

Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État

Élisabeth ZOLLER

Professeur à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

RÉSUMÉ. — Le présent article développe la thèse selon laquelle le **pluralisme** est le meilleur outil conceptuel pour comprendre la conception américaine de l'**État**. Les racines historiques de l'**État pluraliste** se trouvent dans la Lettre 10 du Fédéraliste sur les factions et les intérêts dans la société moderne et la Lettre 51 sur les moyens de les contrôler.

Le pluralisme juridique est un courant théorique dissident né à la fin du XIX^e siècle en réaction contre le monisme étatique, courant théorique dominant qui voyait dans l'État l'unique source du droit¹. On peut le définir comme la situation dans laquelle deux ou plusieurs systèmes juridiques coexistent dans le même champ social², ou encore comme le fait pour une conduite donnée dans un champ social d'être régie par plus qu'un seul ordre juridique³. Les exemples classiques de sociétés authentiquement pluralistes en matière juridique sont les sociétés coloniales ou post-coloniales dans lesquelles survécurent nombre de règles indigènes de nature coutumière pour autant qu'elles n'étaient pas contraires à l'ordre public ou à la morale, et sur lesquelles ethnologues et anthropologues ont mené de fructueuses recherches.

Le système juridique des anciennes puissances coloniales contient souvent des dispositions conservatoires des règles coutumières des anciens peuples colonisés, notamment en matière de statut personnel. Cette pratique, aujourd'hui en voie de réduction⁴, permet de qualifier ces systèmes juridiques de pluralistes. Mais, à partir des années 1970, les chercheurs ont appliqué le pluralisme juridique à l'étude des sociétés modernes, urbaines et industrielles, notamment aux États-Unis, en Grande-Bretagne, ainsi qu'aux Pays-Bas, et le pluralisme juridique, qui était à l'origine un concept des sciences sociales pour analyser les rapports entre colonisateurs et colonisés, est devenu une grille de lecture des relations entre groupes dominants et groupes subordonnés, tels que les groupes

¹ Pour une présentation synthétique complète de la théorie juridique formelle du pluralisme, voir H. Moutouh, « Pluralisme juridique », *Dictionnaire de culture juridique*, D. Alland & S. Rials (dir.), PUF, 2003, p. 1158-1162.

² Sally E. Merry, « Legal Pluralism », *Law & Society Review*, vol. 22 (1988), p. 869-896, notamment p. 870.

³ J. Griffiths, « What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 1 (1986), p. 1.

⁴ Voir, par exemple, l'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer n° 2003-660 (21 juillet 2003, JORF, 22 juillet, p. 12320) qui abolit la polygamie et la répudiation pour les Mahorais de droit civil local atteignant l'âge requis pour se marier au 1^{er} janvier 2005.

religieux⁵, les groupes ethniques, les minorités culturelles, les groupes d'immigrés. À la limite, le pluralisme juridique servirait à expliquer la diversité de la société.

Le concept de pluralisme juridique est souvent utilisé pour présenter le fédéralisme⁶ et ses résultats⁷. Par exemple, à propos des États-Unis, on tend à dire volontiers que le système juridique américain se présente comme un ordre juridique pluraliste qui permet la coexistence, au sein d'un seul ordre juridique global, d'un ensemble d'ordres juridiques distincts ayant chacun leur souveraineté, mais tous soumis à la Constitution. Le pluralisme juridique s'y manifeste par la coexistence dans un ensemble unique des cinquante États de l'Union, du gouvernement fédéral et des tribus indiennes qualifiées par la Cour suprême d'autorités « souveraines »⁸. Toutefois, aux États-Unis, le concept de pluralisme n'est pas seulement utilisé pour expliquer le fédéralisme qui n'est considéré que comme l'une des innombrables conséquences de ce concept. Aux États-Unis, le pluralisme sert à expliquer non seulement le système juridique d'une manière générale, mais encore, la société tout entière, la manière dont elle est constituée et dont elle se conçoit en tant qu'État. Autrement dit, le pluralisme y est un concept

⁵ Pour une analyse de la contribution de la culture baptiste au pluralisme juridique qui caractérise les modes de règlement des conflits aux États-Unis, voir C. Greenhouse, « Nature is to Culture as Praying is to Sing: Legal Pluralism in an American Suburb », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 20 (1982), p. 17-31

⁶ Le fédéralisme est intimement lié au pluralisme sans toutefois se confondre avec lui. Le fédéralisme, de par sa racine étymologique (du latin *foedus* qui signifie traité), est d'abord une théorie internationale qui cherche à unir des unités séparées (comme dans la République fédérative de Montesquieu), alors que le pluralisme est une théorie du politique initialement formulée par Johannes Althusius, auteur allemand aujourd'hui oublié, mais remis à la mode ces dernières années, et fondée sur des « communautés symbiotiques » ; voir la mise au point faite par O. Beaud, « Fédéralisme », *Dictionnaire de philosophie politique*, Ph. Raynaud et S. Rials (dir.), PUF, 3^e ed., 2003, p. 267-276, surtout p. 275-276.

⁷ Le pluralisme juridique américain s'exprime dans la structure fédérale de l'Union ; les États-Unis forment un système juridique composite fait de cinquante systèmes juridiques étatiques et d'un système juridique tribal, le système juridique des tribus indiennes, lesquels sont plus unis (ou coordonnés) que recouverts (ou dominés) par le système juridique fédéral. S'il est vrai qu'aucun d'entre eux ne peut du chef de la clause de suprématie se trouver en conflit avec la Constitution fédérale, il serait faux de tenir ce texte pour la norme juridique suprême à laquelle s'imputent tous les actes des systèmes juridiques étatiques ou tribaux, lesquels sont moins « inférieurs » que « coordonnés » au système fédéral. Un grand nombre de matières réglées par ces différents systèmes ne sont absolument pas concernées par la Constitution fédérale qui ne dit rien et n'a rien à dire sur eux. C'est le cas, par exemple, des règles sur la responsabilité délictuelle de sorte qu'un même problème juridique peut recevoir des solutions complètement différentes selon les États. Cette situation qui, selon les cas, peut être très injuste pour les justiciables n'est possible que parce que le pluralisme est la caractéristique de la conception américaine de l'État.

⁸ Pour un exemple récent, voir *US v. Lara*, 541 US 193 (2004) et le qualificatif de « *third sovereign* » utilisé par le juge Kennedy pour dénommer une tribu indienne, p. 213. Ce vocable avantageux a été, semble-t-il, trouvé et utilisé surtout par le juge Sandra D. O'Connor, voir sa conférence au titre suggestif : « Lessons From the Third Sovereign: Indian Tribal Courts », *Tulsa Law Journal*, vol. 33 (1997), p. 1-6 qui débute par ces mots : « Aujourd'hui, aux États-Unis, nous avons trois types d'entités souveraines : le gouvernement fédéral, les États et les tribus indiennes. Chacun d'eux a son propre système judiciaire et joue un rôle important dans l'administration de la justice dans ce pays ».

moins juridique que politique. La preuve en est que, là où il s'est révélé un concept des plus féconds, c'est dans le domaine politique pour expliquer la conception américaine de « l'État » au niveau fédéral.

Ce qu'il y a de plus difficile à comprendre aux États-Unis, c'est la notion d'État⁹. Aux yeux, en particulier, des Européens continentaux élevés dans la culture de l'État, la conception américaine de l'État apparaît fuyante, insaisissable, voire déconcertante¹⁰. Certes, l'État est une réalité au niveau des États fédérés et on parle tous les jours des États de l'Union¹¹. Mais au niveau fédéral, contrairement à ce qu'on ne cesse de faire en France chaque fois qu'il est question des États-Unis, personne ne parle d'« État fédéral ». On parle de « gouvernement fédéral » (*the federal government*) et le terme « État » appliqué au gouvernement fédéral n'est utilisé que dans le contexte du droit international pour exprimer l'idée que les États-Unis forment un État souverain. Tout se passe comme si les États-Unis ne formaient « État » que pour les besoins de leurs relations extérieures, étant ici précisé que, dans ce cas précis, le vocable « État » renvoie non au gouvernement fédéral tout seul, mais à l'unité formée par le gouvernement fédéral et les cinquante États fédérés qui forment tous ensemble l'Union des États-Unis d'Amérique, sujet souverain de droit international. Vu de l'intérieur, en revanche, il n'y a pas un, mais cinquante États aux États-Unis, et le gouvernement fédéral ne constitue ni un État, ni encore moins un super-État. Autrement dit, il est impossible de comprendre ce qu'est le gouvernement fédéral en l'assimilant à un État au sens où ce terme est compris en Europe continentale. Les États-Unis entretiennent une conception de l'État complètement différente de la nôtre. Comment expliquer cela ?

La cause en est dans ce seul fait : il n'y est pas fait de distinction entre État et société. Aux États-Unis, la société est l'État, et l'État est la société ; il est à son image ; comme elle, il est pluraliste. Dès le début du XIX^e siècle, Hegel l'avait compris : « L'Amérique du Nord ne doit pas être considéré comme un État déjà formé et mûr, mais comme un État en devenir »¹². Ni la conquête de l'Ouest et l'extension de l'autorité de l'Union jusqu'aux rivages du Pacifique, ni la guerre de Sécession et la nationalisation des droits de citoyenneté qui s'ensuivit, n'ont fondamentalement modifié les choses. La singularité de l'État américain fut à nouveau notée au début du XX^e siècle

⁹ Le problème est bien analysé dans l'ouvrage *L'État en Amérique*, Marie-France Toinet (dir.), Paris, Presses de la FNSP, 1989.

¹⁰ Certains auteurs ont pensé que cette caractéristique était commune à tous les pays anglo-saxons et ils ont élaboré la théorie des sociétés sans États (*stateless societies*) qu'ils ont opposées aux sociétés continentales européennes qui seraient dotées au contraire d'un État (*state societies*), à tout le moins de ce qu'ils considèrent comme un véritable État. L'auteur le plus célèbre de cette école est Kenneth H. F. Dyson, *The State Tradition in Western Europ : A Study of an Idea and Institution*, Oxford, M. Robinson, 1980. Il n'est pas certain que tous les pays anglo-saxons appartiennent à la vaste catégorie informelle des « sociétés sans États ». En Angleterre, par exemple, s'il n'existe pas d'État, au sens continental du terme, il existe néanmoins un concept d'unité autour de la notion de « Crown » qui fait défaut à la société américaine ; voir M. Loughlin, « The State, the Crown and the Law », in M. Sunkin & S. Payne (dir.), *The Nature of the Crown*, 1999, Oxford University Press, p. 33-76.

¹¹ Voir, par exemple, la thèse de T. Gliozzo, *L'État fédéré américain*, Sakkoulas/Bruylant, 2004.

¹² Georg W. F. Hegel, *La Raison dans l'histoire*, coll. 10/18, p. 240.

par Harold J. Laski dans un article visionnaire qui, déjà à son époque, voyait bien que ce modèle d'État pluraliste se démarquait de la tradition européenne de l'État moniste¹³. L'historiographie américaine a largement confirmé ces vues¹⁴.

À l'inverse des gouvernements européens de type parlementaire qui sont des gouvernements monistes, faits d'une seule pièce, mus par un principe d'unité, agrégés autour d'une majorité de gouvernement, et dans lesquels une puissance extérieure à la société, un gouvernement et son chef, agit sur le corps social et le force à marcher dans une certaine voie, le gouvernement américain peine à faire marcher la société¹⁵. Il ne le cherche d'ailleurs pas, sinon à la marge, par le biais d'incitations budgétaires ou fiscales, mais toujours pour des programmes sélectifs, jamais de manière générale, le gouvernement n'ayant que des pouvoirs énumérés. Aux États-Unis, la société marche toute seule et personne ne cherche à la faire marcher. On pourrait dire en reprenant le célèbre anathème du général de Gaulle que la politique s'y fait « à la corbeille », tant l'indice du Dow Jones ou les cours du Nasdaq sont bien plus importants que l'allocution hebdomadaire radiodiffusée du Président pour comprendre l'évolution de la société.

Un État pluraliste n'est pas un État (avec un E majuscule, au sens continental du terme), mais un état de la société. Son gouvernement est moins une autorité extérieure à la société (qui, par exemple, « détermine et conduit la politique de la Nation », selon des termes connus¹⁶) qu'un processus de décision ou, mieux encore, un processus de règlement et d'arbitrage des conflits. Dans un tel système, la politique, donc nécessairement les lois qui sont l'expression juridique de celle-ci, sont le résultat d'une négociation et d'une compétition entre de multiples groupes politiques. D'un point de vue européen, c'est un système qui se caractérise par l'absence d'un centre de gravité, du moins en matière de politique intérieure¹⁷. Le pouvoir semble y être tout à la fois par-

¹³ H. J. Laski, « The Pluralistic State », *The Philosophical Review*, vol. 28 (1919), p. 562-575.

¹⁴ Voir, par exemple, les explications de S. Skowronek, *Building A New American State: The Expansion of National Administrative Capacities (1877-1920)*, Cambridge University Press, 1982, p. 5-10.

¹⁵ Dans la *Démocratie en Amérique*, I, I, IV, Tocqueville relève qu'aux États-Unis, la souveraineté du peuple a été « déglagée », comme il le dit, « de toutes les fictions dont on a pris soin de l'environner ailleurs ». Et il s'en explique en ces termes : « Il y a des pays où un pouvoir, en quelque sorte extérieur au corps social, agit sur lui et le force de marcher dans une certaine voie [...] Il y en a d'autres où la force est divisée, étant tout à la fois placée dans la société et hors d'elle. Rien de semblable ne se voit aux États-Unis ; la société y agit par elle-même et sur elle-même. Il n'existe de puissance que dans son sein ; on ne rencontre même presque personne qui ose concevoir et surtout exprimer l'idée d'en chercher ailleurs », *Œuvres*, vol. II, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1992, p. 62-63.

¹⁶ Article 20 (1) de la Constitution française du 4 octobre 1958 : « Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ».

¹⁷ Ce qui est vrai en matière de politique intérieure ne l'est absolument pas en matière de politique extérieure. Là au contraire, en matière d'affaires internationales, le gouvernement américain a certainement un centre de gravité qui est l'exécutif et le Président des États-Unis tient dans ses mains les clés de la politique étrangère américaine. Certes, il lui faut composer avec le Congrès, et celui-ci sait se montrer très jaloux de ses pouvoirs, notamment financiers. Toutefois, et pour reprendre la métaphore américaine, *at the end of the day*, quand il faut bien que le balancier s'arrête et que la décision soit prise, la conduite de la diplomatie et de la guerre relève du seul jugement du Président. L'avertissement « *The buck*

tout et nulle part. Pour comprendre ce curieux gouvernement qui « régule » plus qu'il ne dirige la société, c'est au pluralisme qu'il faut avoir recours. Ce concept est la clé de la compréhension de la conception américaine de l'État tant dans ses origines (I) que dans son agencement (II).

I. — LES ORIGINES DE L'ÉTAT PLURALISTE

A. — *L'esprit de 1776*

À l'origine, rien ne prédisposait les Américains à choisir le pluralisme. Les républiques qui s'installèrent dans les treize États libres et indépendants nés de la Déclaration d'indépendance n'étaient nullement des gouvernements pluralistes, mais des gouvernements monistes, fondés sur une conception unitaire du bien public qu'on rêvait de faire en 1776.

« L'esprit de 1776 » fut un moment exceptionnel dans l'histoire américaine dont on a peine aujourd'hui à se figurer l'intensité. L'historien Gordon S. Wood en a restitué la ferveur avec beaucoup de talent¹⁸. Ayant rompu les liens avec la monarchie britannique, les Américains embrassèrent le concept de république avec enthousiasme. Ils se voyaient revenus à la République de la Rome antique occupée à réaliser la liberté collective du peuple, convaincus que la suprématie du bien public l'emporterait désormais sur tout et que le bien public devrait toujours triompher des intérêts privés. Selon Wood, il est difficile de décrire ce que l'idée de « République » signifiait pour ces hommes, à la fois émerveillés et angoissés par l'idée d'être quasiment les premiers dans l'histoire de l'humanité à choisir librement la République comme système de gouvernement. Les gouvernements ne seraient plus jamais, pensaient-ils, l'exercice de la domination personnelle d'un homme ; ils seraient l'exercice d'un pouvoir collectif qui ne pourrait viser qu'à la liberté de tous ; d'où leur propension à rédiger des constitutions qui, dans tous les jeunes États, donnaient aux dirigeants des pouvoirs infiniment plus étendus que ceux dont disposaient les gouvernements des colonies. Les assemblées populaires devinrent souveraines ; elles se virent en charge de promouvoir un intérêt public qui ferait le bien de tout le peuple et qui serait clairement distinct des intérêts privés.

Les nouvelles assemblées exercèrent leur pouvoir de manière frénétique débordant d'énergie pour accomplir elles-mêmes ce que les gouvernements des colonies laissaient habituellement à l'initiative privée. L'esprit de 1776 fut l'heure de la république vertueuse du monde antique dans laquelle le bien commun était le seul objectif des gouver-

stops here » qui figurait en première ligne gravé sur le marbre sur le bureau du Président Truman, est certainement vrai en matière de politique étrangère ; elle l'est moins en matière de politique intérieure. La formule, depuis passée à la postérité, avait été forgée à partir de l'expression « *pass the buck* », expression argotique qu'on pourrait traduire par « refiler la patate chaude » ; elle se voulait une réponse à l'accusation formulée par l'opinion publique contre le système politique qui lui semblait favoriser la dilution des responsabilités de manière exagérée et choquante.

¹⁸ Voir Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic (1776-1787)*, 1969, Reprint New York, W.W. Norton & Co. et du même auteur, « The Origins of Vested Rights in the Early Republic », *Virginia Law Review*, vol. 85 (1999), p. 1421-1445.

nants. Le bonheur, le bien-être du peuple – le bien public – était l'étoile polaire de l'idéologie whig et elle était partagée par des hommes aussi différents que Paine ou Hamilton. « Le terme république, disait Paine, signifie le bien commun, ou encore le bien de toute la communauté par opposition au despotisme qui fait du bien du souverain, ou d'un seul, l'objet exclusif du gouvernement ». Les assemblées se mirent à légiférer en masse, à passer toutes sortes de lois pour améliorer la société et le sort des hommes. « L'amélioration » devint le mot d'ordre ; il était sur toutes les lèvres ; il fallait tout changer, tout « régénérer » comme diraient les Français quelques années plus tard ¹⁹. Les nouveaux gouvernements se lancèrent dans de grandes réformes, mirent sur pied de grands projets et entreprirent des travaux publics qui n'avaient jamais été envisagés auparavant. Pour les financer, il fallut lever de nouveaux impôts. C'est là que l'enthousiasme empressé et la fougue républicaine à réaliser le bien public et faire le bonheur de tous trouva ses premières limites. Les Américains réalisèrent, comme les Français le feraient dix ans plus tard, que faire le bien public coûte cher et suppose des transferts de richesses ou, pour dire les choses en termes plus juridiques, que, dans une véritable république, entendez, là où il y a une véritable chose publique, la législation touche nécessairement à la propriété.

Dans la monarchie sous laquelle les treize colonies avaient vécu jusqu'en 1776, l'articulation de la propriété (les intérêts privés) au bien commun (l'intérêt public) se construisait sur des principes fort simples. Les sujets avaient des droits et des libertés, des privilèges et des immunités, qu'ils pouvaient défendre contre les empiètements du souverain. Mais, sous un régime républicain, quand tous étaient souverains, comment les individus pourraient-ils avoir des droits contre eux-mêmes ? Comment concevoir des droits individuels séparés des droits de souveraineté ? On résolut la difficulté en assimilant le pouvoir des assemblées populaires au pouvoir monarchique et en recourant à la vieille rhétorique des droits des sujets anglais (*Rights of Englishmen*), mais dans un contexte républicain ; autrement dit, on puisa dans la tradition séculaire de la *common law*. Et, dès lors que la *common law* revint comme la grande protectrice des droits individuels, on se tourna tout naturellement vers ses oracles, en d'autres termes, les juges, pour en garantir l'énoncé et l'application effective. De leur côté, les juges se retirèrent de la politique pour s'enfermer dans un monde d'expertise et clos au vulgaire.

La protection judiciaire des droits individuels était, certes, un progrès, mais c'était un progrès limité car ce type de protection n'est jamais qu'une protection *ex post*. Pour que la garantie des droits fût complète, il fallait qu'elle fût aussi *ex ante*, ce qui supposait d'agir en amont, sur le gouvernement lui-même en empêchant qu'il puisse devenir dangereux. C'est de cette quête d'un gouvernement républicain inoffensif qu'est né ce curieux État pluraliste, État auquel on a retiré son venin, État que l'on a énervé de sa puissance, État auquel la société refuse de penser l'intérêt général. Comme il n'y a pas d'État pour penser l'intérêt général, il faut bien que la société le pense toute seule, et elle le fait à partir de l'intérêt qu'elle connaît le mieux, l'intérêt individuel.

¹⁹ Voir Mona Ozouf, « Régénération », *Dictionnaire critique de la Révolution française : Idées*, Furet/Ozouf (dir.), Flammarion, Champs, 1992, p. 373-389.

B.— *Les idées de Madison*

Les origines de l'État pluraliste se trouvent dans l'analyse faite par Madison dans la Lettre n° 10 du Fédéraliste, laquelle continue la réflexion commencée par Hamilton dans la Lettre n° 9 sur les avantages du fédéralisme et qui s'intitule « l'Union comme garantie contre les factions intérieures et l'insurrection »²⁰. Elle est restée célèbre pour avoir mis en lumière l'inévitable diversité des intérêts dans le gouvernement républicain, le risque de constitution de factions et ses conséquences sur les droits individuels. Ce que Madison explique mieux que personne dans ce texte, c'est le fait que la société moderne n'est plus, et ne peut plus être, la société « bien ordonnée »²¹ qu'était la société d'ordres de l'âge monarchique où chacun restait à sa place sous l'autorité d'un souverain tout-puissant qui contrôlait tout et qui, le cas échéant, pouvait réprimer les factions. Ces garanties n'existent plus dans la société démocratique, donc égalitaire et mobile, de l'âge républicain.

Le point de départ de son analyse est un constat tiré de l'expérience des dix années qui ont suivi la Déclaration d'Indépendance de 1776. Contrairement à ce que l'on s'était imaginé à l'origine, les gouvernements populaires mis en place dans les États, nonobstant leur nature républicaine, ne sont pas vertueux. Loin de gouverner pour le bien de tous et pour le bien commun, ils légifèrent pour le profit de quelques-uns ; leurs actes sont partiels et leurs lois injustes parce que « les questions sont trop souvent décidées, non pas d'après les règles de la justice et les droits de la minorité, mais par la force supérieure d'une majorité intéressée et oppressive »²². En d'autres termes, le pouvoir n'est nullement aux mains de tous, comme on pensait qu'il le serait, mais aux mains d'une, ou de plusieurs factions coalisées entre elles ; il est devenu un enjeu entre factions rivales et, par l'effet d'une malédiction, il tend à toujours tomber aux mains de l'une d'entre elles qui devient une majorité oppressive, voire tyrannique.

Or, ces factions existent dans toutes les jeunes républiques des États-Unis et Madison y voit un vice dangereux qui risque de toutes les faire périr. Dans une analyse devenue aujourd'hui un morceau classique de la théorie politique, il explique qu'une faction peut former soit une minorité, soit une majorité, mais que, dans tous les cas, elle constitue toujours un groupe de citoyens, unis et mus par des passions et des intérêts communs, lesquels s'opposent soit aux intérêts d'autres citoyens, soit à l'intérêt général (ce qu'il dénomme *the permanent and aggregate interests of the community*). Et il pose la question fondamentale de la république moderne : comment empêcher le règne des factions et assurer le bien public, comment faire en sorte qu'une faction majoritaire ne se transforme en majorité tyrannique et n'opprime la liberté ou ne s'approprie la propriété

²⁰ A. Hamilton, J. Madison et J. Jay, *The Federalist Papers*, C. Rossiter Edition, 1961, Mentor Book, N.Y., p. 77-84.

²¹ La République « bien ordonnée » fut le rêve de la théorie politique européenne après la Réforme. Elle a tenté de reconstituer à travers l'État et au moyen de la souveraineté l'unité perdue de la société médiévale. Voir Bodin (J.), *Les Six Livres de la République* dont le chapitre I du premier Livre s'intitule : « Quelle est la fin principale de la République bien ordonnée », Le Livre de Poche, n° 4619, p. 57.

²² *The Federalist Papers*, *op. cit.*, *supra* note 20, p. 77 ; traduction Jèze, LGDJ, 1957, p. 67.

de la minorité ? Selon lui, il y a deux remèdes : soit prévenir les causes des factions, soit en corriger les effets.

Prévenir les causes des factions serait la solution idéale, mais c'est une solution utopique, et Madison ne s'attarde pas sur elle, l'écartant rapidement comme incompatible avec la liberté. Empêcher les factions de naître dans une société suppose de donner aux hommes les mêmes passions et les mêmes intérêts. Il n'élabore pas, mais on devine qu'on pourrait obtenir, par exemple, les mêmes passions en établissant une religion d'État, ou les mêmes intérêts en décrétant la propriété commune de la terre. Pareils moyens sont radicaux pour supprimer la cause des factions et réaliser l'unité du social ; mais, outre le fait qu'ils sont destructeurs de toute liberté, Madison ne croit pas à la possibilité de réaliser l'unité de la société, laquelle n'a cessé d'être le rêve européen depuis la Réforme²³. Il n'y croit pas non seulement parce que, comme tous ses compatriotes, il est mu par un attachement indéfectible, inébranlable, viscéral à la liberté ; mais aussi et surtout parce que, selon lui, il existe « un obstacle insurmontable à l'uniformité des intérêts », c'est « la diversité des facultés entre les hommes, dont découlent les droits de propriété »²⁴. En d'autres termes, les richesses sont inégalement réparties parce que « les facultés » des hommes le sont. Or, les facultés des hommes s'exercent de plus en plus dans la sphère économique comme l'a déjà démontré la pratique des jeunes républiques d'Amérique dans lesquelles, remarque-t-il avec prescience, la régulation du commerce et de l'économie est devenue la tâche principale, voire exclusive de la législation moderne. Et de quelque côté que l'on prenne la question, poursuit-il en substance, il y aura toujours des factions qui s'opposeront sur ces questions parce que la propriété est inégalement répartie. Dans la mesure où, pour le whig qu'il est, le rôle du gouvernement est de protéger les facultés des hommes, non de chercher à les distribuer autrement, la société sera toujours divisée en intérêts et en partis différents, et les factions existeront toujours. Il est donc vain de chercher à les supprimer ; il faut les prendre comme elles sont et corriger leurs effets sur la société. L'État est un veilleur de nuit, non un chef d'entreprise ou un architecte ; c'est un régulateur, non un organisateur.

À la question de savoir comment contrôler les factions, comment faire naître un bien public entre tous ces intérêts divers nécessairement en concurrence les uns avec les autres dès lors que la société d'ordres s'est effondrée avec l'égalité des conditions, Madison apporte deux remèdes. Le premier n'est pas très original ; les Français, eux aussi, y ont cru et l'ont adopté au moment de la Révolution ; il est devenu d'application générale

²³ L'unité du social fut le rêve de Jean Bodin avec sa République « bien ordonnée » ; ce fut aussi le rêve de Hobbes qui, dans son obsession à ramener l'unité dans une société déchirée par les querelles religieuses, prôna l'alliance du religieux et du politique expliquant que l'alliance était commandée par la consubstantialité de l'État chrétien et de l'Église et allant jusqu'à écrire : « L'Église et la République chrétienne ne sont au fond qu'une même chose » ; ce fut enfin le rêve de Rousseau qui plaida pour l'unité de la société et de l'État, et qui, comme Hobbes, fut obsédé par la nécessité de « réunir les deux têtes de l'aigle, et de tout ramener à l'unité politique, sans laquelle jamais État, ni Gouvernement ne sera bien constitué » voir J.-J. Rousseau, *Du Contrat social — Écrits politiques*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, p. 1501.

²⁴ *The Federalist Papers, op. cit., supra* note 20, p. 78 ; traduction Jèze, LGDJ, 1957, p. 68.

dans toutes les républiques européennes ; il consiste à compter sur la représentation²⁵. L'effet de la représentation, relève Madison, est « d'épurer et d'élargir les vues de l'opinion publique en les faisant passer par le filtre d'un corps choisis de citoyens dotés d'assez de sagesse pour dégager le véritable intérêt du pays et d'assez de patriotisme et d'amour de la justice pour refuser de les sacrifier à des vues éphémères ou partisanses »²⁶. Le second remède, en revanche, est propre à l'Amérique ; c'est le seul que nous retiendrons ici parce que c'est lui qui a créé l'État pluraliste ; il consiste à séparer les pouvoirs ou, pour reprendre la formule du juge Kennedy, à « briser l'atome de la souveraineté »²⁷ ou, si l'on préfère à faire éclater l'unité du pouvoir dans l'État.

II. — L'AGENCEMENT DE L'ÉTAT PLURALISTE

Il n'est pas de principe du droit public américain qui ait autant mobilisé l'intérêt que celui de la séparation des pouvoirs. Si Montesquieu fut le premier à identifier d'une manière moderne la classification tripartite des fonctions gouvernementales en fonctions législative, exécutive et judiciaire, ce sont les Américains qui ont élevé cette doctrine au rang de « premier principe des gouvernements libres » comme Madison le dira en 1792. Ils ont appliqué cette technique qu'ils ont empruntée à Montesquieu deux fois dans leur histoire, la deuxième fois, de manière tout à fait différente que la première. Ils l'ont appliquée, d'abord, en 1776 contre le pouvoir exécutif et au bénéfice tant du pouvoir judiciaire que du pouvoir législatif, qu'il s'agissait alors, dans leur esprit, de protéger des pressions et manipulations du premier. Ils l'ont mise en œuvre, ensuite, en 1787 contre le pouvoir législatif et, cette fois, au bénéfice du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. Cette deuxième application a complètement transformé la doctrine somme toute mineure du constitutionnalisme du XVIII^e siècle qu'était la séparation des pouvoirs et en a fait un principe dominant du système politique américain. Comme Gordon S. Wood l'a si bien démontré, si on en était resté à l'application de 1776, il serait difficile de comprendre comment cette doctrine a finalement acquis l'importance qu'elle a dans le constitutionnalisme américain.

A. — *Les deux applications de la séparation des pouvoirs*

Dans les années qui ont suivi 1776, la séparation des pouvoirs a été appliquée pour réduire les pouvoirs de l'exécutif que l'on considérait comme l'organe dangereux pour les libertés. De leur expérience coloniale au temps de la domination britannique, les colons avaient gardé le souvenir de l'influence maléfique et des pouvoirs de corruption considérables dont les gouverneurs faisaient usage sur les représentants. Après l'indépendance, la première des priorités fut d'isoler les législatures de toute influence corruptrice de l'exécutif. Toutes les constitutions révolutionnaires prononcèrent l'exclu-

²⁵ Sur ce point, Madison et Sieyès se donnent la main, voir B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, 1995, Flammarion, Champs, n° 349, p. 12-14.

²⁶ *The Federalist Papers*, *op. cit.*, *supra* note 20, p. 82 (traduction E. Z).

²⁷ *US Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 US 779, 838 (1995).

sion de l'exécutif des assemblées de manière à protéger les législateurs de l'influence corruptrice des exécutifs. L'interdiction absolue de toute présence de l'exécutif dans les assemblées était le fruit de l'expérience des colons ; elle est aujourd'hui regardée comme une grande contribution à la science politique des gouvernements libres. En isolant les assemblées de l'influence corruptrice de l'exécutif, les Américains mirent en application la conviction du parti *whig*, selon laquelle le secret de la liberté consiste à isoler le peuple de ses dirigeants, à couper le lien traditionnel entre le peuple et le gouvernement. Dans le même mouvement de suspicion de l'exécutif, on isola aussi les juges de son influence corruptrice, la dépendance des juges vis-à-vis de lui, notamment en termes de nomination et de salaires, étant jugée dangereuse pour les libertés.

Ces arrangements constitutionnels ne tardèrent pas à produire le gouvernement d'assemblée. Les législatures devinrent souveraines ; quelques années de souveraineté populaire suffirent à convaincre les réformateurs que, comme le disaient avec force les célèbres « Notes sur l'État de Virginie » de Jefferson, « la concentration des trois pouvoirs de gouvernement dans le même organe est la définition même du gouvernement despotique, que cent soixante treize despotes sont aussi oppressifs qu'un seul et qu'un despotisme élu (*elective despotism*) n'est pas le système de gouvernement pour lequel les Américains s'étaient battus »²⁸. Mais que faire pour prévenir de telles dérives ? Dans la recherche des techniques de nature à les éviter, on s'est averti qu'une fois inscrite dans les constitutions d'États, la séparation des pouvoirs pouvait finalement être utilisée contre n'importe quel organe de gouvernement, quel que soit son caractère représentatif. Et on l'utilisa contre les assemblées populaires que l'on trouvait bien trop puissantes, notamment en Pennsylvanie.

Dans les années 1780, la doctrine de la séparation des pouvoirs devint l'étalon de mesure de toutes les réformes constitutionnelles. Les juges qui dépendaient des assemblées législatives pour leur nomination et leur salaire risquaient, pensait-on, d'être emportés par la moindre tempête politique ; ils ne pouvaient pas avoir de dignité et d'indépendance. On retira donc aux assemblées le droit de les nommer. On s'avisait aussi que seule l'élection du gouverneur par le peuple lui-même rendrait l'exécutif indépendant de la législature. La nomination des fonctionnaires et des militaires fut donc retirée aux législatures et rendue aux gouverneurs au nom de la séparation des pouvoirs. Il n'est pas jusqu'à un droit de veto limité sur les lois au profit du gouverneur qui n'ait été présenté comme un moyen de séparer les pouvoirs. On le présenta comme un pouvoir de contrôle de l'exécutif sur le législatif pour l'empêcher de sortir de ses pouvoirs et de le dépouiller de ses attributions. Les gouverneurs se virent conférer un droit de participation au processus législatif, non parce que ce magistrat était une composante de la société, qui devait comme toutes les autres composantes de la société consentir aux lois, et se lier elle-même aux lois votées, mais parce qu'il fallait maintenir une balance adéquate entre les trois pouvoirs du gouvernement. Les vieilles idées du gouvernement mixte servirent à construire la nouvelle architecture constitutionnelle, mais elles furent tellement modifiées qu'elles en furent complètement réinventées.

²⁸ Voir T. Jefferson, *Writings*, New York, The Library of America, 1984, p. 245 (en italiques dans le texte).

La nouvelle interprétation des pouvoirs du gouverneur, complétée par un bicaméralisme qui fut présenté comme la division nécessaire d'un pouvoir législatif suspecté d'abus de pouvoirs, a progressivement remplacé, puis englouti la théorie autrefois distincte de la balance des pouvoirs. Il n'était plus question de balancer les éléments monarchiques, aristocratiques et démocratiques d'une communauté politique mixte, mais de balancer les fonctions législative, exécutive et judiciaire. La société n'étant plus « mixte », c'est-à-dire composée d'ordres ou d'états (noblesse, clergé, communs), le gouvernement ne pouvait plus l'être et, du coup, ne la représentait plus tout à fait. Si le gouvernement mixte avait été le gouvernement idoine des sociétés mixtes de l'âge monarchique, le gouvernement de pouvoirs séparés serait celui des sociétés démocratiques.

B. — *Les techniques du gouvernement pluraliste*

Dans la lettre n° 51 du Fédéraliste, Madison a fait la théorie de cette conception américaine de la séparation des pouvoirs conçue non comme une séparation de fonctions, mais comme une distribution de contre-pouvoirs. Rappelons-en les plus célèbres passages : « Lorsqu'il s'agit de construire un gouvernement qui va donner à des hommes le pouvoir de gouverner d'autres hommes, la grande difficulté est la suivante : il faut donner aux gouvernants les moyens de contrôler les gouvernés, mais il faut donner en retour aux gouvernants les moyens de se contrôler eux-mêmes. Le premier moyen pour y parvenir consiste sans aucun doute à rendre les gouvernants dépendants des gouvernés (c'est la représentation qui est ici visée – NdT) ; mais l'expérience a prouvé que d'autres précautions supplémentaires sont nécessaires »²⁹. Ces « précautions supplémentaires », ce sont les inépuisables ressources qu'on peut tirer des « intérêts opposés et rivaux » (*opposite and rival interests*) qui séparent les hommes. Il faut les utiliser en divisant et en arrangeant les pouvoirs, dans les affaires privées comme dans les affaires publiques, de telle sorte qu'ils soient distribués et organisés pour pouvoir se contrôler réciproquement. L'intérêt particulier de chacun sera, pense Madison, la sentinelle des droits de tous.

La séparation des pouvoirs joue ainsi le rôle d'un garde-fou non seulement contre les factions, mais encore et surtout, contre un danger encore plus redoutable que les factions elles-mêmes, la faction victorieuse, autrement dit, la majorité. Le système de la séparation des pouvoirs est conçu pour empêcher qu'une majorité puisse se former et, à défaut, pour la rendre inoffensive. C'est vrai au niveau horizontal avec la distribution des *checks and balances* (droit de veto du Président, pouvoirs financiers du Congrès, pour citer des exemples très connus), ces freins et contrepoids qui tous tournent autour de la nécessité d'éviter « une concentration progressive de tous les pouvoirs dans un même organe ». Mais c'est vrai aussi au niveau vertical avec une distribution des pouvoirs entre gouvernement fédéral et États fédérés. Dans une république, explique Madison, il est de grande importance de protéger la société contre l'oppression des dirigeants (ce que réalisent la représentation et la séparation horizontale des pouvoirs), mais il est tout

²⁹ *The Federalist Papers, op. cit., supra* note 20, p. 322 (traduction E. Z.).

aussi important de protéger une partie de la société contre l'injustice de l'autre, en clair, de protéger la minorité contre la majorité.

Pour protéger la minorité contre la majorité, il y a deux moyens : soit créer dans la société une volonté indépendante de la majorité, donc de la société elle-même, autrement dit, établir un gardien de la constitution ; soit — et c'est la solution que retiendront les États-Unis — faire entrer dans la société une telle multitude de groupes séparés les uns des autres que toute manœuvre de leur part pour former une coalition majoritaire dans la nation soit rendue sinon improbable, du moins impraticable. Selon Madison, le premier moyen est celui des sociétés qui possèdent un monarque héréditaire ou un chef autoproclamé. C'est le cas des sociétés européennes (qu'il ne nomme pas en tant que telles, mais qui sont à l'évidence présentes dans son esprit). Il tient ce moyen pour précaire parce que n'excluant pas l'union de cette volonté prétendument indépendante à une majorité oppressive. Le second moyen lui semble être la caractéristique de la République américaine ; ce moyen, c'est le fédéralisme, le fédéralisme réinventé par l'Amérique. Renversant la théorie fédérale qui est initialement une théorie de l'union, Madison en a fait une théorie de la division. Il explique qu'à cause de sa structure fédérale, et nonobstant le fait que tout pouvoir émanera du peuple, la société sera brisée en tellement de partis, intérêts et classes de citoyens que les droits des individus, ou les droits d'une minorité d'entre eux, ne courront qu'un risque infime d'être les victimes de la coalition des autres intérêts en une majorité.

Dans la pensée de Madison, le fédéralisme vient conforter la séparation des pouvoirs comme les arcs-boutants d'une cathédrale. Selon lui, il doit en aller en matière de liberté politique comme il en va en matière de liberté religieuse ; de la même manière qu'on garantit celle-ci par la multiplicité des sectes, on assure celle-là par la multiplicité des intérêts. Dans les deux cas, explique-t-il, la sûreté de la liberté dépend du nombre des intérêts et des sectes. On peut penser, poursuit-il, que ce nombre dépend de l'étendue du pays et du nombre des citoyens qu'il abrite. Plus le territoire est étendu, plus il comprend d'États, et moins les combinaisons oppressives d'une majorité peuvent prospérer. À l'inverse de la petite république unitaire qui court tous les jours le risque d'être capturée par une majorité oppressive, la grande république court beaucoup moins le même danger. Dès lors, le fédéralisme peut être présenté comme une forme de séparation des pouvoirs et la doctrine constitutionnelle moderne, avide de ces formules binaires aux prétendues vertus pédagogiques, parle de la séparation verticale des pouvoirs qui complète la séparation horizontale, tournant le dos à la tradition européenne du fédéralisme qui, aussi bien chez Pufendorf, Montesquieu ou Vattel, est une théorie de l'union entre les hommes.

La conception américaine de la séparation des pouvoirs explique assez bien pourquoi il n'y a « pas d'État » aux États-Unis, pourquoi il ne peut pas y avoir de force qui emporte la société. Les multiples intérêts de la société ne pouvant pratiquement jamais durablement s'agréger, le gouvernement est un lieu de rencontres entre intérêts opposés et passions rivales ; il n'est que le processus par lequel les uns et les autres peuvent se concilier et sa qualité intrinsèque n'est pas dans le résultat qu'il produit (il ne peut pas y avoir de « bonne majorité » parce que la majorité n'est jamais qu'une faction victorieuse), mais dans les procédures qu'il offre pour y parvenir, c'est-à-dire la gouvernance. L'avantage du système est qu'il rend l'extrémisme impossible ; son inconvénient est

qu'il condamne l'agrégation des intérêts permanents de la communauté (*the permanent and aggregate interests of the community*), autrement dit le bien public, à la suspicion perpétuelle de n'être jamais qu'une coalition de fortune entre factions rivales, donc illégitime pour tous ceux qui n'en font pas partie.

La conception américaine de l'État est aux antipodes de la conception européenne qui fait du principe majoritaire le ciment de l'agrégation des préférences individuelles et le pilier de la légitimité de l'État. En Europe, les gouvernements sont conçus pour être majoritaires parce qu'on y admet que la souveraineté du peuple est toute entière représentée dans le parlement ; on considère même que lorsque les gouvernements ne sont pas majoritaires, ou ne le sont qu'imparfaitement, ils sont en crise. Dans tous les pays européens, la majorité parlementaire est le creuset dans lequel les multiples intérêts de la société doivent s'agréger pour former une certaine conception du bien public à un instant donné, étant précisé qu'une autre conception du bien public lui succédera s'il doit y avoir alternance au moment des échéances électorales. Aux États-Unis, le même processus est non pas impossible en soi (il s'est réalisé au moment de la longue présidence de Roosevelt), mais virtuellement impossible tant les conditions pour qu'une volonté majoritaire tienne durablement le pouvoir sont élevées. Capitale, à cet égard, fut la réduction des fonctions présidentielles à seulement deux mandats de quatre ans par le 22^e amendement à la Constitution, l'expérience des quatre mandats successifs de Roosevelt ayant été un signe avant-coureur des grands dangers pour la liberté que représente un pouvoir durable, stable et permanent. Par ailleurs, le plus souvent, lorsqu'un Président nouvellement élu dispose d'une majorité au Congrès, cette situation ne dure généralement pas et se renverse aux élections de mi-mandat. Le résultat est que le gouvernement fédéral n'exprime pas une, mais deux, voire trois conceptions du bien public lorsque la Cour suprême parle en matière constitutionnelle. Tout le système est conçu pour ne pas contenir en son sein un organe qui ait voix prépondérante en matière d'intérêt public.

CONCLUSION

L'État américain est devenu le paradigme de l'État pluraliste moins par choix que par fatalité. Madison croyait au bien public et il espérait que le système mis en place y conduirait : « Je pars du grand principe républicain que le peuple aura la vertu et l'intelligence de choisir des hommes de vertu et de sagesse »³⁰. Toute la Lettre n° 10 du Fédéraliste est tendue par la recherche du bien public et l'on pourrait dire la même chose du Fédéraliste lui-même. La difficulté est que le système américain de séparation horizontale et verticale des pouvoirs a été conçu pour affaiblir la force des gouvernements, pour protéger la liberté individuelle et pour empêcher une majorité de parvenir à ses fins ; il donne nécessairement la préférence à l'intérêt individuel sur l'intérêt public auquel il ne croit guère. Chaque pouvoir devant veiller à ses propres attributions et contrer les ambitions de l'autre, il est extrêmement difficile que l'un d'entre eux, le

³⁰ J. Madison, Virginia Ratifying Convention, 20 June 1788, Papers 11 : 163 in *The Founders' Constitution*, Ph. B. Kurland & R. Lerner [Eds.], The University of Chicago Press, vol. 1, p. 409.

législatif ou l'exécutif, puisse faire triompher durablement sa conception du bien commun. On notera que c'est l'une des raisons pour lesquelles le juge exerce un si grand pouvoir aux États-Unis ; par le biais du contrôle de constitutionnalité des lois, il est devenu lui aussi une voix de l'intérêt public, qui plus est, une voix souvent plus respectée que celle du législateur ou de l'exécutif.

Aux États-Unis, faute de pouvoir s'agréger durablement au niveau national, les préférences s'agrègent au niveau local. La fraternité républicaine n'est pas absente aux États-Unis, mais elle est toujours réalisée au niveau de la communauté, entendez, au niveau local. Au niveau fédéral, la République américaine a été conçue de telle sorte qu'elle ne peut pas être autre chose que cette Grande République qui contrôle les factions, mais ni ne les agrège, ni ne les supprime. Ce n'est pas l'un des moindres paradoxes de la mécanique inventée par les Pères fondateurs que d'avoir fait du vice qu'étaient les factions au XVIII^e siècle, la vertu du XXI^e siècle, le pluralisme étant devenu au début du XXI^e siècle un brevet de démocratie et un gage de bonne gouvernance.

Élisabeth Zoller, Professeur de droit public
Centre de droit américain, Directeur
Université Paris II (Panthéon-Assas)
12 Place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05
zoller@u-paris2.fr