cour doit elle-même préserver la foi que le public place en elle, la confiance du corps social dans la Constitution, et l'engagement du public envers la règle de droit.

La deuxième partie étudie de quelle façon la Cour s'acquitte de ses responsabilités constitutionnelles. La clef réside dans l'aptitude de la Cour à appliquer les valeurs pérennes de la Constitution à des circonstances changeantes. En menant à bien cette tâche élémentaire d'interprétation, l'institution doit faire un emploi judicieux d'une panoplie d'outils

juridiques façonnés par la tradition au service d'une approche pragmatique dans l'interprétation du droit. Elle doit comprendre que ses actes ont un impact dans le monde réel. Et elle doit reconnaître et respecter les rôles respectifs des autres institutions du gouvernement. En tenant de sa propre expérience et de sa compétence ainsi que de celles d'autres institutions, elle peut contribuer à une mise en œuvre plus efficace du droit et atteindre ainsi l'objectif fondamental de la Constitution : créer une forme de gouvernement démocratique qui soit viable.

Dans la deuxième partie, mon argumentation se fonde sur des exemples tirés de l'histoire et de l'époque actuelle, illustrant les rapports de la Cour avec le Congrès, avec le pouvoir exécutif, avec les États américains, les autres cours et les cours ayant siégé à des époques antérieures. Mon but est en partie de montrer comment la Cour peut construire des relations de travail fécondes avec d'autres institutions – sans abdiquer son propre rôle de gardien de la Constitution.

Son rôle dans la protection des libertés individuelles soumet ces relations à de singuliers défis, dont certains sont abordés dans la troisième partie. J'y explique comment cette protection implique souvent de se livrer à un travail de recherche des valeurs permanentes inhérentes à certaines formules constitutionnelles. J'y décris une méthode (la proportionnalité), utile quand on veut appliquer ces valeurs aux situations complexes du monde contemporain. Et j'y évoque l'internement des Japonais pendant la Seconde Guerre mondiale ainsi que les récentes affaires de Guantánamo pour illustrer la difficulté de trouver le juste équilibre entre liberté et sécurité quand un président agit en temps de guerre ou face à des impératifs de sécurité particuliers.

Tout au long de ces pages, je soutiens que la Cour doit interpréter les mots couchés sur le papier, que ce soit celui de la Constitution ou celui d'une loi, en se servant d'outils juridiques classiques, le texte, l'histoire, la tradition, le précédent et, en particulier, les intentions et les conséquences qui en découlent, pour rendre la loi plus efficace. Ainsi, elle peut entretenir la confiance du citoyen dans la légitimité de son rôle interprétatif.

Les diverses méthodes que je décris dans les deuxième et troisième parties sont cohérentes. Elles constituent un ensemble d'approches pragmatiques dans l'interprétation de la loi.

Elles apportent un point de vue général sur la manière dont un juge attaché au pragmatisme peut trancher dans le type d'affaires qui constituent la mission de la Cour suprême. Je ne prétends pas que les juges doivent trancher dans toutes les affaires judiciaires avec pragmatisme. Mais je suggère aussi qu'en comprenant que ses actes ont des conséquences dans le monde réel et qu'en tenant compte de ces conséquences, la Cour peut contribuer à un fonctionnement plus efficace du droit. De ce fait, elle est mieux à même d'atteindre l'objectif fondamental de la Constitution : créer un gouvernement démocratique viable. Ce qui lui permet de préserver la confiance du public dans la légitimité de son rôle d'interprétation. Ce point, qui boucle la boucle avec la première partie du livre, est essentiel.

Au bout du compte, c'est la confiance du citoyen qui permet à la Cour de s'assurer que la Constitution ne soit pas qu'un chiffon de papier. C'est elle qui donne à la Cour les moyens de s'assurer que la Constitution fonctionne démocratiquement, qu'elle protège la liberté individuelle et qu'elle œuvre dans la pratique dans l'intérêt de tous les Américains. Ce livre explore par quels moyens, selon moi, la Cour peut entretenir cette confiance et assumer sa responsabilité : contribuer à garantir la pérennité de la Constitution.