

Rapport États-Unis (Version Préliminaire, 1 Sept. 2026)

ILF Table Ronde Internationale 2026: « Constitution et Pratiques Anticonstitutionnelles »

Lisa Hilbink, Professeure Invitée, ILF/DICE, FDSP – Aix-Marseille Université

(NB : J'ai rédigé ce projet de rapport en anglais et en ai mis la version originale à disposition sur l'intranet de l'ILF pour les personnes intéressées. J'ai utilisé le Llama2 :70b LLM pour traduire le document en français, puis je l'ai révisé pour aboutir à cette version. Veuillez m'excuser pour les éventuelles maladresses ou erreurs de français.)

Cette année, 2026, les États-Unis ont célébré le 250^e anniversaire de leur Déclaration d'Indépendance, dont le texte constitue un manifeste des valeurs fondamentales qui ont guidé la rédaction de la Constitution douze ans plus tard. Sa centralité à l'identité nationale des États-Unis¹ et à la compréhension de l'objet de la Constitution a été soulignée aussi bien par les conservateurs que par les progressistes.² Abraham Lincoln lui-même a considéré la Déclaration comme l'« apple of gold », l'idéal moral « fitly spoken », que le « silver picture [frame] » de la Constitution a été conçu pour embellir et préserver.³

Outre la célèbre introduction de la Déclaration qui affirme les vérités morales « évidentes » de l'égalité humaine universelle et des droits naturels ("la vie, la liberté et la poursuite du bonheur"), le document a catalogué 27 griefs contre les abus de pouvoir du roi

¹ Jill Lapore, *These Truths: A History of the United States*, New York: W.W. Norton and Co., 2018. La déclaration est devenue au 19^{ème} siècle la "North Star, creed et covenant" (Stacy Schiff, "What Would the Nation's Founders Think of Trump? 250 Years Later, Here Is the Answer," NYT, 2 mai 2026).

² Scott Gerber, livre 1995 ; Alexander Tsesis, article 2016. Il s'agit également d'un sujet de débat actuel au sein de la Federalist Society. Voir <https://fedsoc.org/no86/module/the-founders/video/9#video-anchor> vs. <https://fedsoc.org/no86/module/the-founders/video/10#video-anchor>.

³ Fragment on the Constitution and the Union, ca. January 1861, *CWL* 4:169. Lincoln faisait référence au livre biblique des Proverbes 25:11, qui dit : "Une parole bien dite est comme des pommes d'or dans des tableaux d'argent." Pour en savoir plus sur la vision de Lincoln de la Déclaration comme une étoile polaire pour le pays, voir Harold Holzer, "Abraham Lincoln's 'Apple of Gold': The Declaration of Independence," *History Now*, Issue 67 (Summer 2023), at: <https://www.gilderlehrman.org/history-resources/essays/abraham-lincolns-apple-gold-declaration-independence>.

George III. Selon l'auteur Stacy Schiff, "dans le compte rendu de Jefferson, le roi avait miné le rule of law, le bien commun, le système judiciaire et le processus politique."⁴ La Déclaration a ainsi fourni plus qu'une déclaration d'intention aspirationnelle pour l'établissement de la nouvelle nation; elle a également clairement établi ce dont le pays s'affranchissait et ce qu'il cherchait à éviter et à transcender dans l'avenir. Si nous acceptons que la Constitution a été écrite par la suite pour servir ces objectifs - ces aversions et aspirations⁵ -, alors on peut dire que 2026 est un anniversaire, sinon de la Constitution des États-Unis elle-même, du moins du projet de constitutionnalisme américaine - c'est-à-dire la théorie selon laquelle le gouvernement au plus haut niveau "doit être organisé et contraint par un ensemble de règles constitutionnelles"⁶ pour éviter la despotisme et la tyrannie, sauvegarder la liberté et soutenir un gouvernement républicain.⁷

Il est plutôt tragique, donc, que dans cette année marquante, il y ait tellement de choses d'actualité pertinentes à dire sur le sujet de la « Constitution et les pratiques anticonstitutionnelles » aux États-Unis. Bien que les pratiques qui bafouent, déjouent ou sont assertées comme étant au-delà de la portée de la Constitution aient été présentes dans le paysage politique américain depuis le début,⁸ dans ce rapport, je vais soutenir que les schémas d'action

⁴ "Schiff NYT Mai 2 2026. Parmi les griefs spécifiques que Jefferson a énoncés, on peut citer : « Il a refusé son assentiment à des lois, les plus salutaires et nécessaires pour le bien public ; » « Il a interdit à ses gouverneurs de passer des lois d'une importance immédiate et urgente, s'ils n'ont pas obtenu son assentiment, et, lorsque cela a été suspendu, il a complètement négligé de s'en occuper ; » « Il a rendu les juges dépendants de sa volonté unique, quant à la durée de leurs fonctions et au montant et au paiement de leurs traitements ; » « Il a cherché à rendre les militaires indépendants et supérieurs au pouvoir civil ; » et, en plus de « nous priver en de nombreux cas des avantages du procès avec jury, » et « de nous transporter au-delà des mers pour être jugés pour des infractions supposées, » « Il a abdiqué le gouvernement ici, en déclarant nous être hors de sa protection et en déclarant la guerre contre nous. »"

⁵ Kim Lane Scheppele, le constitutionnalisme aversif et aspirational, article INFO. Pour des preuves spécifiques de cette finalité, voir *The Federalist* 10, 32, 47 et 48 (James Madison) - citation en ligne ?

⁶ Jeremy Waldron, *Political Theory* ETC p. 25.

⁷ Voir *The Federalist*, op. cit note 5; Martin Loughlin, *Against Constitutionalism*, Harvard University Press 2022, pp. 2-3.

⁸ Voir Stephen Griffin, *American Constitutionalism*, INFO.

sous la deuxième administration de Donald J. Trump ont dépassé le simplement *inconstitutionnel* et/ou de manière sélective (voire agressive) *anticonstitutionnel* pour devenir explicitement et de manière systématique *anticonstitutionnaliste*. Pour étayer mon argumentation, je soutiendrai d'abord l'importance de distinguer conceptuellement entre une 'constitution' et le 'constitutionnalisme,' ainsi qu'entre les termes 'inconstitutionnel,' 'anticonstitutionnel,' et 'anticonstitutionnaliste.'⁹ Comme je vais détailler ci-dessous, le terme 'constitution' renvoie aux règles formelles qui structurent la vie politique, dont les spécificités varient d'une entité politique à l'autre mais qui sont, aujourd'hui, dans la plupart des pays, énoncées dans un texte formel, tandis que 'constitutionnalisme' renvoie à « un ensemble de concepts, de principes et de pratiques pour organiser et limiter le gouvernement afin d'éviter la despotisme; »¹⁰ son "qualité essentielle...est une limitation légale sur le gouvernement" et « son contraire est...le gouvernement de la volonté au lieu de la loi. »¹¹ Je vais soutenir que les actions ou pratiques qui violent des dispositions spécifiques d'une constitution¹² devraient être qualifiées d' 'inconstitutionnelles,' tandis que le terme 'anticonstitutionnel' devrait être réservé pour les actions ou pratiques spécifiques qui sont fondées sur l'affirmation qu'elles tombent dans une sphère de discrétion d'acteurs politiques et devraient rester au-delà de la portée du contrôle de constitutionnalité (c'est-à-dire au-delà d'un contrôle de conformité aux normes constitutionnelles, qu'elles soient de nature procédurale ou matérielle). L'anticonstitutionnalisme, donc, est un terme qui s'applique à des actions ou pratiques basées sur une rejet de la "qualité

⁹ Je reconnais pleinement que certains auteurs (du moins en France) utilisent le terme 'anticonstitutionnel' de manière interchangeable avec inconstitutionnel (voir, par exemple, Vidal Naquet, autres) mais je vais faire le plaidoyer pour réserver le préfixe 'anti-' à un type particulier de pratiques, à savoir celles qui sont en contradiction avec le constitutionnalisme.

¹⁰ András Sajó and Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism* (2017) at p. 13 (cité dans VGL p. 54).

¹¹ Charles McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca : Cornell University Press, 1940, p. 13.

¹² Ou traditions constitutionnelles reconnues, dans les cas, comme celui du Royaume-Uni, où il n'existe pas de document écrit unique qui incarne la "loi supérieure"... ?

essentielle" du constitutionnalisme, à savoir que tous les agents du gouvernement doivent accepter et se conformer aux protocoles et limites établis par la constitution et les lois. Mon argument principal est que, bien que les pratiques inconstitutionnelles devraient concerner quiconque s'intéresse au droit constitutionnel et au constitutionnalisme, les pratiques anticonstitutionnelles et anticonstitutionnalistes sont d'un autre ordre, et leur prolifération indique que le régime politique lui-même est menacé ou en train de subir un changement fondamental de nature.

Concernant le cas des États-Unis, je présenterai trois points:

Tout d'abord, en raison de la nature lapidaire et vague de la Constitution des États-Unis et de la difficulté de modification formelle de celle-ci, les débats sur ce qui est et ce qui n'est pas "inconstitutionnel" - et si cela peut changer au fil du temps - ont été une constante de la vie politique, et bien que les discussions sur les différentes interprétations et les théories interprétatives alternatives aient été intenses,¹³ elles ont eu lieu, au moins depuis la fin de la guerre de Sécession (après 1865), dans le cadre du constitutionnalisme, comme défini ci-dessus.

Cependant (et deuxièmement), à côté de cela, nous pouvons retracer une longue histoire de ce que je qualifie de pratiques anticonstitutionnelles, c'est-à-dire des schémas d'action, pour la plupart du pouvoir exécutif, basés sur des arguments selon lesquels certains domaines et/ou circonstances tombent dans une sphère de discrétion ou de prérogative alléguée, et sont ou devraient être au-delà de tout contrôle institutionnel ou légal. Bien que nous puissions trouver des exemples périodiques de telles pratiques à travers l'histoire des États-Unis, elles ont augmenté de manière significative avec le démarrage de la Guerre froide et (encore) avec la «guerre contre le terrorisme », alimentées par des revendications exécutives selon lesquelles la

¹³ Stephen Griffin 1998, op cit note XX, at PAGES; Tushnet in Goldsworthy

réponse aux menaces de sécurité nationale nécessitait que l'exécutif soit libéré des contraintes constitutionnelles. En outre, le développement de la théorie de l'exécutif unitaire pendant les années Reagan a introduit une interprétation novatrice du texte de l'article II qui offre un raisonnement formellement constitutionnel mais substantiellement anticonstitutionnel¹⁴ pour marginaliser le Congrès de la réglementation et de la surveillance de la bureaucratie fédérale et pour permettre au Président de commander et de contrôler unilatéralement tous les employés fédéraux.¹⁵ En bref, les pratiques anticonstitutionnelles (et les arguments les justifiant) ont été une partie du paysage politique américain pendant de nombreuses années.

Cependant, ma troisième observation est que l'administration actuelle a dépassé, tant quantitativement que qualitativement, les pratiques inconstitutionnelles et même anticonstitutionnelles du passé, en adoptant des comportements qui ignorent, contournent, affaiblissent, moquent et parfois défient les structures et les limites établies par la Constitution des États-Unis. Comme l'historien Heather Cox Richardson l'a dit, "Depuis le moment où il a pris fonction en janvier 2025", Trump et ses collaborateurs "n'ont pas simplement défié les lois ou les dispositions constitutionnelles. Ils ont agi comme si la Constitution n'existait pas." Plutôt que « d'accepter l'ordre constitutionnel et de travailler dans le cadre de ceci pour le contester, » ils ont démontré par la parole et par les actes qu'ils "rejettent l'ordre constitutionnel tout court."¹⁶ Cela se manifeste dans trois catégories de pratiques: celles qui rejettent les principes fondamentaux des pouvoirs limités et énumérés; celles qui rejettent la procédure régulière, la

¹⁴ Cela pourrait être compris comme un exemple (en slow-motion?) de "constitutionnalisme abusif" (Landau 2013).

¹⁵ Bien que la Cour suprême ait excepté la Réserve fédérale de cette règle dans *Trump c. Cook* (29 juin 2026).

¹⁶ Heather Cox Richardson, Letters from an American, July 26, 2026, https://open.substack.com/pub/heathercoxrichardson/p/july-26-2026?r=9bqd5&utm_campaign=post&utm_medium=email

responsabilité juridique, et l'autonomie du droit; et celles qui rejettent l'idée que le peuple est souverain et que le gouvernement est censé servir le public ("We the People").¹⁷

Pour avancer cette argumentation, cet article se déroulera en quatre parties. La partie I offrira une clarification conceptuelle des termes constitution et constitutionnalisme, et élaborera la distinction entre les pratiques inconstitutionnelles, anticonstitutionnelles et anticonstitutionnalistes. La partie II donnera un aperçu rapide des pratiques inconstitutionnelles et anticonstitutionnelles passées aux États-Unis, établissant les contours *de facto* et les limites à la constitutionnalité américaine qui ont précédé l'actuelle administration. La partie III classifiera les pratiques anticonstitutionnelles de l'administration Trump II et élaborera les moyens dont elles sont fondées sur l'anticonstitutionnalisme. La partie IV résumera brièvement le rôle et/ou les réponses à ces pratiques anticonstitutionnelles de la part des autres pouvoirs de l'État, et mettra en évidence les défis de contenir les forces anticonstitutionnalistes et de dépasser cet instant anticonstitutionnel.

I. Conceptual clarifications

Avant de présenter mes réflexions sur le cas des États-Unis, il est important de clarifier ma compréhension et mon utilisation des deux concepts clés invoqués dans le titre de la Table Ronde Internationale 2026, à savoir 'constitution' et 'pratiques anticonstitutionnelles.' Je commence par la distinction entre les 'large-C' et les 'small-c' constitutions (C-majuscule et c-minuscule) comme l'a exposé David Law.¹⁸ Selon le professeur Law, une 'large-C' constitution est un texte (ou un ensemble de textes) qui « (1) proclame son propre statut de loi suprême ou

¹⁷ Jamelle Bouie, "Trump Has Gone From Unconstitutional to Anti-Constitutional," *New York Times*, March 19, 2025, at <https://www.nytimes.com/2025/03/19/opinion/trump-musk-constitutional-unconstitutional.html>

¹⁸ See David S. Law, "Constitutions", Peter Cane and Herbert Kritzer (eds) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press, 2010) 377.

fondamentale, (2) prétend dicter la structure, les contours et les pouvoirs de l'État, et (3) peut également être formellement ancré, c'est-à-dire plus difficile à modifier ou à abroger que les autres lois. »¹⁹ Elle se compose des normes 'sur le papier,' le texte express ou lettre de la loi qui établit la structure *de jure*, les procédures et les limites pour l'exercice légitime du pouvoir de l'État. La plupart des pays du monde ont une 'large-C' constitution ainsi définie, les textes desquelles sont facilement accessibles et comparables en ligne.²⁰ Pourtant, les analystes contemporains intéressés par la classification et l'explication du comportement et des résultats politiques soulignent l'écart entre la constitution 'large-C' et les pratiques politiques, en soulignant qu'il n'est guère possible de lire ou de prédire ces derniers à partir des premiers.²¹ Dans de nombreux pays, en particulier mais pas exclusivement dans la tradition common law, 'la constitution' - c'est-à-dire ce qui est considéré comme la 'loi supérieure' - est également entendu comme incluant les décisions judiciaires, la doctrine, les traités et les conventions (c'est-à-dire les règles d'usage non écrites).²² Certains étiquettent ces sources supplémentaires, écrites et non écrites, la 'small-c' constitution.²³ D'autres adoptent la définition de David Law d'une 'small-c' constitution comme « le corps de règles, de pratiques et de compréhensions, écrites ou non écrites, qui détermine réellement qui détient quel genre de pouvoir, dans quelles conditions, et soumis à quelles limites. »²⁴ Cette définition, qui met l'accent sur les pratiques ou les schémas

¹⁹ Ibid. C'est ce que Karl Loewenstein a appelé il y a environ 50 ans « une Constitution au sens formel », composée « d'un seul (ou, selon le cas, de plusieurs) documents écrits qui articulent de manière verbale et dans une suite logique de topics, les règles les plus importantes, bien que pas nécessairement toutes, qui régissent le processus politique de la communauté. » Karl Loewenstein, *CONSTITUTIONS ET DROIT CONSTITUTIONNEL AUX USA ET EN EUROPE*, *The Indian Journal of Political Science*, juillet-septembre 1969, vol. 30, no 3 (juillet-septembre 1969), pp. 203-248, p. 207.

²⁰ Voir <https://www.constituteproject.org/>

²¹ CITE.

²² David Strauss; Adam Chilton and Mila Versteeg, "Small-c Constitutional Rights", Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No. 894 (2019).

²³ Chilton and Versteeg 2019;

²⁴ David S. Law, "Constitutions", Peter Cane and Herbert Kritzer (eds) *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (Oxford University Press, 2010) 377.

d'action *de facto*,²⁵ rappelle la conception plus traditionnelle et 'matérielle' d'une constitution qui remonte à Aristote.²⁶

Cette distinction conceptuelle entre une constitution 'large-C' et une constitution 'small-c' nous rappelle que la conduite de la vie politique ne sera presque jamais parfaitement contenue dans les limites du document constitutionnel écrit. Il y a toujours un écart entre la lettre et la pratique du droit.²⁷ Pourtant, cela ne signifie pas que nous devrions ou puissions ne considérer que 'la constitution' dans les termes 'small-c' de Professeur Law, c'est-à-dire en pratique observable. Cela rendrait le terme 'anticonstitutionnel' dépourvu de sens. Le critère pour étiqueter une action comme étant contre ou en violation d'une constitution donnée ne peut donc pas être simplement qu'elle n'est pas explicitement codifiée dans le texte constitutionnel.

Pour cette raison, les chercheurs en droit constitutionnel comparé ont souvent insisté sur la distinction entre une constitution (dans le sens 'large-C') et le constitutionnalisme, en soulignant que si bien tous les pays ont une constitution, ils n'adhèrent pas ni pratiquent pas tous le constitutionnalisme.²⁸ Comme indiqué dans l'introduction, « le constitutionnalisme » décrit « un ensemble de concepts, de principes et de pratiques »²⁹ qui établissent " une limitation légale sur le gouvernement." ³⁰ Il dénote une adhésion à un système de croyances et de pratiques, « un certain ethos de gouvernement »³¹, qui vise à garantir que « l'autorité du gouvernement [est]

²⁵ Marlies Glasius CITE

²⁶ Aristotle, *Politics* – CITE; Loewenstein 1969; Maddox?

²⁷ Mark Tushnet, *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*, 2018, p. 12: « La pratique dans presque tout pays ne correspondra pas à certains aspects de sa constitution formelle, du moins depuis une perspective » mais les « défaillances » sont de « degrés de gravité variables ».

²⁸ Mila Versteeg, Tom Ginsburg, and David Landau, *Comparative Constitutional Law* INFO, p. 53. Giovanni Sartori, "Constitutionalism. A Preliminary Discussion," *American Political Science Review* 56, pp. 855- Charles McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca : Cornell University Press, 1940, p. 13.

²⁹ András Sajó and Renáta Uitz, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism* (2017) at p. 13 (cité dans VGL p. 54).

³⁰ Charles McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca : Cornell University Press, 1940, p. 13.

³¹ Martin Loughlin 2022, at 3.

exercée uniquement en accord avec les normes constitutionnelles » qui « ne peuvent pas être suspendues, contournées ou dédaignées par les organes politiques du gouvernement ».³² Les constitutionnalistes prennent les normes constitutionnelles au sérieux comme un moyen d'organiser et de restreindre le pouvoir du gouvernement, et bien que les constitutions puissent différer dans leurs dispositions spécifiques, le constitutionnalisme est fondé sur une opposition « à différentes formes d'absolutisme ».³³ En effet, le constitutionnalisme en tant qu'idéal régulateur a été développé en réponse et comme une rejection de la puissance illimitée des monarchies absolues, où le souverain pouvait fonctionner comme *legibus solutus*, non contraint par une loi supérieure.³⁴ Le constitutionnalisme vise à prévenir le « gouvernement despotique, le gouvernement de la volonté plutôt que de la loi ».³⁵ Comme l'a argumenté Giovanni Sartori, les (large-C) constitutions détachées *de jure* ou *de facto* de la fin (*telos*) constitutionnaliste de garantir les libertés politiques des citoyens en restreignant le pouvoir arbitraire et en limitant le gouvernement sont soit des documents « nominaux » (descriptifs mais non contraignants) soit des documents « de façade » (de pure apparence).³⁶

Introduire le constitutionnalisme dans la discussion attire ainsi notre attention sur deux choses au-delà du texte constitutionnel lui-même : 1) les processus institutionnalisés pour déterminer si et lorsque les actions des acteurs politiques sont en violation des normes constitutionnelles; et 2) comment les acteurs politiques – en particulier les exécutifs – opèrent vis-à-vis du constitutionnalisme, en travaillant au sein du système de contrôle constitutionnel ou, à l'inverse, en cherchant à le contourner entièrement. Cela, je le soutiens, nous amène à envisager

³² Louis Henkin, "Elements of Constitutionalism," *The Review: International Commission of Jurists* 60 (1998), pp. 11-12, cited in Mila Versteeg, Tom Ginsburg, and David Landau, *Comparative Constitutional Law* INFO, p. 54.

³³ Jeremy Waldron, *Political Theory*, pp. 24-5.

³⁴ Stephen Holmes, *Passions and Constraint*, INFO p. 6:

³⁵ Charles McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca : Cornell University Press, 1940, p. 13.

³⁶ Giovanni Sartori, "Constitutionalism. A Preliminary Discussion," *American Political Science Review* 56, pp. 855-

des distinctions conceptuelles dans diverses pratiques qui sont en conflit avec la constitution. Plus précisément, j'affirme que nous pouvons et devrions distinguer entre les pratiques *inconstitutionnelles*, c'est-à-dire celles que les interprètes constitutionnels désignés (le plus souvent des juges) estiment être en violation de dispositions spécifiques d'une constitution; les actions ou pratiques *anticonstitutionnelles*, c'est-à-dire celles basées sur l'affirmation qu'elles tombent dans une sphère de discrétion des acteurs politiques et devraient rester hors de portée d'un contrôle de conformité aux normes constitutionnelles; et l'*anticonstitutionnalisme*, c'est-à-dire les actions ou pratiques basées sur le rejet de la « qualité essentielle » du constitutionnalisme, à savoir que tous les agents de l'État doivent accepter et respecter les protocoles et les limites établis par la constitution et les lois.

Cette distinction peut être justifiée au niveau sémantique de base, étant donné que le préfixe "in-" est utilisé pour indiquer l'absence ou l'opposé du terme qu'il précède, tandis que "anti" suggère une résistance active ou une hostilité à l'égard du concept qui suit. Lorsqu'on applique le terme 'inconstitutionnel' à quelque chose (une proposition, une action, ou une pratique) qui n'a pas de soutien dans la constitution, la charge tombe sur l'individu ou le corps chargé de déterminer la constitutionnalité de démontrer, par un argument raisonné, qu'il viole une ou plusieurs dispositions spécifiques de la constitution. Les différents acteurs peuvent argumenter de bonne foi sur ce que la constitution permet ou ne permet pas, avant, pendant et après une décision officielle sur la constitutionnalité. Mais tous acceptent que la constitution a de l'importance (c'est-à-dire que ses normes sont valides et contraignantes), c'est-à-dire que les limites et les règles qu'elle établit doivent généralement ancrer, structurer et (parfois) limiter, la prise de décisions et d'actions politiques. Par contraste, lorsque une proposition, une action ou une pratique est explicitement ou implicitement fondée sur une affirmation qu'elle est une

question de discrétion ou de prérogative, échappant au contrôle de conformité aux normes constitutionnelles, le terme 'anticonstitutionnel' semble plus approprié. Contrairement au cas des pratiques inconstitutionnelles, l'évitement ou le contournement délibéré des normes et/ou des procédures établies par la Constitution témoignent d'une opposition active aux limites constitutionnelles ou de leur rejet, au moins dans des circonstances exceptionnelles ou des domaines spécifiques (tels que les urgences ou la sécurité nationale). Lorsque cette hostilité à l'égard du contrôle et des contraintes constitutionnels se généralise, et que les acteurs cherchent à "démanteler les vérifications légales et constitutionnelles sur les pouvoirs exécutif et/ou législatif, ainsi que à déformer ou à subvertir les règles démocratiques et constitutionnelles du jeu",³⁷ les pratiques peuvent être décrites comme 'anticonstitutionnalistes'. Les pratiques anticonstitutionnalistes reflètent du mépris pour les principes, les normes et les institutions constitutionnelles et font partie d'un effort pour remplacer ces normes et sources de légitimité par des alternatives qui permettent de pouvoir consolidé et non contrôlé.³⁸

Le défi pérenne du gouvernement constitutionnel est de garantir l'adhésion aux normes de droit supérieur qui les acteurs politiques ont "la motivation, les moyens et l'opportunité de rendre... inefficaces".³⁹ La défense et la préservation de la constitution nécessitent une vigilance éternelle (particulièrement mais pas exclusivement de la part des juristes) pour identifier et présenter devant les forums institutionnels désignés (souvent des tribunaux) les pratiques jugées contraires à des dispositions constitutionnelles spécifiques. Bien que la lutte pour obtenir que les tribunaux reconnaissent et condamnent certaines pratiques comme anticonstitutionnelles puisse

³⁷ Krygier 2022 pp. 6-7.

³⁸ See Gábor Halmai's description of the regimes of Hungary under Viktor Orban and Poland under the Law and Justice Party (PiS) as "anti-constitutional to the core" (Krygier 2022 DETAILS). See also Konciewicz "Anti constitutional commandments" article on Poland...break with constitutional principles. CITE.

³⁹ Stephen Griffin 1998, p. 15.

être longue et difficile, dans la mesure où toutes les parties acceptent le processus et le résultat pour évaluer leur constitutionnalité, le constitutionnalisme, comme défini ci-dessus, est préservé. Cependant, l'émergence et l'expansion de pratiques anticonstitutionnelles dans un régime qui autrement accepte et respecte le constitutionnalisme et l'État de droit devraient mettre les défenseurs de la constitution en haut d'alerte. Selon le modèle "État double" (dual state) d'Ernst Fraenkel, « l'État de prérogative » a une nature expansionniste;⁴⁰ ainsi, lorsque les acteurs politiques commencent à créer et à chercher à justifier des zones de discrétion, affirmant qu'ils sont et devraient être au-delà de la portée de la révision légale indépendante, les défenseurs de la constitution devraient réagir énergiquement pour freiner une telle expansion. De plus, si et lorsque les acteurs politiques commencent à manifester un mépris systématique et ouvert pour les "valeurs, pratiques et contraintes institutionnelles"⁴¹ constitutionnalistes, alors le régime tout entier est en danger. Il est temps de déclarer un incendie majeur et de dépasser les formes et les lieux traditionnels de l'argumentation légale, car, finalement, la défense du constitutionnalisme doit être politique.

GARDER ICI OU DÉPLACER? DE TOUTE FAÇON, FAUT LE DÉVELOPPER :

La question est de savoir où et comment établir la distinction entre un régime constitutionnaliste en général qui abrite/tolère quelques pratiques anticonstitutionnelles (plus ou moins significatives), et un régime anticonstitutionnaliste, où l'« échelle, la portée et la motivation sous-jacente »⁴² sont telles qu'elles changent de nature/forme/classification. Il n'y a pas de ligne objective à traverser, mais lorsque des juristes respectés de partis différents commencent à

⁴⁰ Ernst Fraenkel, *The Dual State*, INFO 1941.

⁴¹ Krygier 2022, p. 6

⁴² Cite source with this quote from Jack Smith; OTHERS?

s'accorder et à prendre des risques divers pour dénoncer et critiquer ce qui se passe comme « sans précédent » ou dépassant les bornes... quelque chose a changé. (“Changement de phase” en physique/chimie ?)

II. Bref aperçu des pratiques inconstitutionnelles et anticonstitutionnelles aux États-Unis avant Trump 2.0

On attribue souvent aux États-Unis la création de la première constitution au monde écrite et destinée à être juridiquement contraignante, aussi bien l'invention de l'idée du contrôle juridictionnel (judicial review), menant ce qui deviendra une tendance mondiale.⁴³ Pourtant, malgré avoir insisté sur la nécessité d'écrire les principes et les règles qui s'appliquent aux gouvernants et aux gouvernés, "les mots spécifiques du texte ont joué, au mieux, un rôle mineur" dans les débats sur ce que la Constitution exige.⁴⁴ Cela découle en partie de la brièveté du document, de la nature générale et "plus ou moins équivoque"⁴⁵ de nombreux termes, et de l'absence de clarté sur "comment les branches devraient s'articuler entre elles".⁴⁶ De plus, la règle d'amendement prévue à l'article V (généralement, 2/3 des deux chambres du Congrès, plus la ratification par ¾ des états) « revient, en pratique, à exiger l'unanimité pour approuver tout amendement », ⁴⁷ rendant ainsi le changement constitutionnel formel extrêmement difficile et rare. Ainsi, au fil du temps, de nombreux termes du texte constitutionnel "semblent archaïques et mal adaptés pour faire face aux questions sociales et économiques qui se sont posées".⁴⁸

⁴³ Lepore 2018, p. 240; Stone Sweet chapter.

⁴⁴ David A. Strauss, Common Law Constitutional Interpretation, 63 U. Chi. L. Rev. 1996 p. 877.

⁴⁵ The Federalist number 37

⁴⁶ Mark Tushnet, "US: Eclecticism and Pragmatism," in Jeffrey Goldsworthy, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, 2006, at p. 17.

⁴⁷ Griffin 1998, p. 29

⁴⁸ Tushnet 2006, p. 17.

Le texte 'large-C' n'est pas sans importance; la Constitution écrite est restée au centre des débats politiques, ancrant la pratique politique. Mais en raison de sa brièveté, de sa généralité et de sa rigidité formelle, elle ne peut pas définir--et ne fixe pas — les limites de l'action légitime de l'État.⁴⁹ En effet, comme le note Mark Tushnet, certains aspects de la Constitution des États-Unis, tels que les relations inter-branches, "ont été 'interprétés' par la pratique politique plutôt que par une décision raisonnée,... Les compromis politiques conclus entre le Président et le Congrès *sont* simplement ce que la Constitution signifie."⁵⁰ Ainsi, Stephen Griffin soutient que le constitutionnalisme américain se définit le mieux comme "une pratique politique fondée sur le texte dans laquelle les interprètes autorisés peuvent créer de nouvelles normes constitutionnelles".⁵¹

Cependant, même si ce qui est considéré comme constitutionnel est souvent déterminé par la pratique, les acteurs politiques «invoquent souvent les ressources rhétoriques offertes par la Constitution (large-C)»⁵² et se tourner vers les tribunaux pour contester la validité constitutionnelle des décisions ou des actions politiques. En effet, depuis *Marbury v. Madison* (1803), la version officielle veut que l'interprétation constitutionnelle aux États-Unis est "emphatiquement de la compétence et du devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit", avec une suprématie judiciaire réarticulée et renforcée dans *Cooper v. Aaron* (1958).⁵³ D'imposants ouvrages ont été rédigés, des générations de juristes formées et des carrières entières bâties autour des théories concernant la façon dont les juges peuvent et devraient décider ce qui est 'inconstitutionnel'. Ces théories interprétatives vont du textualisme et de l'originalisme, aux

⁴⁹ Griffin 1998, p. 41

⁵⁰ Tushnet 2006, pp. 20-21.

⁵¹ Griffin 1998, p. 56.

⁵² Tushnet 2006, p. 21

⁵³ Decision issued to address the desegregation crisis in Little Rock, Arkansas (following the *Brown v. Board* decisions of 1954 and 1955 and political resistance thereto).

considérations structurelles et aux appels à la justice, au « representation-reinforcing review » (associé à John Hart Ely⁵⁴), ainsi qu'aux précédents⁵⁵ et même aux considérations "d'administrabilité".⁵⁶ Cependant, il n'y a pas de consensus sur laquelle de ces théories est la meilleure, ni de consistance dans leur application, même par les mêmes juges au fil du temps.⁵⁷ La Cour Suprême elle-même se divise régulièrement sur la question de si, et de quelle manière, une affaire dont elle est saisie contrevient à la Constitution, et une détermination d'inconstitutionnalité peut se baser sur le vote d'un seul juge.⁵⁸

Malgré ce désordre (ou "éclectisme"⁵⁹), les acteurs politiques et la société dans son ensemble ont longtemps accepté le processus et les résultats du contrôle juridictionnel et l'esprit de constitutionnalisme qui l'anime (c'est-à-dire le gouvernement limité par la loi), y compris les arrêts de la Cour Suprême qui ont limité les initiatives de l'exécutif et/ou porté un coup à des intérêts politiques puissants au niveau fédéral⁶⁰:

Quelques exemples (DECIDER LESQUELS CITER DANS LE TEXTE OU DANS UNE NOTE...ou d'autres?)

- *Ex Parte Milligan* 71 U.S. 2, 120-21 (1866) : a déclaré inconstitutionnel l'usage d'un tribunal militaire par (l'ancien) Président Lincoln pour poursuivre des civils, en soulignant que « La Constitution des États-Unis est une loi pour les

⁵⁴ Cite Ely

⁵⁵ David Strauss explique que, conformément à la tradition du common law, le sens de la Constitution évolue et a souvent été décidé en fonction de précédents (« doctrine ») et « de considérations de moralité et de politiques publiques » (Strauss 1996, page).

⁵⁶ Tushnet 2006, pp. 27-43.

⁵⁷ Tushnet 2006; LSR article on originalism; Mark Lemley 2022 <https://harvardlawreview.org/forum/vol-136/the-imperial-supreme-court/>

⁵⁸ Examples?

⁵⁹ Tushnet 2006, p. 47.

⁶⁰ Bien que très importantes dans l'histoire constitutionnelle des États-Unis, les décisions de la Cour suprême limitant les acteurs politiques étatiques (c'est-à-dire subnationaux) ont un motif différent de celui des décisions visant les acteurs fédéraux. CITE.

gouvernants et le peuple, également en temps de guerre et en temps de paix, et couvre du bouclier de sa protection toutes les classes d'hommes, à tout moment, et dans toutes les circonstances. » Ils ont souligné que toute doctrine qui justifie la suspension des dispositions constitutionnelles « au cours de toute grande exigence du gouvernement...mène directement à l'anarchie ou à la despotisme... ».

- *Humphrey's Executor v. U.S.* (1935): arrêt unanime établissant que le Congrès pouvait limiter la capacité du président (Roosevelt) à licencier un commissaire de la Federal Trade Commission (récemment annulé par *Trump v. Slaughter...*)
- *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) : a déclaré inconstitutionnel le décret (executive order) du président Truman pour saisir des usines de production d'acier privées sans autorisation expresse du Congrès, en arguant que « les Pères de la Nation ont confié le pouvoir législatif au Congrès seul, dans les bons comme dans les mauvais moments. » (A établi une schéma de trois niveaux pour évaluer la constitutionnalité de la marge de manœuvre exécutive.)
- *United States v. Nixon* (1974): arrêt unanime selon lequel Nixon ne pouvait pas invoquer le "privilège exécutif" pour refuser de fournir les enregistrements de bandes magnétiques subpoénées dans le cadre d'une procédure criminelle.
- *Morrison v. Olson* (1988): La Cour a statué 7-1 (dissidence de Scalia) en faveur de la constitutionnalité du conseiller indépendant établi par la loi sur l'éthique dans le gouvernement après le scandale de Watergate.
- *Clinton v. City of New York* (1998): Le tribunal a annulé (6-3) la loi sur le veto partiel (Line Item Veto Act-1996), jugeant que la Constitution ne permet pas au

président de modifier ou d'abroger unilatéralement des parties de lois adoptées par le Congrès.

- *Boumediene v. Bush (2008)*: La cour a déclaré inconstitutionnelle la loi de 2006 sur les commissions militaires (MCA) du Congrès, qui refusait l'accès aux pourvois en *habeas corpus* aux combattants ennemis : « Soutenir que les branches politiques peuvent activer ou désactiver la Constitution à volonté aurait pour conséquence un régime dans lequel elles, et non cette Cour, déterminent 'ce qu'est le droit', ce que la loi est. » (Juge Anthony Kennedy pour la majorité)

De plus, comme il est bien connu, les pratiques considérées comme conformes aux normes constitutionnelles à un moment donné de l'histoire ont souvent plus tard été jugées inconstitutionnelles, grâce à une mobilisation légale durable et coordonnée par des acteurs de la société civile, travaillant dans le cadre de constitutionnalisme.⁶¹

Cependant, dans le même temps, et de plus en plus depuis le début de la guerre froide, les acteurs politiques affilié à ou favorable au pouvoir exécutif ont adopté un comportement que j'ai défini ci-dessus comme des pratiques anticonstitutionnelles, à savoir des mesures justifiées par l'argument selon lequel certaines questions et/ou circonstances relèvent — ou devraient relever — de leur pouvoir discrétionnaire, échappant ainsi aux mécanismes de contre-pouvoir et, par conséquent, au contrôle constitutionnel.

Comme le soulignent de nombreux analystes, de telles affirmations de prérogative exécutive sont en désaccord avec l'intention des fondateurs,⁶² et leur généralisation et leur normalisation sont un départ de la pratique historique (depuis la fondation jusqu'au milieu du

⁶¹ Simple Justice CITE: Charles Epp, *The Rights Revolution* (1998).

⁶² See, e.g., CITES: Christine Chabot, Julian DavisMortenson, Peter Shane and Jed Handelsman Shugerman

20ème siècle).⁶³ Selon les termes de Charlie Savage, "les Fondateurs ont été conscients que... l'un des moyens dont le roi britannique avait agi comme un tyran était par le biais de la "prérogative pouvoir" - l'autorité de déroger à une loi si le roi, en utilisant sa propre discrétion, affirmait que lever une statue serait bénéfique pour le public."⁶⁴

Les choses ont commencé à changer avec la Guerre Froide, lorsque le Président Harry Truman a affirmé « pour la première fois dans l'histoire américaine que le titre de commandant en chef lui conférait le pouvoir *inherent* et non écrit de conduire le pays dans une grande guerre à l'étranger » sans la permission préalable du Congrès.⁶⁵ Deux ans plus tard, il a cité ces mêmes pouvoirs dans un ordre exécutif pour saisir l'industrie sidérurgique du pays, mais, comme le souligné ci-dessus, la Cour suprême a annulé l'ordonnance comme une usurpation inconstitutionnelle du pouvoir législatif du Congrès.⁶⁶

- Les présidents suivants (Eisenhower, Kennedy et Johnson) ont également invoqué l'urgence et la nécessité de la discrétion pour justifier l'exercice de pouvoirs de guerre unilatéraux et de décisions de politique étrangère.⁶⁷
- Le terrain était ainsi préparé pour Richard Nixon, qui a poussé l'idée de prérogative présidentielle à de nouvelles hauteurs, en déclarant, même après sa démission, que "les présidents ont le pouvoir inherent d'autoriser les fonctionnaires du gouvernement à violer les lois si le président décide que cela serait dans l'intérêt national". Dans une déclaration

⁶³ Savage, *Takeover* ETC 2007, pp. 124-127; Jeffrey Crouch, Mark J Rozell, Mitchel A Sollenberger, *The Unitary Executive Theory: A Danger to Constitutional Government*, University Press of Kansas; 2020

⁶⁴ Savage, p. 15. Comme certains l'ont argumenté, "idée de « questions politiques » en dehors de la compétence judiciaire « strictement légale », sont « incompatibles avec la théorie constitutionnelle américaine »; le pouvoir exécutif ne devrait pas être le juge de sa propre cause (Franck 1992).

⁶⁵ Savage, p. 19 (italiques de ma part).

⁶⁶ Ibid; Youngstown

⁶⁷ Savage, p. 20. "pouvoirs du Président en matière de guerre et d'affaires étrangères n'ont généralement pas été mis en œuvre ou appliqués par le pouvoir judiciaire" (Stephen Griffin, "That National Security Constitution and the Bush Administration," *Yale Law Journal* Vol 120, 25 mars 2011, LINK).

qui sonne tristement familière en 2026, Nixon a dit au journaliste britannique David Frost: "Lorsque le Président le fait, cela signifie qu'il n'est pas illégal".⁶⁸

- Nixon a également cherché à gonfler les pouvoirs présidentiels sur la bureaucratie en nommant des fonctionnaires non confirmés par le Congrès à des postes clés qui lui étaient responsables et en "retenant" des fonds que le Congrès avait alloués pour des programmes qu'il opposait.⁶⁹ En outre, "affirmant qu'il avait une autorité exclusive... dans l'ensemble du domaine de la politique étrangère et de la sécurité nationale", il a "autorisé les écoutes téléphoniques sans mandat, les cambriolages, les ouvertures de courrier et autres... collectes de renseignements sur le sol américain pour espionner ses ennemis politiques, y compris les manifestants contre la guerre et les leaders des droits civiques".⁷⁰
- Cette prolifération de pratiques anticonstitutionnelles et d'anticonstitutionnalisme larvaire ont été stoppées et discréditées lorsque le scandale de Watergate et le borbier du Vietnam ont tourné l'opinion publique et le Congrès contre Nixon. Au lendemain de cette débâcle, le Congrès a adopté plusieurs lois visant à maîtriser le pouvoir exécutif, notamment les Congressional Budget and Impoundment Control Act, Ethics in Government Act, and the War Powers Resolution.⁷¹ Mais ces lois "se sont avérées être des barrages temporaires face à la montée inexorable du pouvoir présidentiel".⁷²
- Au sein de l'administration Reagan, des avocats conservateurs cherchant à restaurer les pouvoirs exécutifs étendus ont commencé à élaborer la théorie de l'exécutif unitaire, qui

⁶⁸ Savage, p. 21

⁶⁹ Ibid

⁷⁰ Savage, p. 22

⁷¹ Were any formal amendments introduced (even if they went nowhere, given difficulties posed by Article V, as well as political support for a powerful executive)? FIND.

⁷² Crouch et al 2020, p. 20

interprète la section 1, clause 1 (the “vesting clause”) ainsi que la section 3 (the “take care” clause) de l'article II de la Constitution pour signifier que tous les pouvoirs exécutifs sont concentrés de manière exclusive entre les mains du Président,⁷³ et que tous les personnels de la branche exécutive sont soumis à la supervision et exercer ses fonctions au bon vouloir du Président. Ce raisonnement, formellement constitutionnel mais substantiellement anticonstitutionnaliste, a commencé à déplacer la fenêtre d'Overton⁷⁴ pour l'acceptation des affirmations exécutives de pouvoirs étendus dans les décennies qui ont suivi, y compris une augmentation spectaculaire de l'utilisation de "signing statements", en particulier par les administrations républicaines, pour indiquer aux agences de la branche exécutive que, sur des revendications variées d'un prérogative exécutive, certaines dispositions des lois adoptées par le Congrès pouvaient être ignorées - un genre de veto partiel furtif.⁷⁵

- Après les attentats du 11 septembre 2001, l'administration George W. Bush a renouvelé sa poussée pour obtenir des pouvoirs présidentiels extraordinaires. Comme l'explique Charlie Savage, « l'équipe juridique de Bush-Cheney a fusionné » l'idée plus ancienne des pouvoirs présidentiels inherents avec la théorie de l'exécutif unitaire qui affirme que "le Congrès ne pouvait pas réglementer aucun pouvoir exécutif"; cette combinaison signifiait que le "président pouvait faire virtuellement n'importe quoi, sans aucune contrepartie du Congrès."⁷⁶

⁷³ Shane 2026 VB

⁷⁴ La fenêtre d'Overton fait référence à comment les idées passent de l'impensable et du radical à l'acceptable, sensé, populaire, pour être finalement adoptées comme politique officielle. CITE

⁷⁵ Savage 2007, pp. 224-249; AUTRES CITATIONS AVEC DONNÉES. Alors que les « signing statements » ont fait l'objet de nombreuses critiques juridiques, elles n'ont pas été directement contestées en justice, en grande partie en raison de la règle de « case and controversy »: en tant que simples "déclarations", elles n'ont que le statut consultatif ou interprétatif, ce qui rend difficile aux parties de se constituer en partie lésée (standing).

⁷⁶ Savage 2007 p. 124

- Déclarant une "guerre contre le terrorisme", l'administration a poursuivi des pratiques anticonstitutionnelles qui ont inclus, entre autres, "(1) détention indéfinie sans procédure légale aux États-Unis et dans ses possessions; (2) autorisation de la torture et d'autres techniques d'interrogatoire rudes; (3) autorisation de la surveillance de la National Security Agency (NSA) en dehors du cadre établi par la Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA)." Tous les trois ont été fondés sur l'hypothèse (commode) "que le Président avait le pouvoir unilatéral sous la Constitution d'autoriser la violation de la loi fédérale et de la doctrine judiciaire, même en l'absence d'une décision préalable selon laquelle la loi en question était inconstitutionnelle."⁷⁷
- Stephen Griffin souligné que si par la suite certains de ces politiques "ont été évalués par les tribunaux et ont généralement été trouvés insuffisants", les décisions de la Cour Suprême "n'ont pas fait de différence pour la situation des détenus et n'ont pas abordé les questions d'interrogatoire ou de surveillance". Il met également en avant la dangereuse subordination à la Maison Blanche de l'Office of Legal Counsel, historiquement indépendant, lors de l'administration George W. Bush, soulignant que cela a "retiré l'exécutif du système de freins et contrepoids pendant les temps de guerre".⁷⁸
- « Suivant l'exemple de Bush, les présidents Barack Obama et Donald J. Trump (1.0) ont également cherché à élargir les limites de leur autorité constitutionnelle, bien que sans la circonstance d'une attaque sur le sol américain pendant leur mandat. »⁷⁹

⁷⁷ Griffin 2011

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Crouch et al 2020, p. 151.

- Malgré cela, « la violation perpétuelle des normes et l'impatience de Trump envers les contraintes légales » lors de sa première administration ont été suffisamment alarmantes pour que deux avocats chevronnés et partisans d'un exécutif fort, Robert Bauer (Démocrate) et Jack Goldsmith (Républicain), publient un livre, *After Trump : Reconstructing the Presidency*, argumentant en faveur de la réforme des lois formelles régissant la présidence pour renforcer les « guardrails » entourant l'exécutif.⁸⁰ Comme ils l'expliquent, « Ce n'est pas seulement que Trump a fait comprendre que la plupart des grandes réformes de la présidence dans les années 1970, suite à Watergate, au Vietnam et au Comité Church, sont aujourd'hui insuffisantes. ... Trump a également révélé des fissures plus profondes dans la structure de la présidence qui, nous nous inquiétons, un futur président pourrait choisir d'exploiter de manière similaire à Trump, mais avec plus de compétence et d'effet. »⁸¹
- Malheureusement, cette initiative était peut-être trop peu, trop tard. Trump lui-même n'a pas acquis plus de compétences, mais sa coterie d'opérateurs politiques, armés de plans spécifiques (Projet 2025)⁸² et sans scrupules, étaient prêts à mettre en œuvre leur "playbook" lorsqu'il a été réélu en 2024,⁸³ ouvrant la porte à ce que je considère comme une attaque à grande échelle contre la tradition constitutionnelle américaine.

III. Trump 2.0 : De pratiques anticonstitutionnelles à l'anticonstitutionnalisme flagrant

Dans un article du 19 mars 2025 dans le *New York Times*, le chroniqueur Jamelle Bouie a

⁸⁰ Bob Bauer and Jack Goldsmith, Why We Wrote 'After Trump', Lawfare, September 15, 2020, <https://www.lawfaremedia.org/article/why-we-wrote-after-trump>

⁸¹ Ibid.

⁸² For the full Project 2025 "playbook," see <https://whatisproject2025.net/project-2025-mandate-for-leadership-pdf/>

⁸³ Scott Cummings, « The Autocratic Legal Playbook, » Public Law & Legal Theory Research Paper No. 25-31, UCLA, 2026.

écrit que l'« attribut distinctif de l'administration Trump actuelle est son orientation anticonstitutionnelle », qu'il définit comme « un rejet des préceptes fondamentaux du constitutionnalisme: que la souveraineté appartient au peuple, que notre gouvernement est l'un de pouvoirs limités et énumérés, et que les agents de ce gouvernement sont tenus par la loi ». ⁸⁴ Bien que, conformément aux termes que j'ai énoncés dans la partie I ci-dessus, je qualifierais cette orientation de « anticonstitutionnaliste », je suis d'accord avec cette définition et trouvent l'organisation en ces trois catégories très utile. Je l'emprunte donc pour organiser mon soutien à l'affirmation selon laquelle la deuxième administration Trump n'a pas simplement adopté des pratiques anticonstitutionnelles (telles que les violations des garanties de procédure régulière du Vème amendement dans le cadre des procédures d'expulsion, ou le décret visant à mettre fin à l'acquisition de la citoyenneté par le droit du sol — jugé inconstitutionnel dans *Trump v. Barbara*, 30 juin 2026), ni simplement dans des pratiques anticonstitutionnelles pour répondre à des urgences nationales supposées (par exemple, des tarifs exécutifs pour répondre à un déséquilibre commercial « d'urgence » ; la mise en place de troupes militaires et de la Garde Nationale pour répondre à une « urgence » de l'ordre public à la frontière et à l'application de l'immigration — ou, à DC, une « urgence » de criminalité ; la mise en exploitation de mines sur les terres fédérales sans examens environnementaux pour répondre à une « urgence » énergétique, etc.), ⁸⁵ mais s'engage dans des schémas d'action qui visent à concentrer le pouvoir absolu entre les mains de l'exécutif,

⁸⁴ Bouie, March 19, 2025.

⁸⁵ Notamment, Trump a émis lors de son premier mois de mandat le même nombre de déclarations d'urgence que les présidents précédents ont émis en moyenne sur une période de quatre ans pendant les quarante dernières années (voir "What Counts as a National Emergency", vidéo du NYT à <https://www.youtube.com/shorts/IO1eUgPGjo>). Voir également <https://www.npr.org/2025/06/09/nx-s1-5424666/trump-national-emergencies-democracy-supreme-court-constitution>.

érodant les normes, les institutions et les pratiques du gouvernement sous la loi, permettant ainsi au président de régner en tyran, par la fantaisie et la caprice, la peur et la faveur.

- Exemples de pratiques qui rejettent les principes fondamentaux des pouvoirs limités et énumérés - entre les branches et les niveaux de gouvernement, en affirmant le pouvoir exécutif fédéral illimité par lequel le président soumet tout et tous à sa volonté:

1. Malgré le fait que son parti contrôle les deux chambres du Congrès, Trump contourne

le Congrès sur de nombreux sujets :

- En avril 2026, « Trump était en bonne voie pour émettre six fois et demie plus d'ordres d'urgence lors de son second mandat que tout autre président au cours de son mandat entier ce siècle, bien que cela soit probablement une sous-estimation car de nombreux ordres ne contiennent pas le mot-clé "urgence" et donc passent inaperçus. » (Heather Cox Richardson, le 26 juillet ; se réfère à Ben Diamond, Lawfare). Voir également le podcast de Liz Oyer.
- Il a ignoré et contourné le Congrès sur les pouvoirs de guerre, en prenant des mesures pour étendre son autorité en matière de guerre, sans se soucier des limites constitutionnelles et des résolutions du Congrès.⁸⁶
- "s'arroge à lui-même le pouvoir du Congrès de lever des tarifs", en se basant sur la revendication d'une "urgence nationale" (et persiste dans cette position même après que la Cour suprême a rendu une décision défavorable - trouver la référence).

⁸⁶ <https://www.nytimes.com/2026/07/20/us/politics/gop-trump-iran-war.html?smid=nytcore-ios-share>

- "usurpe les pouvoirs de dépense et d'affectation du Congrès en essayant de retenir des milliards de dollars que le Congrès a destinés à des fins spécifiques" (proposition de réglementation sur les fonds de recherche fédérale - trouver la citation).
- "usurpé le pouvoir du Congrès d'établir les départements de l'exécutif - en démantelant le Département de l'Éducation et la Bureau de Protection des Consommateurs Financiers, en affirmant le contrôle sur la Commission Électorale Fédérale et la Commission du Commerce Fédérale, ainsi que en licenciant des milliers d'employés fédéraux." (Luttig 2025, p. 32)
- Réclamations unilatérales de pouvoir pour détruire ou construire dans les espaces fédéraux ou pour poursuivre des projets sur les terres fédérales, sans autorisation du Congrès. Les exemples les plus emblématiques sont la salle de bal de la Maison Blanche et l'aire de hélicoptère en granit noir sur la pelouse sud (Broadwater et Hernandez, NYT, 16 juillet 2026). De telles actions ignorent «la Constitution, de nombreux statuts fédéraux et une longue série de précédents de la Cour suprême» qui accordent au Congrès le contrôle sur la propriété fédérale (Montague, NYT, 5 juin 2026), citant un avocat de la National Trust qui a intenté une action en justice dans l'affaire de la salle de bal). Les présidents précédents ont travaillé avec le Congrès et des comités de révision pour les projets sur les terrains de la Maison Blanche, mais Trump agit sans consulter personne. [Mais maintenant, la Cour suprême l'a autorisé 5-4]

2. Violation de la souveraineté des états (subnationaux) - "a ordonné aux responsables de l'État de l'aider dans sa purge des immigrants sans papiers" (Luttig) et a affirmé le commandement militaire sur les villes malgré les objections de l'État.

- En août 2025 pour justifier le déploiement de troupes dans les villes américaines, Trump a affirmé : « J'ai le droit de faire tout ce que je veux faire ; je suis le président des États-Unis. Si je pense que notre pays est en danger - et il l'est en danger dans les villes - je peux le faire. » HCR, 26 juillet.
- Sur cela, il a reçu des réticences de la part de la Cour suprême des États-Unis - arrêt du 28 décembre 2025. Voir également la récente décision Tostrud dans le Minnesota concernant l'inconstitutionnalité des efforts pour imposer l'application de la loi fédérale par les états — obtenir la citation ; appelée ?)
- Exemples de pratiques qui rejettent les principes fondamentaux de l'État de droit (l'indépendance judiciaire, la procédure régulière, la responsabilité legal), ainsi que l'autonomie du droit (l'instrumentalisation et la loyauté envers la personne plutôt que la mission/la constitution) :
 - Attaques personnelles/menaces envers les juges individuels - citons l'article récent qui en détaille, fournissez des exemples à tous les niveaux, citons les témoignages de Kagan et Coney Barrett.
 - La désobéissance aux tribunaux inférieurs, allant de Boasberg aux tribunaux du Minnesota pendant le Metro Surge, même à la décision de la Cour Suprême concernant la déportation d'immigrés clandestins sans procédure légale (Luttig p. 33).

- Il a ignoré l'ordre du juge Richard J. Leon (nomination de George W. Bush) d'arrêter la construction sur le salon de la Maison Blanche (aile Est) jusqu'à ce que le Congrès autorise. Cela crée une dynamique de "fait accompli" (en citant la professeure de droit Andrea Katz, université de Washington, Montague, NYT, 5 juin 2026).
- Bien que la Cour suprême ait statué que les tarifs, en tant que taxe, étaient un pouvoir du Congrès et ne pouvaient être délégués à l'exécutif "sous des limitations strictes" (citation), mais dans ce que Natasha Sarin appelle une "usurpation illégale de l'autorité du Congrès", DT joue au "Whac-a-Mole" des tarifs et trouve un moyen d'étendre indéfiniment les tarifs temporaires (NYT 24 juillet 2026). "imposition d'une nouvelle série de tarifs sur les produits de plus de 60 pays, représentant 99,4% du commerce avec les États-Unis" (HCR 26 juillet)
- Licenciement des juges d'immigration et recrutement de "juges de déportation" – référence à l'épisode du Daily du NYT, le 23 juin 2026, entre autres.
- Ministère de la Justice : Citation de l'entretien et de l'évaluation de Jack Smith <https://deanblundell.substack.com/p/breaking-jack-smith-just-told-america>
 - Attorney General (Ministre de la Justice) : "supposé être l'avocat du peuple des États-Unis", mais Trump nomme des avocats personnels/loyalistes (Bondi et Blanche).
 - purge des procureurs fédéraux, recrutement délibéré de candidats faibles (la loyauté avant tout)

- Rapport du 19 juillet selon lequel les agents de l'ICE ont été informés que le FBI ne mènerait plus d'enquêtes sur les confrontations avec des manifestants, même si ces derniers sont déposés par l'ICE pour réclamer des agressions. En somme, cela laisse le DHS enquêter sur les cas impliquant ses propres agents et les retire des investigations et poursuites pour violations des droits civiques.

<https://www.commondreams.org/news/ice-fbi>

- Grâces présidentielles pour insurgés du 6 janvier 2021, etc.

C. Exemples de pratiques qui rejettent l'idée que le peuple est souverain et que le gouvernement est censé servir le public (l'ensemble de l'édifice gouvernemental est conçu pour servir "We, the People").

1. Corruption massive... y compris des projets de luxe, de vanité.

"spoils multibillionaires " " self-dealing 19th century - style - at a previously unheard-of scale and openness dare-you-to-stop-me " Homans NYT July 24, 2026

"un président s'enrichit à une échelle jamais vue avant aux États-Unis" (Le Monde, 26 juillet)

- "Près de la moitié des donateurs d'entreprise qui ont contribué au projet de salle de bal non autorisé de la Maison Blanche ont depuis reçu collectivement de nouveaux ou des contacts gouvernementaux accrus totalisant plus de 50 milliards de dollars" (rapport de Public Citizen cité dans Montague, NYT, 5 juin 2026).
- Between January and March of 2026, plus de 3 600 transactions de stock, impliquant des centaines de millions de dollars dans des entreprises bénéficiant

directement de ses politiques/décisions (selon sa déclaration de formulaire 278T, un rapport financier exigé par l'Office of Government Ethics pour toute transaction supérieure à 1 000 \$), ont été réalisées. Les présidents précédents ont vendu des actions ou les ont placées dans un trust blind. Trump se livre à des auto-mise en avant à des niveaux sans précédent et le fait ouvertement. "Le volume de trading est sans précédent pour un président en fonction. Les données montrent que les comptes du président ont acheté et vendu des entreprises ayant des relations commerciales étendues avec le gouvernement fédéral, ce qui soulève des accusations de trading d'initié et de conflits d'intérêt"

<https://www.cbsnews.com/projects/2026/trump-stock-trades/>.

- Tentative (apparemment déjoué) : "le fonds de 1,776 milliards de dollars « antiweaponisation » que le procureur général adjoint Todd Blanche a dévoilé en mai pour régler une poursuite de 10 milliards de dollars intentée par les avocats personnels de Trump à la suite de la fuite de ses déclarations de revenus lors de son premier mandat [<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-antiweaponization-fund>]. Un pot d'argent financé par le Trésor...serait distribué à des personnes poursuivies par l'administration Biden - présumément les alliés de Trump. Donald K. Sherman, président du groupe de surveillance Citizens for Responsibility and Ethics in Washington, a décrit le fonds comme « l'un des actes les plus corrompus de l'histoire américaine. »

2. Antireason, deliberation

La destruction de l'État, attaque contre la science, les universités et les agences indépendantes qui fonctionnent sur l'expertise.

Cacher et subvertir la vérité, régime de mensonges.

Droits - données toutes les informations ci-dessus, tous les droits sont menacés... pas de protection des personnes, pas de fondement en égalité, revenir à la Déclaration... attaque sur la citoyenneté par naissance est attaque sur l'ensemble de la 14e amendement - post-Guerre civile/apple of gold idea from intro.

IV Sanctions et prévention des pratiques anticonstitutionnelles et anticonstitutionnalistes

[CETTE SECTION EST EN FORME DE SQUELET, A DEVELOPPER APRÈS LE TRI]

Lower courts vs. SCOTUS

- A. Les cours fédérales inférieures ont un bilan solide de défense de la constitution et du constitutionnalisme sous Trump 2.0. Elles ont fonctionné admirablement pour examiner, dénoncer et vérifier les violations légales et les excès de pouvoir de l'administration en place. Les juges nommés par des présidents de partis politiques différents ont pris des positions fermes pour défendre les principes constitutionnels, tant dans le cadre de cas particuliers que lorsqu'ils sont menacés par des schémas de comportement plus larges de la part d'acteurs du gouvernement fédéral, en particulier le Département de la Justice.
- Taux de défaite de l'administration : 75% dans les tribunaux de district et presque 50% dans les cas portés en appel (décompte de la litige de NYT--MIS À JOUR).
 - Plus de 400 juges ont rendu plus de 4 400 décisions depuis octobre, estimant que les immigrés étaient détenus de manière illégale (Reuters, février 2026). MISE À JOUR BASED ON RECENT HRW RAPPORT.

- CITE EXEMPLES DE JUGES QUI ONT SONNÉ L'ALARME, à partir de 2025 jusqu'à des déclarations récentes de Schiltz au Minnesota... juges à la retraite

B. Cependant, l'anticonstitutionnalisme de l'administration a été rendu possible et justifié par une Cour suprême capturée, dont la majorité a engagé dans une forme de «constitutionnalisme abusif». ⁸⁷ Malgré quelques arrêts notables d'inconstitutionnalité contre l'administration Trump (par exemple, le processus de déportation, la deployment de la Garde nationale, les tarifs et la citoyenneté par naissance), la Cour suprême a pris des décisions qui ont principalement permis et encouragé l'exécutif, donnant un manteau de constitutionnalité à une administration qui a, comme je l'ai argumenté, démontré être anticonstitutionnaliste. Alors que les juges Jackson, Kagan et Sotomayor ont émis des dissidences puissantes qui mettent en garde explicitement contre les dangers pour l'ordre constitutionnel (CITES), la majorité de la Cour a, selon les termes de Kate Shaw (NYT, 25 juin 2026), « délivré » l'exécutif, créant une « structure de permission » qui « donne une autorisation sauvage » à l'administration.

- *Trump v. United States*: Pour les actions relevant de la "compétences exclusives" du président selon la Constitution (y compris, expressément, le contrôle sur le Département de la Justice), il bénéficie d'une immunité absolue :

“unlike anyone else, the President is a branch of government, and the Constitution vests in him sweeping powers and duties.” and “the executive branch has ‘exclusive authority and absolute discretion’ to decide which crimes to investigate and prosecute”

⁸⁷ David Landau, *Abusive Constitutionalism*, ETC 2013

Cela a donné à Trump la lumière verte pour armer le département de la justice sans craindre la responsabilité criminelle; lui a donné "une épée de branche exécutive plutôt qu'un bouclier d'immunité" (Jack Goldsmith, Lawfare, 10 février 2025).

L'utilisation abondante du « emergency or shadow docket », ce qui "a donné au président son imprimatur pour poursuivre sa prise de pouvoir" en "réversant efficacement les arrêts de tribunal inférieurs contre le président, ou en permettant à l'administration de poursuivre jusqu'à ce que la Cour détermine la constitutionnalité de divers actes, auquel point le dommage...sera déjà fait."

(Shane, Peter M. : The Unbearable Lightness of the Unitary Executive Theory, VerfBlog, 2025/3/11, <<https://verfassungsblog.de/the-unbearable-lightness-of-the-unitary-executive-theory/>>, DOI : 10.59704/6d74a675cc5b7cdc.)

Exemple : Noem v. Vazquez Perdomo : permettre une "enforcement ciblée" de la loi sur l'immigration basée sur le profilage racial de personnes latino... les soi-disant "arrêts Kavanaugh" en raison de l'avis concurrent de la juge Brett Kavanaugh. Le DHS a saisi l'opportunité, comme en témoigne l'opération Metro Surge au Minnesota, où le ICE et le CBP ont ciblé ouvertement quelqu'un de couleur, ou personnes ayant un accent ou un style de vestimentaire non occidental, quels que soient leur statut de citoyenneté ou leur statut d'immigration.

En somme, cette Cour a prouvé être la "plus indulgente envers les exécutifs" depuis la Seconde Guerre mondiale. Elle a permis aux rêves de contrôle du Président Trump de se réaliser. (Shane 2025 VerfBlog)

Cela mine les efforts vaillants de ceux dans le reste de la judiciaire fédérale qui ont travaillé à

tenir le gouvernement aux normes juridiques les plus fondamentales du système américain.

Congress:

Le Sénat a été principalement un timbre en caoutchouc : confirmé tout d'abord Pam Bondi et (récemment) Todd Blanche en tant que procureur général, Pete Hegseth en tant que secrétaire de la Défense (maintenant Guerre), Kash Patel (FBI), Kristi Noem, etc. ; financé ICE, licencié des milliers d'employés fédéraux... ETC

La prévention a ÉCHOUÉ aux États-Unis...en fait, encouragée à l'avance (Trump v. United States)

Besoin de règles textuelles plus explicites à l'avenir...mais également une révision à nombreux niveaux.

Tout d'abord, il faut sécuriser les élections... peut-être une majorité démocrate au Congrès pourra-t-elle reprendre l'autorité législative et de surveillance du Congrès.

Élections libres et équitables avec des candidats qui défendent une vision de réforme significative pour répondre aux besoins de la population à court et à moyen terme et pour assurer une représentation et une responsabilité gouvernementales plus efficaces à l'aveni

Krygier 2022, p. 21 : "C'est peut-être une déformation professionnelle des avocats préoccupés par l'anticonstitutionnalisme de se concentrer sur les réponses légales aux attaques contre les principes du constitutionnalisme et la rule of law plus largement. Dans les pays dominés par le populisme, la lutte sera probablement difficile, car un objectif central des nouveaux pouvoirs est

de dé-dents la loi en ce qui concerne leurs propres activités, mais d'aiguiser ses crocs pour déchirer les ennemis - et en tout cas, comme nous l'avons déjà vu, la loi. »

Conclusion

Il ne s'est écoulé que quelques mois avant la publication de la Déclaration d'Indépendance en 1776 que Thomas Paine a écrit : « autant que nous approuvons de la monarchie, ... en Amérique, la loi est roi ». ⁸⁸ Il est ainsi ironique et lamentable que dans cette année de semiquincentenaire, le pays soit placé sous le contrôle de dirigeants ayant un mépris si flagrant pour la Constitution et pour cette idée centrale du constitutionnalisme : que la loi est roi.

Comme je l'ai essayé de faire comprendre ci-dessus, les pratiques actuelles illégales et anticonstitutionnelles ne représentent pas une rupture dramatique avec un passé idyllique. En effet, on peut identifier la continuité dans plusieurs domaines, et certaines des choses qui se produisent dans l'actualité sont la conséquence logique de schémas ou de tendances qui ont été présents pendant de nombreuses années. Cependant, ce que nous avons vu depuis le 20 janvier 2025 est un ensemble de pratiques qui diffèrent de celles du passé non seulement en degré, mais en nature. La deuxième administration de Donald Trump pratique l'anticonstitutionnalisme quotidiennement. Ils instrumentalisent le cadre constitutionnel et se moquent de l'idée que les violations perçues des règles et des principes constitutionnels puissent être contestées de manière légale.

- Comme l'a dit Kim Lane Scheppele dans une conférence inaugurale le 21 mars 2025 au Sommet Mondial sur le Constitutionnalisme à l'Université du Texas à Austin,

⁸⁸ Thomas Paine, Common Sense, janvier 1776, <<https://constitutioncenter.org/education/classroom-resource-library/classroom/primary-source-thomas-paine-common-sense>>)

l'administration n'est pas engagée dans une compétition sur le sens constitutionnel; elle "écrase" la constitution.

L'épopée en train de se dérouler a mis en évidence l'importance des coutumes et des mœurs dans le fonctionnement du constitutionnalisme :

- Citation d'un ancien vice-procureur général de l'administration Reagan (cité dans Savage 2007, p. 243) : le système ne peut fonctionner que si les leaders politiques de chaque branche "exercent une certaine retenue."
- Référence à Levitsky et Ziblatt (2018) sur les "soft guardrails" - la forbearance.
- Maggie Haberman : il est devenu évident de manière éclatante "combien notre système est basé sur des normes [conventions ou coutumes] et non sur des lois. ... [Trump est] quelqu'un qui est prêt à violer toutes les normes - vraiment, toutes les normes ... Je ne pense pas que je puisse penser à une seule qui ... est toujours en place." (Entretien avec Ezra Klein, The New York Times, 31 juillet 2026).
- Cette administration a fait clair qu'elle estime que "les règles sont pour les imbéciles" ["rules are for suckers"] (David French, NYT 26 juillet 2026)
- Référence à la caricature politique de Substack, juxtaposant Nixon disant (comme il l'a fameusement fait) « Je ne suis pas un escroc » et Trump disant « Je suis un escroc. Qui s'en soucie ? » (qu'il a presque dit et qui capture tout à fait son attitude).

Pour conclure, je tiens à attirer l'attention sur la fragilité d'une politique fondée sur le droit.

Le constitutionnalisme/Etat de Droit est/sont des ideaux régulateurs. Ils ne sont jamais complètement ou parfaitement réalisés; les gens doivent travailler incessamment pour les

défendre et les faire progresser. Et il est nécessaire de dépasser le champ juridique pour nourrir les attitudes et pratiques démocratiques et humanistes.

- Référence aux discours de Kim Scheppelle et Sandy Levinson lors du "Global Summit on Constitutionalism" 2025... nécessité d'une action collective, de la mobilisation populaire.
- Scott Cummings, Revue de droit de Hofstra 54:2, 2026 : les enseignants et les étudiants en droit ne devraient pas " continuer comme si c'était la routine " mais plutôt reconnaître que cela est une crise existentielle qui devrait être au centre de tout ce que nous faisons.

NE PAS COPIER