



CLASSIQUES
GARNIER

VLACHOGIANNIS (Apostolos), « Glossaire », *La Living Constitution. Les juges de la Cour suprême des États-Unis et la Constitution*, p. 595-599

DOI : [10.15122/isbn.978-2-8124-2541-7.p.0595](https://doi.org/10.15122/isbn.978-2-8124-2541-7.p.0595)

La diffusion ou la divulgation de ce document et de son contenu via Internet ou tout autre moyen de communication ne sont pas autorisées hormis dans un cadre privé.

© 2014. Classiques Garnier, Paris.
Reproduction et traduction, même partielles, interdites.
Tous droits réservés pour tous les pays.

GLOSSAIRE

Changed circumstances : Le concept de *changement de circonstances* renvoie en général aux modifications des circonstances de fait et de droit, qui doivent être pris en compte lors de l'application d'une règle juridique. Plus spécifiquement, au cours de l'ère progressiste et du New Deal, la diffusion de ce *leitmotiv* a permis l'adaptation de la Constitution aux nouvelles conditions socio-économiques du xx^e siècle. Récemment, l'invocation du concept par la Cour dans l'arrêt *Casey*¹ et le développement de la théorie de la « traduction » par Lawrence Lessig ont ressuscité un débat ancien portant sur les implications d'une telle méthode d'interprétation évolutive.

Civil liberties : La notion de *civil liberties* comprend les libertés protégées par les amendements du *Bill of Rights*, et notamment la liberté d'expression, la liberté religieuse, la liberté de la presse et la liberté d'association. Nous la traduisons par *libertés publiques*.

Civil rights (movement) : La notion de *civil rights* comprend actuellement non seulement des droits civils mais aussi des droits politiques, tels que le droit

au jury. Pour cette raison, nous la traduisons, dans le cadre du *civil rights movement*, par *droits civiques*.

Common law (le) : Nous avons choisi d'utiliser le genre masculin parce qu'il est préférable à notre avis de traduire *common law* par « droit » plutôt que par « loi² ».

Common law constitutionalism : L'ancienneté du texte constitutionnel et l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême ont conduit plusieurs juristes américains à tirer la conclusion selon laquelle, à côté de la Constitution écrite, existe une constitution coutumière, développée par les juges à l'aide de la méthode traditionnelle du *common law*. Ce courant, dont le plus éminent représentant est actuellement David Strauss, est appelé *common law constitutionalism*.

Constitutional change / social change : Quoique la notion de *constitutional change* soit peu théorisée outre-Atlantique, elle renvoie principalement, conformément à l'acception du terme *droit constitutionnel* (voir *infra*), à une modification substantielle de la jurisprudence de la Cour suprême qui a pour effet la métamorphose de

1 *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

2 Le professeur Picard défend cette position dans son article « Common Law », in D. Alland, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, coll. « Quadrige », p. 238-239. Voir aussi P. Legrand, G. Samuel, *Introduction au common law*, Paris, La Découverte, coll. « Repères », 2008, 119 p.

la Constitution. Dans ce cadre, nous entendrons le *changement constitutionnel* plutôt comme *changement constitutionnel informel par voie d'interprétation juridictionnelle*. Inversement, par le terme générique *social change*, que nous traduirons par *changement social*, nous nous référons aux changements économiques, politiques, culturels et moraux qui ont lieu au sein de la société américaine¹. Ce terme est proche du concept de *changed circumstances* mais, à l'opposé de ce dernier, il ne comprend que des changements non-juridiques.

Constitutional construction : Par *constitutional construction* ou *implementation*, certains auteurs américains, et notamment Jack Balkin et Richard Fallon², entendent l'acte de production, par les juges, de normes et de doctrines jurisprudentielles qui permettent la concrétisation du sens des clauses vagues de la Constitution. Ainsi, la *construction* se distingue de la tâche de *constitutional interpretation*, entendue comme l'opération cognitive consistant à discerner le sens de dispositions constitutionnelles³. Par ailleurs, le terme *construction constitutionnelle* peut aussi désigner, comme chez Keith Whittington⁴ et Jack Balkin, le processus de création par des organes politiques de normes

et d'institutions constitutionnelles. Ce processus se réalise aux interstices des dispositions textuelles et est souvent entendu comme comblant les « lacunes » de l'ordre constitutionnel. Pour distinguer entre les deux, nous parlerons respectivement de *construction jurisprudentielle* et de *construction constitutionnelle effectuée par les organes politiques (président ou Congrès)*.

Constitutional law : Le terme *constitutional law* désigne outre-Atlantique la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême, c'est-à-dire la version judiciaire de la Constitution. Il en résulte que, lorsque nous utilisons le terme *droit constitutionnel* sans aucune autre précision, nous nous référons plutôt aux arrêts de la Cour suprême.

Doctrine : Contrairement à la signification du mot en France, la *doctrine* aux États-Unis comprend les théories et principes juridiques créés/découverts par les tribunaux. De même, le terme *doctrinal* se réfère aux précédents judiciaires. Nous traduisons donc le mot anglais *doctrine* par *jurisprudence*.

Framers : Nous traduirons *Framers*, de manière interchangeable, par *rédacteurs de la Constitution* (ou simplement *Rédacteurs*), *auteurs du*

1 Pour cette acception du terme voir Ph. Hamburger, « The Constitution's Accommodation of Social Change », 88 *Michigan Law Review* (1989-1990), p. 244.

2 J. Balkin, « Framework Originalism and the Living Constitution », 103 *Northwestern Law Review* (2009), p. 550-592 et R. Fallon, *Implementing the Constitution*, Cambridge/London, Harvard University Press, 2001, 186 p.

3 Sur cette distinction voir O. Pfersmann, « De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs : Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 356-357.

4 K. Whittington, *Constitutional Construction : Divided Powers and Constitutional Meaning*, Cambridge/London, Harvard University Press, 1999, p. 1-19.

texte constitutionnel, constituants ou Fondateurs, s'il s'agit des auteurs du document de 1787 et du *Bill of Rights*.

Government : Le terme *government*, comme le précise le professeur Raynaud¹, peut qualifier à la fois les détenteurs du pouvoir exécutif, le concept de « régime » et celui d'« État ». Quant à cette dernière acception, pour éviter de penser les États-Unis à la lumière du concept d'État unitaire, nous préférons parfois traduire *government* par *autorités publiques* ou simplement par *gouvernement*. En revanche, nous utilisons le terme *État* quand il est fait référence aux pouvoirs publics en général.

Interpretivism/non-interpretivism : La distinction entre *interpretivism* et *non-interpretivism* relève d'un débat qui a dominé la pensée constitutionnelle américaine au cours des années 1980. Selon la théorie *interprétiviste*, le juge ne peut appliquer que des normes inférées de la lettre du texte constitutionnel, de sa structure ou des intentions des constituants. Les partisans de la théorie *non-interprétiviste* y ajoutent comme sources potentielles de la décision judiciaire les valeurs sociétales, les précédents judiciaires ainsi que la raison morale pratique.

Judicial self-restraint : Le terme *judicial self-restraint* se traduit ordinairement par *autolimitation judiciaire*, quoique

l'on puisse également parler de *retenue judiciaire*. Selon la théorie de la retenue judiciaire qui a d'abord été développée par James Bradley Thayer, dans son article « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law² », et reprise par les juges Holmes et Brandeis, le juge ne doit annuler que des mesures législatives manifestement inconstitutionnelles, voire déraisonnables. Dans les années 1940 et au début des années 1950, grâce surtout aux efforts du juge Frankfurter, cette théorie a prévalu au sein de la Cour suprême, mais elle a dû finalement faire place à une attitude judiciaire plus « activiste ».

Living constitutionalism : Par *living constitutionalism*, il faut entendre la théorie selon laquelle la Constitution doit constamment s'adapter, par le biais du juge, aux valeurs morales et aux idéaux évolutifs du peuple américain. À cette fin sont mobilisés les principes fondamentaux qui sous-tendent le texte. La *living constitution* offre ainsi une protection de plus en plus élargie de la liberté individuelle, ce qui présuppose bien entendu la création de nouveaux droits opposables à l'État. Il faut ici noter que ce terme est très proche de l'idée de *common law constitutionalism* et est souvent chargé d'un sens plutôt péjoratif chez les auteurs américains, étant donné qu'il est habituellement associé à l'arbitraire judiciaire et

1 « State, Government », in B. Cassin (éd.), *Vocabulaire européen des philosophies : dictionnaire des intraduisibles*, Paris, Le Robert / Seuil, 2004, p. 1212-1213.

2 J. B. Thayer, « The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law », 7 *Harvard Law Review* (1893), p. 129-156.

aboutit à écarter la normativité du texte écrit. Pour éviter tout malentendu, lorsque nous utilisons le terme *living constitutionalism*, nous nous référons à l'acception du terme outre-Atlantique. En revanche, lorsque nous employons l'expression *constitutionnalisme vivant*, nous nous référons à notre propre compréhension du terme.

Liberal/liberalism : Dans la pensée politique et philosophique américaine, les termes « *liberal* » et « *liberalism* » disposent d'une signification largement différente de celle que l'on leur attribue traditionnellement en Europe. Le libéralisme américain, que l'on devrait à la rigueur traduire comme « nouveau libéralisme¹ » se distingue du libéralisme classique en ce qu'il met l'accent sur le concept de liberté positive et n'hésite pas, par conséquent, à défendre l'interventionnisme étatique dans le domaine économique. Cependant, pour éviter des malentendus, nous traduirons *liberal/liberalism* par « progressiste/progressisme », ne manquant pas ainsi de souligner la redevance intellectuelle du libéralisme américain au mouvement progressiste du début du XX^e siècle. Il est à noter que, dans son acception courante, le mot *liberal* signifie le plus souvent « gauchiste » ou même, plus spécifiquement, « partisan du Parti démocrate ». Dans cas cas, nous préfererons laisser le mot sans traduction, le mettant entre guillemets.

National : Dans le discours juridique américain, quand on se réfère au gouvernement fédéral et aux pouvoirs qui lui sont conférés, on emploie le plus souvent les termes *national government* (à l'opposé de *state government*) et *national powers*. Pour notre part, tantôt nous conservons le terme « national » (le mettant toujours entre guillemets), surtout pour ne pas trahir l'essence « nationaliste » de la démarche des auteurs Progressistes et des *New Dealers*, tantôt nous traduisons « *national government* » par « gouvernement fédéral » et « *national powers* » par « pouvoirs du gouvernement fédéral ». De même, nous traduisons « *nationalisation* » par « centralisation ».

Ongoing history : Par le terme d'*histoire en mouvement*, tel qu'il s'oppose à l'*histoire de la procédure législative (intent history)*, nous entendons l'histoire du développement global de la Constitution et de l'application de ses dispositions concrètes.

Originalism : Par *originalism*, il faut entendre la théorie d'interprétation constitutionnelle selon laquelle, lorsque le texte n'est pas clair, le sens des dispositions constitutionnelles doit être découvert soit à l'aide des intentions des auteurs du texte constitutionnel (*original intentions of the Framers*), soit du sens commun du texte tel qu'il était entendu au moment de son adoption (*original public meaning*)

1 Voir sur ce point l'article de la philosophe Catherine Audard « Le "nouveau" libéralisme » (*La Vie des idées*, 29 avril 2009), disponible sur <http://www.laviedesidees.fr/Le-nouveau-liberalisme.html>.

Overruling of a precedent : Quand nous parlons d'*overruling of a precedent*, tantôt il s'agit du *renversement d'un précédent* isolé et relativement récent, tantôt d'un *revirement jurisprudentiel*, étant donné que le précédent renversé ne constitue que le point de repère d'une jurisprudence établie.

Stare decisis : La règle du *stare decisis*, expression provenant de la maxime *stare decisis et non quieta movere*, est l'équivalent américain de la règle du précédent. Sur ce point, il faut noter l'application souple de la règle par la Cour suprême à ses propres précédents.