

LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONNALISME

PRÉ-RAPPORT

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE ET AU-DELÀ : COMMENT ANALYSER LE CONSTITUTIONNALISME AUJOURD'HUI ?

Audrey Bachert-Peretti,
Maître de conférences en droit public
Aix Marseille Univ, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France

*But I tell you the New Frontier is here, whether we seek it or not.
Beyond that frontier are the uncharted areas of science and space,
unsolved problems of peace and war, unconquered pockets of ignorance and prejudice,
unanswered questions of poverty and surplus.*

John Fitzgerald Kennedy, *Democratic Convention Acceptance Speech*, 15 juillet 1960

La formulation du sujet de cette quarantième Table ronde de justice constitutionnelle trouve une résonance particulière aux États-Unis, où « la nouvelle frontière » fut la métaphore employée par John Kennedy dans son discours d'acceptation de l'investiture par le parti démocrate pour l'élection présidentielle américaine à l'été 1960, pour souligner les défis qui se posent et s'imposent à ceux devant lesquels elle se dresse. Dans le même sens, les nouvelles frontières du constitutionnalisme peuvent s'entendre comme ses enjeux contemporains.

Si le constitutionnalisme fait l'objet de diverses définitions¹, le riche rapport introductif de Massimo Luciani propose de le comprendre comme un « mouvement de pensée » et un « mouvement politique », associé à la Modernité occidentale apparue aux siècles des Lumières, et comme une « science du pouvoir, avant d'être une science des droits », visant à « fonder le pouvoir, puis à le limiter pour éviter l'arbitraire² ». S'il implique une « formalisation des rapports entre gouvernants et gouvernés », il apparaît surtout renvoyer à un certain contenu du droit constitutionnel et à ses justifications philosophiques et politiques. Ce constitutionnalisme classique aurait ensuite été dévoyé par le(s) néoconstitutionnalisme(s) de la deuxième moitié du XX^e siècle en raison d'« une critique radicale de la normation démocratique et (d')une exaltation de la fonction juridictionnelle³ » notamment sous la plume d'auteurs tels que Ronald Dworkin, Robert Alexy ou encore Gustavo Zagrebelsky. Le défi contemporain serait alors celui de l'avènement d'un *constitutionnalisme reconstructif*, reniant les présupposés de ces néoconstitutionnalismes pour retrouver le sens du constitutionnalisme classique⁴.

La question de la place et du rôle – éventuellement excessifs – de la Cour suprême au sein de l'architecture institutionnelle n'est pas nouvelle aux États-Unis⁵, mais elle connaît un regain d'intérêt depuis l'avènement de la nouvelle super-majorité conservatrice à la Cour suprême⁶. Pour d'aucuns, outre son déséquilibre partisan, cette dernière serait devenue une « Cour suprême impériale », cherchant à accroître son pouvoir au détriment de toutes les autres

¹ La littérature est immense, pour un aperçu, v. G. TUSSEAU, « Les deux dogmes du constitutionnalisme », in *Mélanges en l'honneur d'Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 834.

² M. LUCIANI, « Rapport préliminaire », p. 10.

³ *Ibid.*, p. 8. Dans le même sens, v. R. HIRSCHL, *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, HUP, 2004, 286 p.

⁴ M. LUCIANI, art. cit., p. 7.

⁵ I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis. Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, 768 p.

⁶ A. BACHERT-PERETTI, « La présidence Trump et la Cour suprême : les nominations judiciaires comme causes et conséquences des déséquilibres politiques américains », *Confluence des droits_La Revue*, mai 2022.

institutions, qu'il s'agisse du Congrès, du Président, des agences administratives ou même des États fédérés⁷. C'est dans ce contexte qu'a été proposée récemment une réforme de la composition de la Cour, comparable au *Court-packing Plan* envisagée par Theodore Roosevelt en 1937 pour forcer la Cour à reconnaître la constitutionnalité des mesures progressistes portées par le programme du *New Deal*. Le débat a pris une telle ampleur au cours de la campagne pour l'élection présidentielle de 2020, que le président élu Joe Biden a convoqué, dès les premiers mois de son mandat, une commission bipartite composée de nombreux constitutionnalistes de renom pour se prononcer sur les avantages et les inconvénients d'une telle hypothèse⁸. Si aucune proposition de réforme n'en a émergé, la doctrine s'est quant à elle montrée particulièrement imaginative, tant dans les revues juridiques que dans la presse généraliste, conseillant diverses évolutions telles qu'une limitation temporelle des mandats juridictionnels⁹, une modification du nombre de juges¹⁰, une restriction des compétences de la Cour¹¹, un filtrage des affaires par une entité distincte de la Cour¹², une capacité du législateur à s'opposer aux décisions juridictionnelles (*legislative override*)¹³ telle qu'elle existe au Canada¹⁴ et même une reconnaissance du caractère partisan des juges et, en conséquence, une obligation d'avoir une Cour idéologiquement équilibrée¹⁵. Qu'il s'agisse de modifier la structure ou le fonctionnement de la Cour, ces propositions témoignent de ce que la Cour est perçue comme une institution particulièrement puissante, désormais sans contraintes et en conséquence dangereuse.

Sans nier l'importance et le pouvoir de la Cour suprême des États-Unis, il semble toutefois que la concentration de l'attention sur cette institution au détriment des autres acteurs du système politique et juridique américain, est excessive et ne permet pas de pleinement cerner le fonctionnement de ce dernier. Telle était déjà la conclusion de notre thèse *Les rapports entre cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de common law*, comparant le fonctionnement du contrôle de la loi par les cours suprêmes américaine, canadienne et britannique sur le fondement des droits et libertés juridiquement consacrés¹⁶. Si l'importance du pouvoir du juge, dès lors qu'un tel contrôle est mis en place, était soulignée, il était également démontré que celui-ci ne pouvait être compris que dans une perspective relationnelle et contextuelle s'intéressant aux interactions institutionnelles. L'importance du pouvoir juridictionnel ne se traduit jamais par une annihilation des compétences des autres acteurs, notamment du législateur qui conserve une véritable marge de manœuvre dans les choix politiques qu'il peut exercer et constitue un acteur constitutionnel de premier plan. Pour le dire simplement, lorsqu'on souhaite comprendre le constitutionnalisme américain, ne s'intéresser qu'à la Cour suprême et à sa jurisprudence ne permet d'avoir qu'une image tronquée de la réalité. Il convient donc d'élargir la focale, ce qu'un nombre croissant de constitutionnalistes américains s'attache à faire depuis quelques années.

Alors que la doctrine s'est longtemps concentrée sur la Cour et sa jurisprudence, ainsi qu'en témoignent les principaux manuels de droit constitutionnel, organisés autour des différents arrêts fixant la portée des thèmes étudiés¹⁷, d'autres lignes d'analyse ont émergé ces dernières années. Le Congrès, ses procédures internes et ses rapports avec les

⁷ M. LEMLEY, « The Imperial Supreme Court », *Harv. L. Rev.*, 2022, vol. 136, p. 97 ; v. également T. KECK, *The Most Activist Supreme Court in History: The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago, Chicago UP, 2004, 370 p.

⁸ PRESIDENTIAL COMMISSION ON THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Final Report*, Décembre 2021, 280 p.

⁹ A. CHILTON, D. EPPS, K. ROZEMA, M. SEN, « Designing Supreme Court Term Limits », *S. Cal. L. Rev.*, 2021, vol. 95, p. 1 ; J. FISHER, « The Supreme Court Reform That Could Actually Win Bipartisan Support », *Politico*, 21 juillet 2022.

¹⁰ A. JENNINGS, A. ACHARYA, « The Supreme Court and the 117th Congress », *Calif. L. Rev. Online*, 2020, vol. 11, p. 407 ; E. SEGALL, « Eight Justices Are Enough : A Proposal to Improve the United States Supreme Court », *Peep. L. Rev.*, 2018, vol. 45, p. 546 ; D. HEMEL, « Can Structural Changes Fix the Supreme Court ? », *J. Econ. Persp.*, 2021, vol. 35, p. 119 ; N. GERYNER, L. TRIBE, « The Supreme Court Isn't Well. The Only Hope for a Cure is More Justices », *The Washington Post*, 9 décembre 2021.

¹¹ A. JENNINGS, A. ACHARYA, art. cit. ; B. JOHNSON, « The Origins of Supreme Court Question Selection », *Colum. L. Rev.*, 2022, vol. 122, p. 793 ; C. SPRIGMAN, « Congress's Article III Power and the Process of Constitutional Change », *N.Y.U. L. Rev.*, 2022, vol. 122, p. 793 ; D. EPPS, W. ORTMAN, « The Lottery Docket », *Mich. L. Rev.*, 2018, vol. 116, p. 705 ; R. DOERFLER, S. MOYN, « Democratizing the Supreme Court », *Calif. L. Rev.*, 2021, vol. 109, p. 1703 ; G. SITARAMAN, « How to Rein In an All-Too-Powerful Supreme Court », *The Atlantic*, 16 novembre 2019.

¹² J. SHEFF, I. CHOOSE, « You Decide: Structural Tools for Supreme Court Legitimation », *Seton Hall L. Rev.*, 2019, vol. 50, p. 161.

¹³ AA. VV., « The Constrained Override: Canadian Lessons for American Judicial Review », *Harv. L. Rev.*, 2023, vol. 137, p. 1725.

¹⁴ Au Canada, l'article 33 de la Charte des droits et libertés, de valeur constitutionnelle, connu sous le nom de clause nonobstant (*notwithstanding clause*) permet au législateur d'adopter une disposition législative en l'immunisant pour cinq ans renouvelables contre tout contrôle juridictionnel. Pour plus de détails sur ce mécanisme, v. notre thèse : A. BACHERT-PERETTI, *Les rapports entre cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de common law*, Paris, LGDJ, 2019, §278-293.

¹⁵ D. ORENTLICHER, « Politics and the Supreme Court: The Need for Ideological Balance », *U. Pitt. L. Rev.*, 2018, vol. 79, p. 411 ; E. SEGALL, art. cit. ; T. LEIGH GROVE, « The Origins (and Fragility) of Judicial Independence », *Vand. L. Rev.*, 2018, vol. 71, p. 465.

¹⁶ A. BACHERT-PERETTI, *op. cit.*

¹⁷ R. STEVENS, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1987, 350 p. ; R. POST, « Constitutional Scholarship in the United States », *I-CON*, 2009, vol. 3, p. 416 ; R. GORDON, « The Geologic Strata of the Law School Curriculum », *Vand. L. Rev.*, 2013, vol. 60, p. 339.

autres institutions sont ainsi devenus des sujets à part entière pour les constitutionnalistes américains qui s'intéressent désormais tant à l'étude empirique du fonctionnement du Congrès qu'à des analyses théoriques de son rôle institutionnel. Adrian Vermeule fut l'un des premiers à examiner « le droit constitutionnel de la procédure congressionnelle¹⁸ ». Neil Devins et Louis Fisher, séparément puis ensemble, ont mis en lumière le rôle du Congrès dans l'interprétation et la concrétisation des exigences constitutionnelles, notamment en matière de droits et libertés¹⁹. Joshua Chafetz et Bertrall Ross ont proposé des travaux sur la manière dont il participe à la mise en œuvre des *checks and balances*²⁰. Abbe Gluck et Lisa Schultz Bressman ont révélé l'usage des différents procédés interprétatifs par les assemblées parlementaires²¹. Des ouvrages collectifs ont systématisé les analyses du Congrès en tant qu'acteur constitutionnel à part entière²², prolongeant les travaux pionniers de David Currie²³.

Si les objets d'analyse des constitutionnalistes américains ont donc été élargis, ce mouvement a nourri et été nourri par les travaux d'un certain nombre d'auteurs s'opposant à la présentation du système américain comme adhérent à un constitutionnalisme juridictionnalo-centré (*juricentric constitutionalism*), dans lequel les acteurs principaux, si ce n'est exclusif, seraient les juges et tout particulièrement ceux de la Cour suprême (I). Cette remise en cause de la manière traditionnelle d'appréhender le fonctionnement du constitutionnalisme américain ne peut toutefois être comprise comme une relecture permettant de le comprendre comme une forme de constitutionnalisme politique (II).

I. Le refus d'appréhender le système juridique américain comme une forme de constitutionnalisme juridictionnalo-centré

Reconnaissant le rôle des autres institutions, tout particulièrement du Congrès et du président, dans la mise en œuvre des exigences constitutionnelles, plusieurs auteurs contestent la pertinence d'une conception faisant des juges, notamment ceux de la Cour suprême, les acteurs majeurs, du fonctionnement du système. Ils rejettent ainsi le concept de suprématie judiciaire (*judicial supremacy*), soit qu'ils considèrent qu'il ne décrit pas adéquatement le fonctionnement des institutions américaines, soit qu'ils estiment qu'un modèle alternatif devrait advenir pour respecter les exigences constitutionnelles. La suprématie juridictionnelle signifie que « les juges ont le dernier mot en matière d'interprétation constitutionnelle et que seules leurs décisions déterminent le sens de la Constitution²⁴ ». Ainsi, ce sont non seulement les solutions des litiges mais aussi les raisonnements et les interprétations qui les sous-tendent qui doivent être respectés par tous. Lorsqu'une loi est jugée inconstitutionnelle, non seulement le législateur ne peut plus l'adopter à nouveau, mais l'interprétation constitutionnelle qui fonde cette décision devra être respectée par tous les acteurs publics dans toutes leurs actions postérieures. Il ne s'agit pas là d'un respect stratégique, visant à éviter une future censure, mais bien d'une obligation juridique exigeant de se conformer à l'intégralité des interprétations juridictionnelles.

En vertu de sa position dans la hiérarchie juridictionnelle, la Cour suprême disposerait ainsi d'une « finalité interprétative » que d'ailleurs elle revendique²⁵. Elle serait l'ultime interprète de la Constitution. Dans la décision *Cooper v. Aaron* de 1958, la Cour soulignait ainsi qu'en ayant établi dans la décision *Marbury v. Madison* que « c'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir juridictionnel de dire ce qu'est le droit », le juge en chef John Marshall a non seulement reconnu la compétence des juges pour interpréter la Constitution mais aussi posé « le principe fondamental selon lequel le pouvoir juridictionnel fédéral est suprême dans l'exposition du droit constitutionnel, un principe toujours respecté depuis comme un caractère permanent et essentiel du système de gouvernement » américain²⁶. Les interprétations de la Constitution retenues par la Cour suprême seraient donc « le droit suprême du pays », contraignant toutes les autorités publiques qui ont prêté serment de respecter et mettre en œuvre la Constitution. Comme le soulignent les professeurs Larry Alexander et Frederic Schauer, « les interprétations de la Constitution par la Cour

¹⁸ A. VERMEULE, « The Constitutional Law of Congressional Procedure », *U. Chi. L. Rev.*, 2004, vol. 71, p. 361.

¹⁹ L. FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton UP, 1988, 320 p. ; N. DEVINS, *Shaping Constitutional Values: Elected Government, The Supreme Court and the Abortion Debate*, Baltimore, John Hopkins UP, 1996, 224 p. ; N. DEVINS, L. FISHER, *The Democratic Constitution*, Oxford, OUP, 2004, 320 p.

²⁰ J. CHAFETZ, *Congress's Constitution: Legislative Authority and the Separation of Powers*, New Haven, Yale UP, 2017 ; B. ROSS, « Challenging the Crown: Legislative Independence and the Origins of the Free Elections Clause », *Ala. L. Rev.*, 2021, vol. 73, p. 222.

²¹ A. GLUCK, L. SCHULTZ BRESSMAN, « Statutory Interpretation from the Inside – An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons : Part I », *Stan. L. Rev.*, 2013, vol. 65, p. 901.

²² N. DEVINS, K. WHITTINGTON (dir.), *Congress and the Constitution*, Durham, Duke UP, 2005, 336 p. ; R. BAUMAN, T. KAHANA (dir.), *The Least Examined Branch: The Role of Legislatures in the Constitutional State*, Cambridge, CUP, 2006, 616 p.

²³ D. CURRIE, *The Constitution in Congress*, Chicago, University of Chicago Press, 4 vol., 1997, 2001, 2007, 2013.

²⁴ L. KRAMER, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, OUP, 2004, p. 125.

²⁵ R. POST, R. SIEGEL, « Protection of the Constitution from the People: Juricentric Restrictions on Section Five Power », *Ind. L. J.*, 2003, vol. 78, p. 1 ; T. LEIGH GROVE, « The Lost History of the Political Question Doctrine », *N.Y. U. L. Rev.*, 2015, vol. 90, p. 11908

²⁶ *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958), p. 18.

suprême doivent être considérées par toutes les autorités publiques, juridictionnelles et non juridictionnelles, comme s'imposant à elles et ayant la même valeur que la Constitution elle-même²⁷ ». La Cour suprême a ainsi rappelé que « si le Congrès, pas moins que cette Cour, est appelé à considérer les exigences constitutionnelles et à agir en conformité avec ses préceptes, lorsqu'il adopte une loi, il doit prendre des décisions compatibles avec l'interprétation de la Constitution retenue par cette Cour²⁸ ». En effet, « il relève de la compétence de la Cour, et non pas de celle eu Congrès, de définir la portée des garanties constitutionnelles²⁹ ».

Les professeurs Alexander et Schauer ont proposé la justification la plus connue de la suprématie juridictionnelle³⁰. Deux arguments complémentaires la soutiennent. Le premier repose sur la raison d'être du droit : sa fonction coordinatrice (*settlement function of law*). Les exigences constitutionnelles, du fait de leur imprécision textuelle, exigent une autorité unique pour fixer leur signification, afin de permettre à chacun de régler sa conduite. En conférant le dernier mot au juge sur la portée des droits garantis, l'objectif est d'assurer l'uniformité et la stabilité du droit. Dans cette perspective, le respect des interprétations juridictionnelles par les autres institutions trouve une justification comparable à celle qui fonde l'existence de la règle des *stare decisis*. Si cette dernière doit permettre d'assurer la cohérence des normes applicables à travers le temps et les juridictions, l'obligation pour les acteurs non juridictionnels de se conformer aux décisions de la Cour doit s'entendre comme découlant de la nécessité de garantir une cohérence similaire entre les différentes institutions étatiques. La seconde raison se place dans une perspective plus institutionnelle. Grâce à ses caractéristiques, notamment son indépendance et son expertise professionnelle, le pouvoir juridictionnel serait le plus à même de définir les implications des garanties constitutionnelles. Pour ces deux types de raison, les juridictions constituent, selon certains auteurs, le seul forum approprié de détermination du sens des exigences constitutionnelles.

Si la suprématie juridictionnelle est endossée par la Cour suprême, défendue par une partie de la doctrine américaine et considérée comme une description adéquate du système américain par une autre, encore plus large, elle ne fait pas pour autant l'unanimité et un certain nombre d'auteurs ont pu défendre des conceptions alternatives. Historiquement, les affirmations de la suprématie judiciaire ont provoqué de virulentes contestations. Dans les premières années de l'histoire américaine, il était largement admis que chaque branche du gouvernement devait interpréter la Constitution dans l'exercice de ses compétences, sans être contraintes par les interprétations retenues par les autres institutions. Thomas Jefferson soulignait ainsi que « chaque département a le droit de décider pour lui-même ce que sont ses devoirs en vertu de la Constitution, sans égard pour ce que les autres ont pu décider pour eux-mêmes³¹ » et James Madison adhérait également à cette conception³². Les défenseurs de cette position sont connus comme des départementalistes.

Bien qu'il ne s'agisse pas de remettre en cause le fait qu'une solution juridictionnelle doit être respectée et qu'elle lie les parties au litige qu'elle tranche définitivement, l'idée de finalité interprétative est rejetée par les départementalistes. Ils la perçoivent comme un mirage, voire comme une manière pour les juridictions d'accroître excessivement leurs pouvoirs, toutes les autorités constituées étant compétentes pour interpréter la Constitution lorsqu'elles sont amenées à la mettre en œuvre, c'est-à-dire à chaque fois qu'elles agissent dans leurs sphères de compétences. Les différentes lectures proposées représentent alors les diverses voix d'un dialogue constitutionnel, construisant incrémentalement le sens des exigences constitutionnelles. Quand la suprématie juridictionnelle exige la déférence de tous les acteurs publics envers les interprétations constitutionnelles de la Cour dans toutes les circonstances, le départementalisme reconnaît l'égalité d'autorité de chaque branche du gouvernement pour interpréter la Constitution lorsqu'il met en œuvre ses compétences³³. Dans cette perspective, les pouvoirs législatifs et exécutif sont en mesure d'agir en conformité avec leur propre vision des exigences constitutionnelles, quitte à s'écarter des interprétations de la Cour suprême, comme les Protestants peuvent rejeter les interprétations papales pour se forger leur propre opinion de la volonté divine³⁴.

²⁷ L. ALEXANDER, F. SCHAUER, « Defending Judicial Supremacy: A Reply », *Const. Comment*, 2000, vol. 17, p. 455.

²⁸ *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997), p. 545.

²⁹ *Board of Trustees of University of Alabama v. Garrett*, 531 US 356 (2001), p. 365.

³⁰ L. ALEXANDER, F. SCHAUER, « On extrajudicial Constitutional Interpretation », *Harv. L. Rev.*, 1997, vol. 110, p. 1359 ; L. ALEXANDER, F. SCHAUER, « Defending Judicial Supremacy: A Reply », art. cit.

³¹ Cité par L. KRAMER, *The People Themselves*, *op. cit.*, p. 106.

³² *Ibid.*, p. 145-147, 186-187.

³³ K. WHITTINGTON, « Extrajudicial Constitutional Interpretation: Three Objections and Responses », *N. Car. L. Rev.*, 2002, vol. 80, p. 784 ; J. HARRISON, « The Role of the Legislative and Executive Branches in Interpreting the Constitution », *Cornell L. Rev.*, 1988, vol. 73, p. 371 ; M. MCCONNELL, « Institutions and Interpretation: A Critique of *Boerne v. Flores* », *Harv. L. Rev.*, 1997, vol. 111, p. 153.

³⁴ S. LEVINSON, *Constitutional Faith*, Princeton, Princeton UP, 2^e éd., 2011, 280 p.

Le départementalisme connaît de nombreuses variantes. Certaines mettent l'accent sur la capacité du pouvoir exécutif à se détacher des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême³⁵ ; d'autres ont pu insister sur le fait que le Quatorzième Amendement de la Constitution américaine pouvait être considéré comme reconnaissant une compétence partagée entre la Cour et le Congrès dans l'interprétation des exigences constitutionnelles³⁶. La section 5 de cet amendement prévoit en effet que « le Congrès aura le pouvoir de donner effet aux dispositions du présent article par une législation appropriée », l'amendement en question interdisant aux États de « priver un individu de sa vie, de sa liberté ou de sa propriété sans procédure légale régulière » et de « refuser une égale protection des lois ». Pendant longtemps, la Cour suprême a rappelé que cette disposition ne limitait pas le pouvoir du Congrès à interdire par voie législative des actions étatiques qui seraient jugées inconstitutionnelles par la Cour suprême. Une telle conception aurait en effet confiné le législateur dans une position insignifiante. Au contraire, la section 5 autorise le Congrès à proscrire l'adoption de règles étatiques qui seraient pourtant constitutionnelles selon la Cour. À titre d'illustration, le *Voting Rights Act of 1965* a interdit aux États de priver du droit de vote les personnes ne maîtrisant pas l'anglais lorsqu'elles ont un diplôme équivalent à celui sanctionnant la fin du cycle d'éducation primaire américain. Cette disposition a supprimé la condition de compétences linguistiques formulée par la Cour suprême six ans auparavant et renforcé ainsi la protection offerte au principe d'égalité, offrant une portée plus large au droit de vote. L'important ici est que le *Voting Rights Act* ne saurait être conçu simplement comme une protection législative plus importante que la garantie constitutionnelle, ce qui ne traduirait pas nécessairement une capacité d'interprétation constitutionnelle autonome du législateur. En effet, la nature fédérale des États-Unis implique qu'en allant au-delà de ce qui est exigé par les droits constitutionnellement protégés du point de vue des juges, le Congrès limite la marge de manœuvre des États, écartant les contraintes constitutionnelles qui s'imposent normalement à lui du fait du fédéralisme. Pour cette raison, la mise en œuvre de la section 5 par le Congrès est généralement analysée par la doctrine américaine non pas simplement comme l'adoption de garanties législatives plus généreuses que les garanties constitutionnelles mais bien comme le signe d'une véritable capacité du législateur à mettre en œuvre sa propre interprétation des différentes exigences constitutionnelles.

Cette compétence s'inscrit dans une « conception polycentrique » de l'interprétation dans laquelle les différentes autorités publiques sont en mesure de mettre en œuvre leurs propres interprétations des exigences constitutionnelles³⁷. Comme le soulignent Robert Post et Reva Siegel, la section 5 autorise le Congrès à agir sur le fondement de sa propre interprétation indépendante de la Constitution mais la Cour suprême pourra censurer cette lecture si elle estime qu'elle viole les exigences constitutionnelles. Dans cette perspective, la notion de dernier mot est relative d'un point de vue temporel. La portée des normes constitutionnelles se trouve définie de manière évolutive et la conception d'un interprète ne prévaut qu'aussi longtemps que l'autre ne propose pas une vision alternative.

Cette présentation du système américain est souvent écartée en ce qu'elle ne reflèterait pas la réalité institutionnelle et que si tel était le cas, elle conduirait à une situation anarchique dans laquelle le sens des exigences constitutionnelles changerait continuellement en fonction des interprètes. En réalité, une telle critique est excessive en ce que bien souvent chaque nouvelle interprétation est plus une nuance qu'un rejet frontal d'une interprétation antérieure. De la même manière que le juge fait évoluer de manière cohérente ses interprétations au fil de ses décisions, il est possible de considérer que les différents interprètes participent à un dialogue continu sur le sens de la norme fondamentale. Plusieurs auteurs américains se sont ainsi attachés à mettre en lumière la participation des différentes institutions, notamment de la Cour et du Congrès, dans la détermination du sens des exigences constitutionnelles. Analysant les interactions institutionnelles qui se sont déployées sur différentes questions telles que le droit à la vie privée, l'interdiction des discriminations raciales, la liberté d'expression ou la liberté de religion, Neil Devins et Louis Fisher ont ainsi pu souligner que « presque aucune décision majeure de la Cour suprême ne peut être comprise sans

³⁵ A. MILLER, « The President and the Faithful Execution of the Laws », *Vanderbilt L. Rev.*, 1987, vol. 40, p. 387 ; F. EASTERBROOK, « Presidential Review », *Case W. Res. L. Rev.*, 1990, vol. 40, p. 905 ; T. MERRILL, « Judicial Opinions as Binding Law and as Explanations for Judgements », *Cardozo L. Rev.*, 1993, vol. 15, p. 43 ; D. STRAUSS, « Presidential Interpretation of the Constitution », *Cardozo L. Rev.*, 1993, vol. 15, p. 113 ; M. STROKES PAULSEN, « The *Merryman* Power and the Dilemma of Autonomous Executive Branch Interpretation », *Cardozo L. Rev.*, 1993, vol. 15, p. 81 ; M. Strokes Paulsen, « The Most Dangerous Branch: Executive Power to Say What the Law Is », *Geo. L. J.*, 1994, vol. 83, p. 217 ; G. LAWSON, C. MOORE, « The Executive Power of Constitutional Interpretation », *Iowa L. Rev.*, 1996, vol. 81, p. 1267 ; E. MEESE III, « The Law of the Constitution », *Tul. L. Rev.*, 1987, vol. 61, p. 979 ; S. PRAKASH, J. YOO, « Against Interpretative Supremacy », *Mich. L. Rev.*, 2005, vol. 193, p. 1539 ; M. STEILEN, « Collaborative Departmentalism », *Buffalo L. Rev.*, 2013, vol. 61, p. 341.

³⁶ W. MURPHY, « Who Shall Interpret? The Quest for the Ultimate Interpreter », *Rev. Pol.*, 1986, vol. 48, p. 415 ; L. CARTER, « The *Morgan* Power and the Forced Reconsideration of Constitutional Decisions », *U. Chi. L. Rev.*, 1986, vol. 53, p. 819 ; L. KRAMER, « The Supreme Court, 2000 Term – Foreword: We the Court », *Harv. L. Rev.*, 2001, vol. 115, p. 5 ; R. POST, R. SIEGEL, « Legislative Constitutionalism and Section Five Power: Policentric Interpretation of the Family and Medical Leave », *Yale L. J.*, 2003, vol. 112, p. 1943.

³⁷ R. POST, R. SIEGEL, art. cit.

qu'on examine les décisions politiques qui l'entourent »³⁸. Si leur étude empirique est particulièrement large, ils ne sont pas les seuls à avoir mené ce type d'analyses³⁹ qui soulignent *in fine* que l'interprétation constitutionnelle est une entreprise participative, sans que cela ne provoque l'anarchie interprétative souvent redoutée par les défenseurs de la suprématie juridictionnelle. Comme le rappelle d'ailleurs Richard Fallon, l'idée que les autorités ont l'obligation de se conformer aux décisions juridictionnelles au-delà du litige dans lesquels elles ont été rendues ne trouve pas de vérification dans les faits⁴⁰. Certes, le Congrès s'inspire souvent des motivations de la Cour lorsqu'il adopte des dispositions législatives, souvent pour des raisons pratiques et stratégiques, mais lorsqu'il le désire, il peut aussi nuancer la portée des interprétations de la Cour et influencer cette dernière sur le temps long. En outre, le Président et les autorités fédérales ont rarement tenté de faire appliquer les décisions de la Cour à l'égard de ceux qui n'étaient pas parties au litige initial, que ce soit en matière de déségrégation scolaire ou de prières dans les écoles⁴¹ par exemple. Enfin, les procédures de nomination et de confirmation des juges sont bien des moments dans lesquels les autorités politiques cherchent à faire évoluer la jurisprudence des juridictions. La prise en compte des positions philosophiques et politiques des futurs juges fédéraux témoigne de ce que les autorités de nomination peuvent avoir des conceptions différentes de celles de la Cour suprême quant à l'interprétation adéquate de la Constitution. En ce sens, s'il existe, comme le soutiennent les tenants de la suprématie judiciaire, une obligation de respecter les interprétations juridictionnelles, celle-ci est fréquemment mise à mal.

S'il n'apparaît pas nécessaire de craindre un chaos interprétatif, la notion d'interprétation collaborative ou participative ne doit néanmoins pas être comprise comme une analyse naïve ou excessivement optimiste des rapports entre les interprètes, la dimension fortement polémique du dialogue ne pouvant être négligée dans certains cas. Ainsi que le résume Robert Post, « le droit constitutionnel américain se développe dans les *luttres* entre la Cour suprême et le peuple américain. Comme Alexander Bickel l'a souligné, « virtuellement toutes les décisions importantes de la Cour suprême constituent le début d'une conversation entre la Cour, le peuple et leurs représentants⁴² ». Si la Cour annonce une décision constitutionnelle, bien qu'elle puisse proposer une signification de la Constitution, la portée ultime de la Constitution sera définie largement par les forces politiques que la décision de la Cour aura provoquées. Cette dynamique est évidente dans les affaires telles que *Brown v. Board of Education* ou *Roe v. Wade*⁴³ ».

Pour autant, dans un certain nombre de cas, les désaccords interprétatifs ne suscitent pas de controverses. Ainsi, les pardons, véto et refus de mise en œuvre d'une loi par les Présidents américains, fondés sur leur jugement de l'inconstitutionnalité de la décision qu'ils remettent en cause et en dépit de conclusions juridictionnelles parfois contraires ne provoquent que peu d'objections⁴⁴. Par ailleurs, sur un certain nombre de questions, la Cour suprême n'intervient pas, laissant l'interprétation constitutionnelle dans les mains des autres institutions. La doctrine des questions politiques (*political question doctrine*) en constitue une illustration particulièrement pertinente. Comme le rappelle Rachel Barkow, « la Constitution elle-même prévoit que certaines problématiques seront résolues exclusivement par les instances politiques⁴⁵ ». La catégorie des « hauts crimes et délits » permettant de déclencher une procédure d'*impeachment* est ainsi soumise à l'interprétation du Congrès et non pas des juridictions⁴⁶. De la même manière, un certain nombre de questions font l'objet d'un silence juridictionnel⁴⁷, qu'il s'agisse des relations internationales et des pouvoirs de faire la guerre ou encore des relations avec les Nations indiennes⁴⁸. Dès lors, le

³⁸ N. DEVINS, L. FISHER, *The Democratic Constitution*, *op. cit.*, p. 1.

³⁹ J. AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Londres, Cornell UP, 1984, 192 p. ; L. FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton UP, 1988, 320 p. ; S. BURGESS, *Contest for Constitutional Authority: the Constitution in Conflicts*, Cambridge, HUP, 1992, 488 p. ; N. DEVINS, *Shaping Constitutional Values: Elected Government, The Supreme Court and the Abortion Debate*, Baltimore, The John Hopkins UP, 1996, 224 p. ; K. WHITTINGTON, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge, HUP, 1999, 316 p.

⁴⁰ R. FALLON, « Judicial Supremacy, Departmentalism and The Rule of Law », *Tex. L. Rev.*, 2018, vol. 96, p. 501.

⁴¹ G. ROSENBERG, *The Hollow Hope: Can Court Bring About Social Change?*, Chicago, University of Chicago Press, 1991, 432 p. ; M. KLARMAN, *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*, Oxford, OUP, 2004, 655 p.

⁴² A. BICKEL, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Haven, Yale UP, 1970, p. 91.

⁴³ R. POST, « Constitutional Scholarship in the United States », *I-CON*, 2009, vol. 3, p. 416.

⁴⁴ A. LACROIX, « The Interbellum Constitution: Federalism in the Long Founding Moment », *Stan. L. Rev.*, 2015, vol. 67, p. 397 ; F. EASTERBROOK, « Presidential Review », *Case W. Res. L. Rev.*, 1989, vol. 40, p. 905 ; C. MAY, « Presidential Defiance of Unconstitutional Laws: Reviving the Royal Prerogative », *Hastings Const. L. Q.*, 1994, vol. 21, p. 865 ; D. MELTZER, « Executive Defense of Congressional Acts », *Duke L. J.*, 2012, vol. 61, p. 1183.

⁴⁵ R. BARKOW, « More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy », *Colum. L. Rev.*, 2002, vol. 102, p. 237.

⁴⁶ G. MCDOWELL, « High Crimes and Misdemeanors: Recovering the Intentions of the Founders », *Geo. Wash. L. Rev.*, 1999, vol. 67, p. 626.

⁴⁷ L. SAGER, « Justice in Plain Clothes: Reflections on the Thinness of Constitutional Law », *Nw. U. L. Rev.*, 1993, vol. 88, p. 410.

⁴⁸ M. BLACKHAWK, « Legislative Constitutionalism and Federal Indian Law », *Yale L. Rev.*, 2023, vol. 123, p. 2205.

constitutionnalisme américain n'est pas seulement juricentrique, même s'il ne s'agit pas de nier l'importance de la Cour et de sa jurisprudence. Il peut aussi être ce que d'aucuns nomment un constitutionnalisme législatif ou, de manière plus pertinente, polycentrique. Celui-ci ne saurait toutefois être confondu avec le constitutionnalisme politique, en tant que modèle alternatif au constitutionnalisme juridique.

II. L'impossibilité d'appréhender le système juridique américain comme relevant du constitutionnalisme politique

L'opposition entre les constitutionnalismes politique et juridique, si elle n'est pas inconnue en France, est peu mobilisée par la doctrine⁴⁹. Elle constitue en revanche un cadre d'analyse largement répandu dans le monde anglophone, notamment pour appréhender les questions de légitimité démocratique de la justice constitutionnelle⁵⁰. Pour le dire simplement, le constitutionnalisme juridique permet de désigner les systèmes juridiques avec une Constitution écrite, formelle et rigide, de préférence avec un catalogue constitutionnel de droits et libertés, et associée à un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Les États-Unis sont généralement considérés comme une illustration particulièrement topique de cette forme de constitutionnalisme, mais le terme peut en réalité être employé pour qualifier celle qu'il prend dans tous les systèmes connaissant un mécanisme de justice constitutionnelle, quelles que soient ses modalités. À l'inverse, le constitutionnalisme politique permet de désigner les systèmes qui refusent cette double caractéristique. Il est traditionnellement associé au fonctionnement historique du régime britannique qui repose sur le principe de la souveraineté du Parlement et a donc officiellement refusé pendant longtemps tout contrôle juridictionnel de la loi et toute constitutionnalisation formelle. La raison de ce refus est une croyance dans les vertus de la délibération politique et dans la seule légitimité des décisions prises par le peuple, ou ses élus, à la majorité simple, conçue comme l'unique garantie de la démocratie car les majorités renforcées favorisent le *statu quo* et empêchent donc le peuple d'être maître de son destin. Le constitutionnalisme politique s'oppose ainsi à la justice constitutionnelle, et plus largement à la constitutionnalisation au sens de rigidité constitutionnelle. Cette opposition est apparue dans la doctrine pour défendre les positions des détracteurs de la rigidité constitutionnelle et du contrôle de constitutionnalité. Ces derniers ont qualifié les partisans de ces deux caractéristiques, de défenseurs du constitutionnalisme juridique ou du nouveau constitutionnalisme, pour souligner que le constitutionnalisme ne nécessitait pas forcément de prendre cette forme. Selon eux, une autre voie était toujours possible : celle, antérieure, du constitutionnalisme politique, même si depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, ce qui prenait désormais le qualificatif de constitutionnalisme juridique avait connu une expansion sans précédent, la rigidité constitutionnelle et la justice constitutionnelle apparaissant comme les deux nouveaux « dogmes » du constitutionnalisme⁵¹.

Le débat entre les deux camps a connu un regain d'intérêt à partir des années 2000 dans le sillage de la parution de travaux sur la possibilité d'une troisième voie entre les constitutionnalismes politique et juridique. Ceux-ci ont été nourris par les expériences constitutionnelles de plusieurs systèmes juridiques qui ont cherché à renforcer la protection des droits, notamment par l'acceptation de sa dimension juridictionnelle, mais sans pour autant ôter au législateur le pouvoir de décider en dernier ressort des réponses devant être apportées aux questions qui se posent, dans toute société, sur les conciliations à opérer entre les droits de chacun. Stephen Gardbaum, l'un des premiers à l'avoir mise en lumière, parle de nouveau modèle du Commonwealth (*new commonwealth model of constitutionalism*)⁵². Janet Hiebert évoque les déclarations parlementaires de droits (*parliamentary bill of rights model*)⁵³. Mark Tushnet oppose un système de contrôle juridictionnel de la loi faible (*weak-form of judicial review system*) à celui, fort, qui existe aux États-Unis et plus

⁴⁹ Manon ALTWEGG-BOUSSAC, « Le concours des organes politiques et juridictionnel à la garantie des droits. Regards sur une modélisation alternative de la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, 2014, n° 13 ; A. BACHERT-PERETTI, *Les rapports entre cours suprêmes et législateurs dans les systèmes constitutionnels de common law*, op. cit. ; M. CARPENTIER, « Une modélisation alternative des systèmes de justice constitutionnelle : enjeux et difficultés », *RFDC*, 2019, vol. 120, n° 4, p. 843-864 ; G. TUSSEAU, « Deux dogmes du constitutionnalisme », in *Mélanges Elisabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018.

⁵⁰ Voir notamment J. WALDRON, « Constitutionalism – A Skeptical View », in T. CHRISTIANO, J. CHRISTMAS, *Contemporary Debates in Political Philosophy*, Londres, Wiley-Blackwell, 2009, p. 267 ; S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge, CUP, 2013, p. 21-25. Pour des références plus nombreuses, voire notre thèse précitée.

⁵¹ G. TUSSEAU, art. préc.

⁵² S. GARDBAUM, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », *Am. J. Comp. L.*, 2001, vol. 49, p. 707 ; « Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism », *I-CON*, 2010, vol. 8, p. 167 ; *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, CUP, Cambridge, 2013, 262 p. ; « The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism », *German L. J.*, 2013, vol. 14, p. 2229 ; « What's So Weak about Weak-Form Review: A Reply to Aileen Kavanagh », *I-CON*, 2015, vol. 13, p. 1040.

⁵³ J. HIEBERT, *Charter Conflicts: What is Parliament's Role?*, Montréal, McGill-Queen's UP, 2002, 285 p. ; « Is it Too Late to Rehabilitate Canada's Notwithstanding Clause », *S.C.L.R. (2d)*, 2004, vol. 23, p. 169 ; « New Constitutional Ideas: Can New Parliamentary Models Resist Judicial Dominance when Interpreting Rights? », *Tex. L. Rev.*, 2004, vol. 82, p. 1963 ; « Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? », *MLR*, 2006, vol. 69, p. 7 ; « Constitutional Experimentalism: Rethinking How a Bill of Rights Functions » in T. Ginsburg, R. Dixon (dir.), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, p. 299.

largement dans les systèmes adhérant au constitutionnalisme juridique⁵⁴. Au-delà de la diversité des appellations⁵⁵, cette troisième voie a été présentée comme un élégant compromis entre les deux dimensions classiques du constitutionnalisme. Elle retiendrait les avantages de chacune d'entre elles et rejetterait leurs inconvénients respectifs. La protection des droits et la place du juge seraient ainsi renforcées sans priver le législateur de son rôle de producteur normatif souverain au sein de l'ordre juridique.

Selon le Professeur Gardbaum, qui présente la théorisation la plus complète de ce nouveau modèle, trois caractéristiques principales permettent la réalisation de ce compromis. La première est l'existence d'un catalogue des droits et libertés. Il peut disposer d'une valeur constitutionnelle ou législative. Il sera mis en œuvre par le juge et opposable au législateur. En effet, le deuxième critère est la présence d'un contrôle juridictionnel de l'action étatique, et notamment législative. Les juges sont autorisés à confronter les textes adoptés par les représentants avec les droits consacrés et à mettre en lumière toute contrariété. Toutefois, le législateur reste compétent pour déterminer en dernier ressort les règles juridiques devant être appliquées. Il peut faire échec aux décisions juridictionnelles. L'intérêt de ce mécanisme se trouve révélé par la troisième condition, l'exigence d'un contrôle politique du respect des droits garantis pour tout projet de loi, antérieur à son adoption (*pre-enactment political rights review*). Les contrôles, juridictionnel comme politique, ne sont envisagés que comme des moyens d'accroître les délibérations en matière de droits et libertés. Loin de bloquer le processus politique, en lui interdisant certaines actions ou omissions, les décisions des juges sont perçues comme devant favoriser la discussion de ces questions.

Ainsi, la combinaison de ces trois éléments – un catalogue de droits, un contrôle juridictionnel faible et un contrôle politique – permettrait d'assurer une plus grande protection des droits sans remettre en cause les principes essentiels de la démocratie. Un nouvel équilibre entre le législateur et le juge en matière de droits et libertés semble alors possible, distant aussi bien de celui qui découle du constitutionnalisme juridique, incarné souvent par les États-Unis, que de celui lié au constitutionnalisme politique, associé traditionnellement aux systèmes parlementaires de Westminster. Comme le résume le Professeur Janet Hiebert, ces ordres juridiques ont cherché à « mettre de côté l'orthodoxie constitutionnelle qui présume la nécessité de faire un choix tranché entre la souveraineté parlementaire et l'octroi d'une compétence juridictionnelle pour déterminer la validité de la législation lorsque les droits et libertés sont concernés⁵⁶ ». Selon le Professeur Stephen Gardbaum, ce nouveau modèle « promet d'être aux formes du constitutionnalisme ce que l'économie mixte est aux formes d'organisation économique », rien de moins qu'« une troisième voie distincte et attrayante entre deux extrêmes, plus purs, mais défailants⁵⁷ ». Ainsi, le Canada, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et deux entités fédérées australiennes, le Territoire de la Capitale Australienne et l'État du Victoria, auraient mis en place un système de protection des droits original permettant d'établir un équilibre harmonieux entre le législateur et le juge.

Pour autant, au regard de la pratique de ces systèmes, il semble que la troisième voie ne soit pas aussi innovante que ce qui avait été initialement imaginé. En effet, dans la plupart des cas, le législateur respecte les décisions juridictionnelles et ne les remet pas en cause frontalement. Cette compétence spécifique du législateur, qui devait faire l'originalité de la troisième voie, n'a ainsi pas eu de réels effets pratiques. La comparaison entre le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis a permis de mettre en lumière des équilibres entre juges et législateurs relativement semblables. Elle a toutefois permis de mettre l'accent sur l'importance des relations institutionnelles, y compris aux États-Unis et d'élargir la perspective, au-delà de la jurisprudence, quand on souhaite observer la réalité du fonctionnement du système constitutionnel.

⁵⁴ M. TUSHNET, « Alternative Forms of Judicial Review », *Mich. L. Rev.*, 2003, vol. 101, p. 2781 ; « New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Concerns », *Wake Forest L. Rev.*, 2003, vol. 38, 813 ; « Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures », *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2004, vol. 2, p. 7 ; *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton UP, 2008, 272 p. ; « The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review », *German L. J.*, 2013, vol. 14, p. 2249.

⁵⁵ V. également K. ROACH, *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*, Irwin Law, Toronto, 2001, 352 p. ; F. KLUG, « The Human Rights Act – A “Third Way” or a “Third Wave” Bill of Rights », *EHRLR*, 2001, p. 361 ; J. GOLDSWORTHY, « Homogenizing Constitutions », *OJLS*, 2003, vol. 23, p. 483-505 ; M. ELLIOTT, « Interpretative Bills of Rights and the Mystery of the Unwritten Constitution », *N.Z.L.R.*, 2011, p. 591-624 ; R. WEILL, « Hybrid Constitutionalism: The Israeli Case for Judicial Review and Why We Should Care », *Berkeley Journal of International Law*, 2012, vol. 30, p. 349 ; R. WEILL, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism Notwithstanding: On Judicial Review and Constitution-Making », *Am. J. Comp. L.*, 2014, vol. 62, p. 127.

⁵⁶ J. HIEBERT « Constitutional Experimentation: Rethinking How a Bill of Rights Functions » in T. GINSBURG, R. DIXON, *Comparative Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 298.

⁵⁷ S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model*, *op. cit.*, p. 1.

Plus récemment, le débat entre les deux formes classiques de constitutionnalisme est revenu sur le devant de la scène doctrinale lorsqu'un groupe d'experts désignés par le Parlement polonais a affirmé que les évolutions institutionnelles que connaissait le pays, relatives aux réformes de la composition et du fonctionnement du Tribunal constitutionnel à l'œuvre depuis 2015, pouvaient être analysées comme un rejet du constitutionnalisme juridique et une mise en œuvre du constitutionnalisme politique⁵⁸. Cette analyse a ensuite été reprise par certains auteurs⁵⁹, avant d'être fermement contestée par d'autres⁶⁰ en ce qui concerne tant la situation polonaise que hongroise⁶¹. Toutefois, au regard de leurs caractéristiques, il apparaît impossible de les décrire comme relevant du constitutionnalisme politique, tant en raison du maintien formel des caractéristiques du constitutionnalisme juridique que de l'absence d'adhésion à la logique du constitutionnalisme politique.

Les autorités politiques polonaises et hongroises n'ont supprimé ni la rigidité de la Constitution, ni le contrôle juridictionnel, qui constituent pourtant les cibles des critiques du constitutionnalisme juridique. Certes, cela ne peut suffire à renseigner sur leur volonté en la matière, cette non-suppression s'expliquant peut-être simplement par des contingences politiques, telles que l'absence de majorité nécessaire pour effectuer ce changement. L'affaiblissement du rôle des cours constitutionnelles peut alors être vu comme un pis-aller face à l'impossibilité pratique de pleinement instaurer un constitutionnalisme politique. Toutefois, on peut douter de cette interprétation, au moins en ce qui concerne la Hongrie, au regard de la mise en œuvre d'autres modifications de la Constitution depuis 2010⁶². Si le maintien formel des caractéristiques du constitutionnalisme juridique offre donc un premier argument pour refuser de reconnaître que ces deux systèmes puissent être considérées comme relevant du constitutionnalisme politique, cette analyse est renforcée par l'impossibilité de discerner chez les autorités politiques polonaises et hongroises une adhésion à la logique sous-tendant le constitutionnalisme politique.

Malgré l'absence de suppression de la rigidité constitutionnelle et du contrôle juridictionnel, il est possible de se demander si les réformes, notamment polonaises, ne peuvent pas être interprétées comme des moyens moins radicaux de faire advenir le constitutionnalisme politique. Les deux formes de constitutionnalisme peuvent en effet être comprises comme les deux pôles d'un *continuum* sur lequel les différents systèmes peuvent être positionnés. Certains auteurs soulignent ainsi trois modalités d'un constitutionnalisme plus politique que juridique⁶³ : celle sans rigidité constitutionnelle, à savoir le constitutionnalisme politique au sens le plus pur de son expression ; celle dans laquelle même s'il existe un contrôle de constitutionnalité, les juges demeurent particulièrement déférents vis-à-vis des choix politiques faits par les autorités élues, comme ce peut être le cas en Scandinavie ; celle, enfin, dans laquelle un contrôle de constitutionnalité existe mais des mécanismes permettent aux autorités politiques de faire échec aux décisions juridictionnelles, à la majorité simple, à l'instar de la compétence du législateur canadien en vertu de la clause nonobstant (*legislative override*). En admettant cette distinction tripartite, on pourrait considérer que les réformes polonaises empruntent une voie non radicale de mise en œuvre du constitutionnalisme politique, visant à renforcer à l'extrême la déférence des juridictions vis-à-vis des décisions publiques. Pourtant, cette analyse ne semble pas pouvoir être retenue pour deux raisons. D'une part, au cœur du constitutionnalisme politique et du rejet du constitutionnalisme juridique, se trouve « l'élargissement des forums de discussion et d'argumentation », ainsi que le rappelait, en 1979, le professeur britannique John Griffith dans l'article fondateur du constitutionnalisme politique, « *The Political Constitution* »⁶⁴. Or, si les critiques des réformes polonaises et hongroises, notamment par les autorités européennes, se sont largement concentrées sur l'affaiblissement de l'indépendance judiciaire, ces réformes sont beaucoup plus larges et vont de manière générale dans un sens contraire à un élargissement du débat public. D'autre part, le constitutionnalisme politique se justifie par la croyance dans l'existence de désaccords raisonnables et légitimes sur les questions de société, lesquelles ne peuvent être tranchées qu'en termes politiques après de véritables délibérations

⁵⁸ A. MROZEK, A. SLEDZINSKA-SIMON, « Constitutional Review as an Indispensable Element of the Rule of Law? Poland and the Divided State between Political and Legal Constitutionalism », *Verfassungsblog*, 12 janvier 2017.

⁵⁹ A. Czarnota, « The Constitutional Tribunal », *Verfassungsblog*, 3 juin 2017 ; L. Morawski, « A Critical Response », *Verfassungsblog*, 3 juin 2017.

⁶⁰ P. Blokker, « From Legal to Political Constitutionalism? », *Verfassungsblog*, 4 juin 2017 ; P. Castillo Ortiz, « The Illiberal Abuse of Constitutional Courts », *European Const. L. Rev.*, 2019, vol. 15, p. 48 ; T. Drinóczi, « Does the Constitutional Review Breach the Principle of Separation of Powers? A Shifting Perspective », in I. MOTOC *et al.* (dir.), *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of András Sajó*, La Haye, Eleven International Publishing, 2018, p. 75.

⁶¹ La même rhétorique a en outre été employée par le gouvernement israélien pour soutenir sa réforme du système judiciaire en 2022 et 2023 : voir A. BACHERT-PERETTI, « La réforme de la justice en Israël : Régression ou revitalisation démocratique ? », *Le Club des juristes*, 7 avril 2023.

⁶² T. DRINOCZI, A. BIEN-KACALA, « Extra-legal Particularities and Illiberal Constitutionalism », *Hungarian J.L.S.*, 2018, vol. 59, p. 338.

⁶³ T. GYÖRFI, *Against the New Constitutionalism*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, 288 p.

⁶⁴ J.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », *Modern L. Rev.*, vol. 42, p. 1.

publiques⁶⁵. Or, les autorités polonaises et hongroises cherchent à imposer une vision particulière de la société en refusant toute légitimité aux autres conceptions possibles de la « vie bonne »⁶⁶. Ainsi, les situations polonaises et hongroises ne peuvent être appréhendées par le prisme du constitutionnalisme politique.

Ce renouveau du débat sur les formes de constitutionnalisme, lié aux situations polonaise et hongroise, trouve un écho aux États-Unis en raison des récentes propositions de réforme de la Cour suprême qui pourraient, elles aussi, être analysées comme visant la mise en place d'une version atténuée du constitutionnalisme politique. Toutefois, les défenseurs d'un rôle plus limité de la Cour suprême ne souhaitent pas revitaliser le débat démocratique pour lui-même, mais faire prévaloir certaines valeurs spécifiques, aujourd'hui dénoncées et remises en cause par le mouvement conservateur américain, dominant au sein des juridictions fédérales. Ceux qui exaltaient hier le contrôle juridictionnel de constitutionnalité parce qu'ils soutenaient les solutions libérales et progressistes de la Cour Warren, en sont devenus les détracteurs les plus farouches depuis que la révolution conservatrice est en marche⁶⁷.

Dans cette perspective, le fonctionnement réel de la justice constitutionnelle dans différents systèmes conduit, comme le propose Massimo Luciani dans son rapport introductif, à s'interroger sur les finalités et les vertus qui lui ont été traditionnellement attribuées et qui relèvent peut-être plus d'une forme de mythe que de la réalité⁶⁸. Plus fondamentalement toutefois, ces interrogations incitent également à réfléchir aux tendances doctrinales dominantes. Le rôle, majeur, des juges constitutionnels n'est certes pas seulement le produit d'une présentation favorable de la part des constitutionnalistes, mais cette dernière a indéniablement joué en sa faveur. Dès lors, en sus des nouvelles frontières du constitutionnalisme, ce sont aussi celles des études constitutionnelles qu'il convient d'envisager, afin de rendre ces dernières plus ouvertes, plus imaginatives et plus conscientes de ce qui conditionnent et de ce qu'impliquent leurs objets, leurs méthodes et leurs résultats.

⁶⁵ J. WALDRON, « A Right-Based Critique of Constitutional Rights », *OJLS*, 1993, vol. 13, p. 18.

⁶⁶ G. TOTH, « Constitutional Markers of Authoritarianism », *Hague J. on the Rule of Law*, 2019, vol. 11, p. 37 ; D. MIMEUR, « Qu'est-ce que la démocratie illibérale », *Cités*, 2019/3.

⁶⁷ I. FASSASSI, « La présidence Obama face à la Cour suprême », in *Mélanges en l'honneur d'Elizabeth Zoller*, Paris, Dalloz, 2018, p. 345 ; J. BALKIN, « Why Liberals and Conservatives Flipped On Judicial Restraint », *Tex. L. Rev.*, 2019, vol. 98, p. 215.

⁶⁸ G. TUSSEAU, « Les juridictions constitutionnelles en contexte illibéral : la figure du complice », in V. BARBÉ, B.-L. COMBRADE, C.-E. SÉNAC (dir.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2023, 496 p.