

# L'ÉTAT DE DROIT AUX ÉTATS-UNIS : LE DÉBAT ENTRE LES FÉDÉRALISTES ET LES ANTI-FÉDÉRALISTES

*Stéphane Bernatchez\**

Aux États-Unis, à l'occasion de la délibération sur la *Constitution de 1787*, le débat entre les fédéralistes et les anti-fédéralistes a contribué à la pensée et à l'évolution de l'État de droit. Alors que les anti-fédéralistes proposaient de fonder le système politique sur la vertu civique et la participation des citoyens, les fédéralistes préconisaient plutôt la représentation du peuple. Tandis que les premiers prônaient la décentralisation et l'enchéassement de droits dans la constitution, les seconds s'en remettaient au fédéralisme et à la séparation des pouvoirs pour contrôler et limiter le pouvoir politique. Par-delà ces distinctions entre les idées des uns et des autres, la pensée américaine a participé à l'émergence du principe de l'État de droit en lui léguant l'importance de la délibération démocratique et le constitutionnalisme.

During the deliberations on the 1787 Constitution in the United States, the debate between federalists and anti-federalists contributed to the legal thought and evolution of the rule of law. While anti-federalists were proposing a political system based upon civic virtue and citizen participation, federalists were urging for a system based on the representation of the people. The first group was advocating for the decentralisation and the entrenchment of rights in the Constitution, whereas the second group relied upon federalism and the separation of powers to control and limit political power. Beyond the distinctions between those ideas, American Thought has participated to the emergence of the rule of law principle in itself.

---

\* Aujourd'hui professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Au moment où le texte a été écrit, étudiant à la maîtrise à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le présent article constitue une version légèrement remaniée d'un texte remis au trimestre d'automne 1992, au professeur Jacques-Yvan Morin dans le cadre du cours de maîtrise qu'il enseignait (DRT 6662-Philosophie du droit), consacré à l'État de droit. Bien que demeurant, dans sa forme et son contenu, un travail d'étudiant, il permet de comprendre comment un jeune étudiant cherchait à analyser, suivant les enseignements du maître, l'émergence de l'État de droit, sans jamais atteindre, bien sûr, la richesse, la rigueur et l'érudition des travaux du professeur Morin. La version présentée ici a été bonifiée à partir des commentaires formulés par le professeur Morin dans sa correction initiale du texte, mais les erreurs qui perdurent relèvent entièrement de la responsabilité de l'élève.

L'État de droit résulte de l'interaction entre l'évolution des idées et l'histoire des faits. En développement depuis l'Antiquité grecque jusqu'à aujourd'hui, l'État de droit constitue un ensemble de principes et de techniques, hérités de différentes théories et traditions, ayant pour but de limiter et contrôler le pouvoir. Bien qu'il n'existe pas de modèle unique et qu'il vaille de se garder d'appliquer de manière abstraite et « a-contextuelle » une forme précise d'État de droit, on reconnaît à certains pays, tels que l'Angleterre, les États-Unis, la France et l'Allemagne, des contributions plus importantes à l'édification de l'État de droit.

Dans le présent article, ce sont les apports du constitutionnalisme américain qui sont étudiés, et ce, à la lumière du débat entre les fédéralistes et les anti-fédéralistes quant à la constitution des États-Unis. Ce débat d'idées, mené en 1787 et 1788, autour de la ratification du *Projet de Constitution* issu de la *Convention de Philadelphie*, est très éclairant sur la nature de l'État de droit, puisque la principale préoccupation qui sous-tendait à la fois la pensée des fédéralistes et celle des anti-fédéralistes était précisément la limitation et le contrôle du pouvoir. Étant donné l'ampleur du débat, il ne saurait être question d'en analyser ici les parcelles les plus infimes (même si la pensée qui s'y trouve exprimée mériterait cependant que l'on s'y attarde), ce qui ne signifie pas pour autant qu'il faille en faire une étude étrangère à sa richesse et à sa qualité. De plus, alors que la Constitution reflète davantage la pensée des fédéralistes, il importe d'examiner celle des anti-fédéralistes non seulement parce qu'elle permet de mieux saisir la première, mais aussi parce qu'elle constitue un enseignement extraordinaire sur la limitation et le contrôle du pouvoir. Peut-être est-il permis aussi de penser que la pensée anti-fédéraliste a influencé la pensée des fédéralistes?

Il s'avère indiqué de situer brièvement le contexte historique dans lequel s'insère ce débat, car les idées sont bien souvent le fruit de l'expérience et de la compréhension de la réalité. Par ailleurs, dans le présent cas, le contexte permet de mieux saisir la pierre angulaire des pensées fédéraliste et anti-fédéraliste. En effet, il est heuristique de situer les fondements de la *Constitution américaine* dans le prolongement de la révolution de 1776. L'un des principaux fondements de cette dernière fut certes l'opposition au gouvernement tyrannique de Londres. Suite au *Traité de Paris* de 1763, le gouvernement anglais prit plusieurs mesures, touchant plus particulièrement l'imposition de taxes sur l'entrée en Amérique du fer, du sucre, du papier et du thé, qui n'eurent pas l'heur de plaire aux colons américains. Dans leurs récriminations, ceux-ci alléguaient le droit de tout citoyen de n'être pas taxé sans son consentement (*no taxation without representation*). La révolution visait à se débarrasser d'un gouvernement dont l'exercice du pouvoir était marqué du sceau de l'illégitimité. Ainsi, lorsque vint le moment de parler de l'organisation des États-Unis, suite à la guerre d'indépendance et à la reconnaissance par l'Angleterre de l'indépendance des États-Unis (*Traité de Versailles* de 1783), on cherchait inévitablement à faire obstacle à la possibilité, fortement appréhendée par le peuple, qu'un gouvernement de ce genre puisse de nouveau « régner » ou se perpétuer sous d'autres formes.

Dans le cadre du débat entourant l'adoption de la Constitution, la volonté de

préservé le peuple d'un pouvoir despotique était omniprésent. Il s'agissait alors de choisir entre deux conceptions du politique. La première était une conception républicaine animée par le principe de la vertu civique où la recherche du bien commun est l'objectif privilégié des citoyens. En vertu de la seconde, le pluralisme, le pouvoir politique est au centre d'une lutte entre des intérêts particuliers; les risques qu'un groupe domine alors le jeu de pouvoirs constituent une menace au principe au nom duquel fut menée la révolution. Les théories politiques des fédéralistes et des anti-fédéralistes visaient à éviter que cette conception prédomine dans le système politique du pays<sup>1</sup>.

La *Constitution américaine* résulte de la discussion entre les fédéralistes et les anti-fédéralistes quant à la limitation de ce pouvoir tyrannique en puissance. La présente étude consiste donc à analyser ce débat, ce qui revient en d'autres termes à examiner comment le constitutionnalisme américain a ajouté aux principes ainsi qu'aux moyens et techniques dont disposait l'État de droit en vue de limiter et contrôler le pouvoir.

Avant d'aborder directement les théories républicaines des fédéralistes et des anti-fédéralistes, il convient d'examiner plus longuement le « pluralisme » contre lequel la *Constitution des États-Unis* fut érigée<sup>2</sup>. Le pluralisme, tel qu'entendu ici, ne renvoie pas aux conceptions du politique et de la société qui impliquent plusieurs groupes poursuivant différentes conceptions du bien; il s'agit plutôt de la théorie politique des groupes d'intérêts<sup>3</sup>. En d'autres termes, il ne s'agit pas du pluralisme dont traite la philosophie politique contemporaine pour analyser la diversité morale et religieuse ainsi que la pluralité des doctrines compréhensives de la vie bonne, mais de

<sup>1</sup> Cette approche analytique distinguant républicanisme et pluralisme a été développée récemment aux États-Unis. Comme l'écrivait le professeur Fallon : « *Constitutional scholarship is currently experiencing a "republican revival"* », Richard H Jr Fallon, « What is Republicanism, and is it Worth Reviving? » (1989) 102 Har L Rev 1695. Voir aussi Cass R Sunstein, « Beyond the Republican Revival » (1988) 97 Yale LJ 1539 [Sunstein, « Beyond the Republican Revival »].

<sup>2</sup> C'est cette thèse, défendue aux États-Unis par de nombreux historiens, politologues et juristes qui sert ici de fondement. Sur ce néo-républicanisme, voir entre autres: JGA Pocock, *The Machiavellian Moment*, Princeton, Princeton University Press, 1975; JGA Pocock, « Virtues, Rights, and Manners: A Model for Historians of Political Thought » (1981) 9 Political Theory 353; Alasdair MacIntyre, *After Virtue*, Notre-Dame, Notre-Dame University Press, 1984; Gordon Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969; Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 1967; Bruce Ackerman, *We the People*, vol 1, Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 1991; Michael Sandel, dir, *Liberalism and its Critics*, New York New York University Press, 1984; Amy Gutmann, « Communitarian Critics of Liberalism » (1985) 14 Philosophy and Public Affairs 308; Morris Janowitz, *The Reconstruction of Patriotism: Education for Civic Consciousness*, Chicago, University of Chicago Press, 1983; Robert Bellah et al, *Habits of the Heart*, Berkeley, University of California Press, 1985; Frank I Michelman, « Politics and Values or What's Really Wrong with Rationality Review? » (1980) 13 Creighton L Rev 487; Richard Stewart, « Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values » (1983) 92 Yale LJ 1537.

<sup>3</sup> La littérature utilise ainsi la notion de pluralisme en opposition au républicanisme. Voir à cet effet les articles de juristes sur le retour du républicanisme : Sunstein, « Beyond the Republican Revival » *supra* note 1; Frank I Michelman, « Law's Republic » (1988) 97 Yale LJ 1493; Frank I Michelman, « Foreword: Traces of Self-Government » (1986) 100 Har L Rev 4 [Michelman, « Traces of Self-Government »]; Bruce Ackerman, « The Storrs Lectures: Discovering the Constitution » (1984) 93 Yale LJ 1013.

ce que la théorie politique considère comme des conceptions du pouvoir<sup>4</sup>.

En vertu de cette théorie pluraliste, le système politique consiste en une lutte entre les groupes d'intérêts pour les ressources sociales. Le politique n'est que le processus de conflit et de négociation entre les divers groupes sociaux. Selon la conception pluraliste, les individus arrivent dans le processus politique avec des intérêts prédéterminés qu'ils tentent de promouvoir à travers le jeu de pouvoirs. En conséquence, le système politique a pour but de s'assurer que les demandes particulières se retrouvent dans ses « extrants »; le système répond mécaniquement aux préférences et le bien commun est l'agrégation de ces préférences particulières. L'équilibre entre les forces en compétition dans le système est assuré par le fonctionnement normal du marché.

Le danger dans une telle conception est qu'un groupe, ou une alliance de groupes, bénéficiant d'un plus grand pouvoir en vienne à dominer le système politique en pulvérisant l'équilibre sur lequel il est fondé (ci-après appelé le problème des factions)<sup>5</sup>. Cela constitue une menace constante de pouvoir tyrannique, type de pouvoir contre lequel les théories républicaines des fédéralistes et des anti-fédéralistes ont été élaborées.

L'historien américain Herbert J. Storing a bien su résumer la problématique énoncée dans ce qui précède :

*The great principle of the revolution can be expressed for present purposes as the doctrine of limited government. The Federalists and the Anti-Federalists agreed that government is properly directed to the pursuit of limited ends, namely the security of individual rights... But the chief concern of limited government for the Founding generation was with subordinate limits on governmental action. And here differences begin.*<sup>6</sup>

C'est maintenant à l'étude de ces différences qu'il faut se concentrer en commençant par la thèse des anti-fédéralistes. En procédant ainsi, le problème de la limitation et du contrôle du pouvoir apparaît plus clairement que ce n'est le cas en disséquant d'abord la théorie des fédéralistes. Pour chaque théorie, il s'agit de présenter et d'analyser les principes et les techniques élaborés pour contrôler et limiter le pouvoir.

---

<sup>4</sup> Voir notamment les théoriciens Robert A Dahl et Seymour Martin Lipset.

<sup>5</sup> De plus, il y aurait lieu de considérer le problème d'action collective que suscite cette approche. Voir par exemple, Russell Hardin, *Collective Action*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1982; Mancur Olson, *The Logic of Collective Action*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1965.

<sup>6</sup> Herbert J Storing, *What the Anti-Federalists Were For: The Political Thought of the Opponents of the Constitution*, Chicago, University of Chicago Press, 1981 à la p 53 [Storing, *What the Anti-Federalists Were For*].

## I. La théorie politique des anti-fédéralistes

Bien qu'ils se soient opposés au projet de Constitution, les anti-fédéralistes ont joué un rôle très important dans le processus d'élaboration de celle-ci. Certaines de leurs idées ont directement influencé le modèle constitutionnel adopté. En les présentant, il y a lieu de souligner que leur contribution au dialogue a eu d'importants effets sur la Constitution et la philosophie sous-jacente. En effet, la Constitution issue des délibérations de 1787 et 1788 diffère de celle qui était au départ proposée. En ce sens, les anti-fédéralistes doivent être considérés parmi les pères fondateurs, ce qui explique toute l'attention portée à leur pensée dans ce qui suit.

Quant à la désignation « anti-fédéralistes » même, elle exige certaines précisions. D'abord, elle recouvre plusieurs individus<sup>7</sup> entre lesquels il serait illusoire de rechercher une parfaite homogénéité de pensée. De la même manière, les idées de chacun ne fournissent pas toutes le même apport à la théorie anti-fédéraliste; autrement dit, les auteurs tels *Deliberator*, *An Old Whig* et *A Gentleman in a Neighbouring State* n'ont pas la même importance que *Brutus* et *A Federal Farmer*, pour ne citer que ceux-ci. Par ailleurs, on peut souligner, à partir de l'exemple fourni par ce dernier pseudonyme, un problème terminologie en apparence banal. Les anti-fédéralistes n'étaient pas tant opposés au fédéralisme qu'à la Constitution elle-même<sup>8</sup>. C'est plutôt l'appropriation par les partisans de la Constitution du terme « fédéraliste » qui a forcé l'appellation « anti-fédéraliste » pour identifier ceux qui s'opposaient, bien que ces derniers se désignaient rarement de cette manière. Les fédéralistes avaient perçu l'avantage de s'identifier ainsi; en effet, cela suggérait que ceux qui s'opposaient à la Constitution s'opposaient également à « quelque chose d'aussi bon que le fédéralisme ». Dans la deuxième sous-partie, la position des anti-fédéralistes au sujet du fédéralisme sera davantage explicitée, mais d'abord voici les fondements de leur théorie.

### A. La vertu civique et la participation des citoyens

La théorie politique des anti-fédéralistes s'appuyait, tout comme celle des fédéralistes, sur le républicanisme. Néanmoins, comme la première était beaucoup plus près de la théorie républicaine classique, c'est dans l'étude de celle-ci qu'il convient de présenter les fondements du républicanisme.

Le principe de base de cette conception du politique était la vertu civique, c'est-à-dire la volonté des citoyens de soumettre leurs intérêts particuliers à la

---

<sup>7</sup> Les anti-fédéralistes signaient généralement leurs textes sous des pseudonymes. Parmi les anti-fédéralistes, on compte notamment : Patrick Henry (*Henry*, *Senex*), Samuel Adams (*Candidus*), Robert Yates (*Brutus*, *Sydney*), Samuel Bryan (*Centinel*), James Winthrop (*Agrippa*), George Clinton (*Cato*), Richard Henry Lee (*Federal Farmer*), Luther Martin (*Genuine Information*), George Mason, James Monroe, Mercy Otis Warren, Melancton Smith, Arthur Fenner. Autres pseudonymes: *Delegate Who Has Caught Cold*, *Newport Man*, *Aristocrotis*, *Farrand*, *Elliot*, *Lowndes*, *Cornelius*.

<sup>8</sup> Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, *supra* note 6 à la p 9.

promotion du bien commun<sup>9</sup>. En conséquence, le rôle du système politique n'était pas de répondre mécaniquement aux intérêts particuliers et de transposer ceux-ci dans des lois et des décisions gouvernementales, mais plutôt d'agir en fonction du bien commun. Le processus politique tenait plutôt de l'auto-détermination collective, par opposition au jeu de pouvoirs impliquant des compromis et des échanges entre des intérêts préexistants<sup>10</sup>. Car c'était bien là l'une des caractéristiques de cette conception que de rejeter les préférences ou les intérêts prépolitiques. C'était plutôt, écrit le professeur Sunstein, un système dans lequel la sélection des préférences était l'objet d'un processus gouvernemental; les préférences ne devaient pas être prises comme des variables exogènes, mais comme devant être développées et formées à travers le système politique<sup>11</sup>.

On voit bien, dès à présent, comment la pensée républicaine, en reconnaissant une autonomie à la sphère publique, était en violente contradiction avec le pluralisme. Pour l'illustrer davantage, il est possible de s'en remettre à l'explication du professeur Sunstein :

*To the republicans, the role of politics was above all deliberative. Dialogue and discussions among the citizenry were critical features in the governmental process. Political participation was not limited to voting or other simple statements of preference. The ideal model for governance was the town meeting, a metaphor that played an explicit role in the republican understanding of politics.*<sup>12</sup>

Ainsi, au marché de la théorie pluraliste, le républicanisme substituait le concept aristotélicien de la place publique. Bien sûr, cela présupposait une certaine vision de la nature humaine, selon laquelle les citoyens peuvent, par leur participation à la discussion publique, mettre de côté leurs intérêts particuliers et s'engager dans la poursuite du bien commun<sup>13</sup>. Thomas Jefferson était d'avis que la Constitution devrait être amendée à chaque génération, par chaque génération, en partie afin d'encourager les citoyens à porter attention aux affaires publiques<sup>14</sup>.

En vertu de cette théorie républicaine, le problème des factions acquérait une toute autre forme et appelait une solution tout aussi différente. Le problème se situait alors au niveau de la corruption, car le danger était que les acteurs politiques, manquant de vertu civique, agissent en fonction de leurs propres intérêts :

*If corruption occurs, groups seeking to use government power to promote their own private ends might come to dominate the political process. If private groups were permitted to subvert government in this way, political power would supplant discussion and debate. Corruption thus threatens to*

<sup>9</sup> *Ibid* à la p 19-23.

<sup>10</sup> Cass Sunstein, « Naked Preferences and the Constitution » (1984) 84 Colum L Rev 1694.

<sup>11</sup> Cass Sunstein, « Interests Groups in American Public Law » (1985) 38 Stan L Rev 29 à la p 31 [Sunstein, « Interests Groups »].

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Lettre de Thomas Jefferson à Samuel Kercheval (12 juillet 1816) dans Thomas Jefferson, Merrill D Peterson, *The Portable Thomas Jefferson*, New York, Viking Press, 1975 aux pp 553-558.

*undermine the republican conception of politics. The traditional solution is to instill principles of virtue in the hope of ensuring that the spirit of faction will not develop.*<sup>15</sup>

À cet égard, Thomas Jefferson, le plus célèbre anti-fédéraliste, a eu les mots suivants : « *Enlighten the people generally, and tyranny and oppressions of body and mind will vanish like evil spirits at the dawn of the day.* »<sup>16</sup>

Les anti-fédéralistes soutenaient que la constitution proposée, et à laquelle ils s'objectaient, allait miner la vertu civique en empêchant la participation des citoyens<sup>17</sup>. Fortement inspirés du républicanisme classique, les anti-fédéralistes s'opposaient à ce que les décisions politiques ne soient pas déterminées par les citoyens agissant en vertu du bien commun; cela s'appuyait sur le principe en vertu duquel la souveraineté émane du peuple : « *In every free government, the people must give their assent to the laws by which they are governed.* »<sup>18</sup>

Agrippa résumait ainsi l'avantage d'un gouvernement républicain :

*every citizen has an influence in making the laws, and thus they are conformed to the general interests of the state; but in every other kind of government they are frequently made in favour of a part of the community at the expense of the rest.*<sup>19</sup>

Par ailleurs, l'action politique devait avoir une fonction éducative et être en conséquence responsable d'inculquer la vertu civique à l'ensemble des citoyens. Les anti-fédéralistes craignaient tout système de représentation parce qu'il accroissait les risques de corruption en diminuant le rôle des citoyens. « *In their world, all decisions would be made during a face-to-face process of deliberation and debate* »<sup>20</sup>.

À la représentation des citoyens, les anti-fédéralistes opposaient, en se basant sur une certaine conception de la liberté, la délibération<sup>21</sup>. En effet, la liberté reconnaissant à chacun la possibilité de délibérer individuellement pour choisir ses propres fins, il doit exister une version collective de la liberté puisque les fins de

<sup>15</sup> *Ibid* à la p 32.

<sup>16</sup> Andrew Adgate Liscomb et Albert Ellery Bergh, dir, *The Writings of Thomas Jefferson*, vol 14, Washington DC, Thomas Jefferson Memorial Association, 1903 à la p 491.

<sup>17</sup> Voir « Martin Luther » dans Herbert J Storing, *The Complete Anti-Federalist*, vol 2, Chicago, Chicago University Press, 1984, 4 au para 103 [*The Complete Anti-Federalist*][« Martin Luther »]; « Agrippa », dans *ibid*, vol 4, 6 au para 49 [« Agrippa »]; « Melancton Smith » dans *ibid*, vol 6, 12 au para 20 [« Melancton Smith »].

<sup>18</sup> « Brutus I » dans *ibid*, vol 2, 9 au para 14 [« Brutus I »].

<sup>19</sup> « Agrippa » *supra* note 17 au para 49.

<sup>20</sup> Sunstein, « Interests Groups » *supra* note 11 à la p 37.

<sup>21</sup> Cass Sunstein, « Legal Interference with Private Preferences » (1986) 53 U Chicago L Rev 1129 à la p 1133. De plus, selon le professeur Sunstein (« Beyond the Republican Revival » *supra* note 1 à la p 1548), il s'agit là d'un apport des anti-fédéralistes à la théorie républicaine, bien qu'ils empruntaient des éléments à Aristote et à Harrington – et non à Rousseau qui ne suggérait pas la délibération (par opposition à la décision) entre citoyens. Sur ce dernier point, voir au même effet : Bernard Manin, « Volonté générale ou délibération? Esquisse d'une théorie de la délibération politique » (1985) 33 Le Débat 72 aux pp 78-83 [Manin].

l'individu sont en partie influencées par les décisions politiques<sup>22</sup>. Les anti-fédéralistes s'en remettaient à la délibération publique, au sein des États conçus comme de petites républiques, et à la démocratie directe pour contrôler le pouvoir tyrannique en puissance. Ils redoutaient davantage la capacité de gouverner des représentants que celle du peuple; dans un discours à la convention de l'État de Virginie, Patrick Henry s'exprimait comme suit :

*I am not well versed in history, but I still submit to your recollection, whether liberty has been destroyed most often by the licentiousness of the people, or by the tyranny of rulers? I imagine, Sir, you will find the balance on the side of tyranny: Happy will you be if you miss the fate of those nations, who, omitting to resist their oppressors, or negligently suffering their liberty to be wrested from them, have groaned under intolerable despotism.*<sup>23</sup>

Un autre d'entre eux, Clinton, niait presque la possibilité que le peuple, gouvernant selon le principe de la majorité, puisse se faire tyrannique; il affirmait que le gouvernement était celui où : « *The will of the people [...] is law.*<sup>24</sup> »

Les anti-fédéralistes craignaient l'exercice du pouvoir s'il devait être confié à des représentants, car comme l'écrivait l'un d'eux :

*There is no public abuse that does not spring from the necessary use of power, – it is that insensible progress from the use to the abuse, that has led mankind through scenes of calamity and woe, that make us now shrink back with horror, from the history of our species.*<sup>25</sup>

Alors que tout système représentatif doit être basé sur la confiance, les anti-fédéralistes redoutaient cette relation entre les élus et le peuple, car, selon Jefferson :

*Confidence is everywhere the parent of despotism – free government is founded in jealousy and not in confidence; it is jealousy, and not confidence, which prescribes limited constitutions, to bind down those whom we are obliged to trust with power.*<sup>26</sup>

<sup>22</sup> La conception de la liberté comme étant un processus dans lequel l'individu délibère sur ses propres fins relève de la conception kantienne de la liberté. C'est aussi sur cette base que John Rawls, dans *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass), Harvard, Belknap Press of Harvard University Press, 1971, a élaboré le concept de « position originelle ». Pour une critique de la dimension délibérative de la position originelle, voir Bernard Manin, *supra* note 21 à la p 78 : la délibération doit être entendue dans le sens aristotélicien de « processus de formation de volonté ». Au sujet de l'importance accordée à la liberté par les anti-fédéralistes, voir « Patrick Henry », dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17, vol 5, 16 au para 6 : « *The first thing I have in heart is American liberty; the second thing is American Union.* » [« Henry »]

<sup>23</sup> *Ibid* au para 2.

<sup>24</sup> « Clinton », dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17, vol 6, 13 à p 2. Voir aussi « Agrippa », *supra* note 17 au para 49.

<sup>25</sup> « A Farmer II » dans *ibid*, vol 5, 1 au para 46[« A Farmer II »].

<sup>26</sup> Saul K Padover, dir, *The Complete Jefferson*, New York, Duell, Sloan and Pearce, 1943 à la p 133, tel que cité dans Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, *supra* note 6 à la p 94.



Les anti-fédéralistes croyaient en une égalité politique des citoyens, en vertu de laquelle chaque individu a accès au processus politique<sup>27</sup>. Qui plus est, certains d'entre eux préconisaient une forme d'égalité économique :

*A republican, or free government, can only exist where the body of the people are virtuous, and where property is pretty equally divided [...] in such a government the people are the sovereign and their sense or opinion is the criterion of every public measure; for when this ceases to be the case, the nature of the government is changed, and an aristocracy, monarchy or despotism will rise on its ruin.*<sup>28</sup>

Bien qu'il privilégiait lui-même une certaine égalité économique, allant même jusqu'à suggérer une forme d'impôt progressif, Jefferson – riche propriétaire à Monticello! – reconnaissait que la répartition égale de la propriété était impraticable<sup>29</sup>.

De la même manière, la plupart des anti-fédéralistes avaient finalement admis la nécessité des élus dans les conditions du système politique des États-Unis :

*In a free republic, although all laws are derived from the consent of the people, yet the people do not declare their consent by themselves in person, but by representatives, chosen by them, who are supposed to know the minds of their constituents, and to be possessed of integrity to declare this mind.*<sup>30</sup>

Ils insistaient néanmoins sur leur nécessaire caractère représentatif :

*A full and equal representation is that which possesses the same interests, feelings, opinions, and views the people themselves would were they all assembled.*<sup>31</sup>

*The idea that naturally suggests itself to our minds, when we speak of representatives is, that they resemble those they represent; they should be a true picture of the people; possess the knowledge of their circumstances and their wants; sympathize in all their distresses, and be disposed to seek their true interests.*<sup>32</sup>

Les anti-fédéralistes prétendaient que la constitution proposée ne garantissait pas le contrôle des représentants, ce qui était contraire à l'essence d'un tel document :

*Constitutions are not so necessary to regulate the conduct of good rulers as to restrain that of bad ones [...]; and all free constitutions are formed with two views – to deter the governed from crime, and the governors from tyranny.*<sup>33</sup>

<sup>27</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival » *supra* note 1 à la p 1552.

<sup>28</sup> « Centinel I » dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17, vol 2, 7 au para 9 [« Centinel I »].

<sup>29</sup> Julian P Boyd, dir, *The Papers of Thomas Jefferson*, Princeton, Princeton University Press, 1953, aux pp 681-682; Sunstein, « Beyond the Republican Revival » *supra* note 1 aux pp 1553-1554.

<sup>30</sup> « Brutus I », *supra* note 18 au para 14.

<sup>31</sup> « Federal Farmer II », dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17, vol 2, 9 au para 14.

<sup>32</sup> « Melancton Smith », *supra* note 17, vol 6, 12 au para 15.

<sup>33</sup> Robert Lansing, à la Convention de New York, tel que cité dans Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, *supra* note 6 à la p 52.

Les anti-fédéralistes critiquaient aussi les institutions ainsi que le gouvernement fédéral, ce qui doit maintenant être étudié.

## B. La décentralisation et le *Bill of Rights*

Afin de contrôler et de limiter le pouvoir des factions, les anti-fédéralistes suggéraient donc de contraindre l'esprit factieux par la vertu civique et la participation des citoyens. Dans le cadre d'un régime fédéral électoral, les anti-fédéralistes voulaient restreindre le pouvoir des représentants par la décentralisation et la reconnaissance de droits individuels. Ils préféraient les petites républiques aux larges États, car elles permettaient davantage la participation des citoyens aux affaires de la Cité; ce modèle permettait de mieux maîtriser le pouvoir des représentants et le problème des factions. C'est également en termes de contrôle du pouvoir que les anti-fédéralistes envisageaient la création et l'enclassement de droits individuels.

Le plaidoyer anti-fédéraliste pour un système politique décentralisé formé de plusieurs petites républiques s'expliquait donc par les risques de corruption des grandes républiques, causés par le manque de participation des citoyens et la faiblesse du lien entre ces derniers et les représentants. De plus, l'anti-fédéraliste Brutus favorisait un tel système, car il prétendait que l'homogénéité entre les citoyens<sup>34</sup>, favorisée par les petites républiques, permettait un meilleur accord entre ceux-ci; ainsi, la délibération publique serait plus importante et la légitimité du pouvoir, plus grande :

*A large republic would thus tend to produce corruption, the greatest obstacle to a well-functioning republican system. Moreover, and equally important, the republican belief in deliberation about the common good is most easily sustained when there is homogeneity and agreement about foundations. Where such agreement is entirely absent, deliberative processes may break down.*<sup>35</sup>

Les anti-fédéralistes avaient une vision décentralisatrice de l'Union américaine. Pour cette raison, ils s'opposaient fermement à la constitution proposée

<sup>34</sup> « Brutus I », *supra* note 18 au para 19 : « *In a republic, the manners, sentiments, and interests of the people should be similar. If this be not the case, there will be a constant clashing of opinions; and the representatives of one part will be continually striving against those of the other.* » Cette idée est difficilement réconciliable avec la réalité hétérogène des grands États. La pensée républicaine comprend aussi la thèse contraire : « *The differences of opinion, and the jarring of parties in that department of the government, though they may sometimes obstruct salutary plans, yet often promote deliberation and circumspection, and serve to check excesses in the majority* », Alexander Hamilton (Publius), (1788) *The Federalist Paper* n° 70, aux pp 426-427.

<sup>35</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival », *supra* note 1 à la p 1556. Cette idée d'accord commun ou de consensus est encore présente dans la pensée politique contemporaine. En effet, selon Charles Taylor, « l'idée d'un peuple qui se gouverne lui-même suppose une certaine unité du peuple. On ne peut gouverner ensemble sans se concevoir comme formant une unité. Les sociétés libérales et démocratiques ont donc besoin d'une cohésion que les sociétés traditionnelles n'avaient pas et dont elles n'avaient pas du tout besoin. » Jean Pichette, « Charles Taylor. Un philosophe enraciné dans le monde », *Le Devoir* (14 décembre 1992) à la p 11.

puisqu'elle établissait un gouvernement central puissant qui allait dominer les États<sup>36</sup>. À leur avis, le système fédéral devait être construit sur la primauté des États, sinon la liberté individuelle serait menacée. Seuls les États pouvant permettre cette liberté, tout gouvernement central fort rendrait le pouvoir illégitime. Ainsi, dans la constitution proposée, ils craignaient : « *[the] means of annihilating the constitutions of the several States, and consequently the liberties of people.* »<sup>37</sup>

Selon les anti-fédéralistes, la responsabilité de protéger les droits énoncés dans la *Déclaration d'indépendance* incombait aux États plutôt qu'au gouvernement central :

*At the separation from the British Empire, the people of America preferred the Establishment of themselves into thirteen separate sovereignties instead of incorporating themselves into one: to these they look up for the security of their lives, liberties, & proprieties: to these they must look up – The federal Govt. they formed, to defend the whole agst. foreign nations, in case of war, and to defend the lesser States agst. the ambition of the larger.*<sup>38</sup>

Les anti-fédéralistes percevaient l'Union comme un moyen de défense contre d'éventuels ennemis et non comme une solution aux difficultés économiques qu'ils préféraient laisser au temps et à l'industrie<sup>39</sup>. Par ailleurs, ils s'objectaient au partage de la souveraineté entre deux ordres de gouvernement : « *It is a solecism in politics for two coordinate sovereignties to exist together* »<sup>40</sup>.

Le gouvernement fédéral ne devait disposer que de quelques compétences. Les anti-fédéralistes favorisaient un fédéralisme très décentralisé ou encore un système confédéral fondé sur l'expérience de confédération qu'avaient connue les colonies depuis la *Déclaration d'indépendance*. En fait, ce que voulaient les anti-fédéralistes c'était un système avec des États puissants et un gouvernement fédéral, ou confédéral, dont le pouvoir soit soumis à certains contrôles; ils espéraient que la constitution préserve les droits des États<sup>41</sup>, prévoie avec précision les pouvoirs du gouvernement central<sup>42</sup> et permette la participation des États dans le gouvernement central<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Voir notamment à cet effet : « Albany Anti-Federal Committee » dans *The Complete Anti-Federalist*, supra note 17, vol 6, 10 au para 2; « Pennsylvania Convention Minority » dans *ibid*, vol 3, 11 aux paras 16-20; « Melancton Smith », supra note 17 au para 5; « Plebian » dans *ibid*, vol 6, 11 au para 13; « Warren » dans *ibid*, vol 6, 14 au para 49; « Philadelphiensis IX » dans *ibid*, vol 3, 6 au para 60; « Gerry » dans *ibid*, vol 2, 1 aux paras 4-5.

<sup>37</sup> Robert Whitehill, tel que cité dans Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, supra note 6 à la p 15. Voir John Bach McMaster and Frederick D Stone, *Pennsylvania and the Federal Constitution, 1787-1788*, Philadelphia, Historical Society of Pennsylvania, 1888 à la p 287.

<sup>38</sup> Luther Martin, dans Max Farrand, dir, *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol I, New Haven, Yale University Press, 1966 aux pp 340-341, tel que cité dans Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, supra note 6 à la p 15; voir aussi « Brutus VII » dans *The Complete Anti-Federalist*, supra note 17, vol 2, 9 à la p 87.

<sup>39</sup> « Melancton Smith », supra note 17 au para 10.

<sup>40</sup> « Centinel V » dans *The Complete Anti-Federalist*, supra note 17, vol 2, 7 au para 99; « Agrippa V », dans *ibid*, vol 4, 6 au para 21 parle même des « horreurs d'une souveraineté divisée ».

<sup>41</sup> *Ibid* au para 23.

<sup>42</sup> « Monroe » dans *The Complete Anti-Federalist*, supra note 17, vol 5, 21 au para 17.

<sup>43</sup> « Federal Farmer XVIII », dans *ibid*, vol 2,8 au para 111.

La critique anti-fédéraliste de la constitution proposée s'étendait aussi aux institutions fédérales et à la séparation des pouvoirs. De manière générale, les anti-fédéralistes arguaient que le système de séparation des pouvoirs ou de freins et contrepoids (« *checks and balances* ») était trop faible. À leurs yeux, ce système était si complexe que personne n'arriverait vraiment à le comprendre, de telle sorte que la source de l'exercice abusif ou tyrannique du pouvoir ne pourrait être décelée<sup>44</sup>. Ils rejetaient aussi le bicaméralisme législatif élaboré dans la Constitution; le Sénat, pensaient-ils entre autres, n'arriverait pas à faire contrepoids à la Chambre des représentants<sup>45</sup>. De plus, si la représentation effective de la Chambre des représentants était trop pâle, le Sénat, lui, allait mener à l'aristocratie<sup>46</sup>. L'objection principale des anti-fédéralistes à l'endroit des institutions était fondée sur le critère du contrôle des représentants par les citoyens :

*It was for this reason that in evaluating the institutions of the proposed Constitution, the anti-federalists were least suspicious of the House of Representatives and regarded the President and the judiciary with most alarm; the Senate was an intermediate case.*<sup>47</sup>

Les droits individuels constituent un autre moyen par lequel le pouvoir peut être contrôlé et limité. En effet, le professeur Sunstein écrit : « *There are several possible solutions to the problem of faction. One response would be to create a shield of "rights" – spheres of individual autonomy into which government may not enter.*<sup>48</sup> »

Durant la période d'élaboration de la Constitution, les anti-fédéralistes étaient les plus ardents défenseurs de l'enchâssement d'un *Bill of Rights* : « *Without such a bill of rights, firmly securing the privileges of the subject, the government is always in danger of degenerating into tyranny.* »<sup>49</sup>

Certains anti-fédéralistes considéraient que la règle de la majorité n'assurerait pas que le gouvernement se fasse le protecteur de la liberté, puisque cette règle pouvait mener à la suppression de la liberté individuelle. Selon *Agrippa*, un *Bill of Rights* était nécessaire dans le cadre d'un gouvernement représentatif « *to secure the minority against the usurpation and tyranny of the majority* »<sup>50</sup>. Dans l'un de ses essais, *A Farmer* explique comme suit la nécessité d'une telle protection :

*The truth is, that rights of individuals are frequently opposed to the apparent interests of the majority – for this reason the greater the portion of political freedom in a form of government the greater the necessity of a bill of rights – often the natural rights of an individual are opposed to the presumed interests or heated passions of a large majority of democratic*

<sup>44</sup> « A Farmer II », *supra* note 25 au para 34.

<sup>45</sup> « Federal Farmer XI », dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17 vol 2, 8 aux paras 145-146.

<sup>46</sup> « Cincinnatus V » dans *ibid*, vol 6, 1 au para 35; Centinel I, *supra* note 28 au para 23.

<sup>47</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival » *supra* note 1 à la p 1556.

<sup>48</sup> Sunstein, « Interests Groups » *supra* note 11 à la p 33.

<sup>49</sup> « An Old Whig » dans *The Complete Anti-Federalist*, *supra* note 17, vol 3, 3 au para 22 [« An Old Whig »].

<sup>50</sup> « Agrippa XVI » dans *ibid*, vol 4, 6 au para 73.

*government; if these rights are not clearly and expressly ascertained, the individual must be lost; and for the truth of this I appeal to every man who has borne a part in the legislative councils of America. In such government the tyranny of the legislative is most to be dreaded.*<sup>51</sup>

En dépit de l'utilisation dans ce passage de l'expression « droits naturels », le républicanisme ne considère pas les droits comme étant prépolitiques ou naturels; selon cette approche, l'existence de domaines d'autonomie privée doit être justifiée dans des termes publics<sup>52</sup>. Dans la théorie républicaine, la plupart des droits sont à la fois des préalables pour un processus délibératif sans distorsion et le résultat d'un tel processus<sup>53</sup>. Les anti-fédéralistes recommandaient la reconnaissance de trois types de droits : des droits en matière de procédure criminelle, la liberté de conscience et la liberté de presse. La Pennsylvanie, État ayant une politique d'immigration très ouverte à cette époque, réclamait avec vigueur la reconnaissance des libertés de conscience et de religion puisque l'apport de tous les citoyens comptait pour son développement<sup>54</sup>. Le *Bill of Rights* de 1791 a embrassé plusieurs des suggestions des anti-fédéralistes<sup>55</sup>.

Les anti-fédéralistes s'opposaient donc à la Constitution pour de nombreuses raisons. En somme, leur principale récrimination était que la Constitution contrevenait aux principes du républicanisme. Quant aux fédéralistes, moins rigides dans l'application de cette théorie politique, ils l'ont adaptée de différentes manières à la réalité des États-Unis d'alors. C'est à l'étude de cette thèse fédéraliste qu'il convient maintenant de se consacrer.

## II. La théorie politique des fédéralistes

C'est dans *The Federalist Papers*<sup>56</sup> que l'on retrouve la théorie politique des fédéralistes. Il s'agit d'un ouvrage dans lequel sont colligées 85 lettres parues dans les journaux de New York en 1787 et 1788. Dans celles-ci, les fédéralistes James Madison, Alexander Hamilton et John Jay, écrivant sous le pseudonyme de Publius, entendaient convaincre la population du bien-fondé de la Constitution soumise à la ratification des États. Le principal auteur des *Federalist Papers* est Alexander Hamilton, à qui revient la rédaction de soixante-trois des lettres, même si ce sont davantage les thèses de James Madison qui sont retenues ici.

Dans les *Federalist Papers*, Madison présentait le problème du pouvoir en mettant l'accent sur le problème des factions :

<sup>51</sup> « A Farmer I », dans *ibid*, vol 5, 1 au para 15.

<sup>52</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival », *supra* note 1 à la p 1551.

<sup>53</sup> *Ibid*.

<sup>54</sup> « Agrippa », *supra* note 17 au para 34; « An Old Whig », *supra* note 49 au para 26; « Convention of Pennsylvania Minority », *supra* note 36 au para 11.

<sup>55</sup> Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, *supra* note 6 à la p 64.

<sup>56</sup> James Madison, Alexander Hamilton et John Jay, *The Federalist Papers*, par Clinton Rossiter, New York, Mentor Books, 1961 [*The Federalist Papers*].

*Among the numerous advantages promised by a well-constructed Union, none deserves to be more accurately developed than its tendency to break and control the violence of faction... By a faction I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community.<sup>57</sup>*

Il écrivait encore : « *It is of great importance in a republic not only to guard the society against the oppression of its rulers, but to guard one part of the society against the injustice of the other part.* »<sup>58</sup>

Dans ce dernier cas, il fallait craindre, selon Madison, le pouvoir de la majorité. Dans une lettre adressée à Thomas Jefferson, James Madison précisait ce point :

*Wherever the real power in a Government lies, there is the danger of oppression. In our Governments the real power lies in the majority of the community, and the invasion of private rights is chiefly to be apprehended, not from acts in which the Government is the mere instrument of the major number of the Constituents.<sup>59</sup>*

Ainsi donc, les fédéralistes rejoignaient les anti-fédéralistes dans leur lutte au pluralisme, en tant que théorie des groupes d'intérêts. Cette deuxième partie permettra de démontrer que la théorie des fédéralistes visait, tout comme celle des anti-fédéralistes, à limiter et contrôler le pouvoir. Entre ces deux théories, ce sont bien souvent, au-delà des principes, les moyens privilégiés qui diffèrent; voici en quoi.

## A. La vertu civique et la représentation des citoyens

La théorie politique des fédéralistes s'appuyait sur les fondements du républicanisme. Comme l'indiquait Madison :

*The first question that offers itself is whether the general form and aspect of the government be strictly republican. It is evident that no other form would be reconcilable with the genius of the people of America; with the fundamental principles of the Revolution; or with that honorable determination which animates every votary of freedom to rest all our political experiments on the capacity of mankind for self-government.<sup>60</sup>*

Cependant, les fédéralistes croyaient qu'il était illusoire de fonder entièrement le système politique sur la vertu civique. Du reste, les fédéralistes doutaient que les intérêts privés des citoyens puissent être subordonnés en instillant

<sup>57</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 10 aux pp 77-78 [Madison, n° 10].

<sup>58</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 51 à la p 323 [Madison, n° 51].

<sup>59</sup> « Lettre du 17 octobre 1788 » dans Gaillard Hunt, dir, *The Writings of James Madison*, vol V, New York, GP Putnam's Sons, 1900-1901 à la p 272 [*The Writings of James Madison*], cité dans Storing, *What the Anti-Federalists Were For*, *supra* note 6 à la p 39.

<sup>60</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 39 à la p 240.

les principes de la vertu civique<sup>61</sup>. Les individus agissant naturellement de manière égoïste, quelque vertu civique ne pourrait modifier leur conduite. En cela, les fédéralistes faisaient une brèche importante dans la théorie républicaine, en y laissant entrer la prémisse utilitariste et en cautionnant ainsi le postulat de base du pluralisme, soit la primauté des intérêts particuliers dans le système politique. Madison était d'avis qu'on ne pouvait agir sur les causes du problème des factions, car les méthodes pour ce faire nécessitaient la suspension de la liberté si essentielle à toute faction et l'inculcation à tous les citoyens des mêmes opinions, passions et intérêts; les factions étant le fruit de quelque impulsion de passion ou d'intérêt : « *The latent causes of faction are thus sown in the nature of man.* »<sup>62</sup>

Rejetant ainsi la prémisse républicaine selon laquelle les citoyens sont animés par la vertu civique, les fédéralistes n'admettaient pas que le problème du pouvoir puisse être réglé par la participation des citoyens au processus politique. Leur solution était plutôt fondée sur le système de représentation :

*From this view of the subject it may be concluded that a pure democracy, by which I mean a society consisting of a small number of citizens, who assemble and administer the government in person, can admit of no cure for the mischiefs of faction. A common passion or interest will, in almost every case, be felt by a majority of the whole; [...] A republic, by which I mean a government in which the scheme of representation takes place, opens a different prospect and promises the cure for which we are seeking.*<sup>63</sup>

Selon les fédéralistes, il y avait trop peu de vertu civique dans la société pour en faire le principe de base du système politique. À cet égard, le professeur Michelman écrit : « *The inevitable answer to the problem of economizing on civic virtue is representative government.* »<sup>64</sup>

La vertu civique étant rarissime, « ceux qui en étaient investis » devaient représenter les citoyens dans le débat politique et diriger les affaires publiques.

*The aim of every political constitution is, or ought to be, first to obtain for rulers men who possess most wisdom to discern, and most virtue to pursue, the common good of society; and in the next place, to take the most effectual precautions for keeping them virtuous whilst they continue to hold their public trust.*<sup>65</sup>

La représentation constituait donc, contrairement à la participation, une solution au problème des factions. Par le système électoral, les citoyens allaient sanctionner la conduite des représentants, de telle sorte que ceux-ci ne seraient pas réélus s'ils s'avisait de gouverner en faisant fi de l'intérêt général. Le système politique ne devait pas servir à privilégier les intérêts particuliers.

<sup>61</sup> Sunstein, « Interests Groups », *supra* note 11 à la p 46.

<sup>62</sup> Madison, n° 10, *supra* note 57 aux pp 78-79.

<sup>63</sup> *Ibid* à la p 81.

<sup>64</sup> Michelman, « Traces of Self-Government », *supra* note 3 à la p 58.

<sup>65</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 57 à la p 350.

*The effect of [the delegation of the government ... to a small number of citizens elected by the rest] is [...] to refine and enlarge the public views by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose.<sup>66</sup>*

L'inadéquation entre le concept de vertu civique cher aux anti-fédéralistes et le modèle de système représentatif préconisé par les fédéralistes illustre bien les divergences fondamentales entre la théorie des uns et celle des autres. Pourtant, toutes deux s'inspiraient du républicanisme et cherchaient à limiter et contrôler le pouvoir. Néanmoins, les fédéralistes ne rejetaient pas l'idée selon laquelle le système politique devait assumer une fonction délibérative. Cependant, c'était aux représentants, et non aux citoyens, qu'incombaient, selon eux, cette responsabilité, comme l'explique le professeur Sunstein :

*the federalists did not believe that representatives would or should respond mechanically to private pressure. Instead, the national representatives were to be above the fray of private interests. Above all, their task was deliberative. Indeed, the task of the legislator was very close to the task of the citizen in the traditional republican conception.<sup>67</sup>*

C'est en leur qualité de gardiens du bien public que les représentants détenaient cette responsabilité selon les fédéralistes :

*When occasions present themselves in which the interests of the people are at variance with their inclinations, it is the duty of persons whom they have appointed to be the guardians of those interests to withstand the temporary delusion in order to give them time and opportunity for more cool and sedate reflection.<sup>68</sup>*

Ainsi donc, les fédéralistes n'adoptaient pas une conception politique dite pluraliste, conception selon laquelle le système politique ne devait servir qu'à la négociation et l'échange entre les intérêts particuliers, et ce, même s'ils admettaient la primauté de tels intérêts. Au moment de traiter du processus de nomination politique, Hamilton parlait d'un « *scandalous bartering of votes and bargaining for places* »<sup>69</sup>. En somme, la représentation devait permettre la délibération et créer une barrière à l'injustice qui résulterait de l'exercice du pouvoir si celui-ci devait être laissé entre les mains des individus menés par leurs propres intérêts :

*As the cool and deliberative sense of the community ought, in all governments, and actually will, in all free governments, ultimately prevail over the views of its rulers; so they are particular moments in public affairs*

<sup>66</sup> Madison, n° 10, *supra* note 57 à la p 82.

<sup>67</sup> Sunstein, « Interests Groups », *supra* note 11 à la p 46.

<sup>68</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 71 à la p 432.

<sup>69</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 77 à la p 462.



*when the people, stimulated by some irregular passion, or some illicit advantage, or misled by the artful misrepresentations of interested men, may call for measures which they themselves will afterwards be the most ready to lament and condemn. In these critical moments, how salutary will be the interference of some temperate and respectable body of citizens, in order to check the misguided career and to suspend the blow meditated by the people against themselves, until reason, justice, and truth can regain their authority over the public mind?*<sup>70</sup>

Au surplus, l'avantage déterminant que les fédéralistes percevaient dans le système représentatif, c'était que, contrairement au modèle participatif des anti-fédéralistes, il était compatible avec la grande république américaine. L'auto-détermination prônée par Rousseau n'était possible que dans une république de la taille du canton de Genève<sup>71</sup> ou encore, écrivait Hamilton :

*When Montesquieu recommends a small extent for republics, the standards he had in view were of dimensions far short of the limits of almost every one of these States. Neither Virginia, Massachusetts, Pennsylvania, New York, North Carolina, nor Georgia can by any means be compared with the models from which he reasoned and to which the terms of his description apply.*<sup>72</sup>

L'explication que donne le professeur Sunstein de la pensée fédéraliste sur cette question renvoie à la problématique fondamentale du débat entourant l'élaboration de la Constitution :

*Moreover, the problem of faction was likely to be most, not least, severe in small republic. In a small republic, a self-interested group could easily seize political power and distribute wealth or opportunities in its favor.*<sup>73</sup>

Madison expliquait cela comme suit :

*The smaller the society, the fewer probably will be the distinct parties and interests composing it; the fewer the distinct parties and interests, the more frequently will a majority be found of the same party; and the smaller the number of individuals composing a majority, and the smaller the compass within which they are placed, the more easily will they concert and execute their plans of oppression.*<sup>74</sup>

À l'opposé, pensaient les fédéralistes, la formation d'une grande république étatsunienne servirait à enrayer le problème du pouvoir tyrannique des factions :

*Extend the sphere and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens; or if such a common motive exists, it will be more difficult for all who feel it to discover their own strength and to act in unison with each other [...] Hence, it clearly appears*

<sup>70</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 63 à la p 384.

<sup>71</sup> Michelman, « Traces of Self-Government », *supra* note 3 à la p 58.

<sup>72</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 9 à la p 73.

<sup>73</sup> Sunstein, « Interests Groups », *supra* note 11 à la p 38

<sup>74</sup> Madison, n° 10, *supra* note 57 à la p 83.

*that the same advantage which a republic has over a democracy in controlling the effects of faction is enjoyed by a large over a small republic – is enjoyed by the Union over the States composing it.*<sup>75</sup>

Dans une grande république, les représentants acquerraient une certaine distance par rapport aux intérêts particuliers, ce que les fédéralistes estimaient être un obstacle supplémentaire à l'exercice tyrannique du pouvoir. Ce mécanisme de représentation n'était toutefois pas la seule manière dont les fédéralistes entendaient assurer le contrôle du pouvoir. Dans ce qui suit, il s'agit d'étudier les importantes mesures structurelles qu'ils proposaient pour éviter que le pouvoir serve autre chose que l'intérêt public.

## **B. Les mesures structurelles : le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et le bicaméralisme**

Le fédéralisme, la séparation des pouvoirs et le bicaméralisme peuvent certes être abordés sous plusieurs angles. Toutefois, la présentation de ces éléments de la *Constitution américaine* en tant que moyens de contrôler le pouvoir est très éclairante sur la nature de l'État de droit aux États-Unis. D'ailleurs, c'est ainsi que les fédéralistes concevaient ces différentes mesures.

Alors que les anti-fédéralistes accordaient d'abord de l'importance aux États, leurs opposants, eux, s'intéressaient surtout à l'entité fédérale. Les fédéralistes prétextaient que c'était à l'unisson que les colonies avaient déclaré leur indépendance et non pas individuellement; en conséquence, l'existence d'un gouvernement fédéral était l'affaire de la nation plutôt que des États. Dans le dernier texte des *Federalist Papers*, Hamilton écrit : « *A NATION, without a NATIONAL GOVERNMENT, is, in my view, an awful spectacle.* »<sup>76</sup>

De l'avis des fédéralistes, il devait y avoir à la tête des États un gouvernement responsable des intérêts de la nation. Cette idée n'allait pas sans quelques heurts avec l'appel à la décentralisation lancé et souhaité par les anti-fédéralistes.

Selon Publius, le fédéralisme offrait des avantages à l'égard du contrôle et de la limitation du pouvoir : « *The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself.* »<sup>77</sup>

Leur jalousie mutuelle devait servir à protéger les citoyens de la violation de leurs droits par l'un ou l'autre des gouvernements<sup>78</sup>. Par ailleurs, lorsque certains des anti-fédéralistes, convaincus par leurs adversaires, eurent accepté l'idée d'un système fédéral, ils insistaient pour que le partage des compétences entre l'état fédéral et les états fédérés soit clairement défini; les propos suivants de l'anti-fédéraliste Brutus, qui pourraient être attribués aux fédéralistes, sont à cet égard d'un grand intérêt :

<sup>75</sup> Madison, n° 10, *supra* note 57 à la p 83.

<sup>76</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 85 à la p 527.

<sup>77</sup> Madison, n° 51, *supra* note 58 à la p 323.

<sup>78</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival », *supra* note 1 à la p 1562.

*Neither the general government, nor the state governments, ought to be vested with all the powers proper to be exercised for promoting the ends of government. The powers are divided between them – certain ends to be attained by the one, and other certain ends by the other; and these, taken together, include all the ends of good government. This being the case, the conclusions follows, that each should be furnished with the means, to attain the ends, to which they are designed.*<sup>79</sup>

Le fédéralisme répartissant le pouvoir entre les deux ordres de gouvernement, il s'agissait d'un moyen de limiter le pouvoir. Cette mesure constitue un apport important à l'évolution de l'État de droit aux États-Unis. À cette première division horizontale du pouvoir s'en ajoute une seconde, celle-là verticale, soit la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Cette séparation des pouvoirs, autrement appelée système de freins et contrepoids, permet elle aussi de limiter le pouvoir, mais cette fois, à l'intérieur d'un même ordre de gouvernement. Si pour Montesquieu le pouvoir arrête le pouvoir, pour Madison ce système reposait sur le principe suivant : « *Ambition must be made to counteract ambition* »<sup>80</sup> :

*The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny.*<sup>81</sup>

Le professeur Sunstein explique ainsi l'effet d'une telle séparation des pouvoirs entre les trois branches :

*The system of checks and balances within the federal structure was intended to operate as a check against self-interested representation and factional tyranny in the event that national officials failed to fulfill their responsibilities. If a private group was able to achieve dominance over a certain part of the national government, or if a segment of rulers obtained interests that diverged from those of the people, other national officials would have both the incentive and the means to resist.*<sup>82</sup>

Dans la perspective du contrôle et de la limitation du pouvoir, la théorie fédéraliste établissait d'importantes protections d'ordre structurel. Madison écrivait sur la juxtaposition des séparations horizontale et verticale du pouvoir :

*In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people.*<sup>83</sup>

Au demeurant, il restait, dans l'esprit de Madison, un pouvoir qui, nonobstant les diverses mesures de protection jusqu'ici élaborées, ne faisait pas

<sup>79</sup> « Brutus VI », dans *The Complete Anti-Federalist*, supra note 17, vol 2, 9 à la p 80.

<sup>80</sup> Madison, n° 51, supra note 58 à la p 322.

<sup>81</sup> James Madison (1788) *The Federalist Paper* n° 47 à la p 301.

<sup>82</sup> Sunstein, « Interests Groups », supra note 11 à la p 44.

<sup>83</sup> Madison, n° 51, supra note 58 à la p 323.

l'objet de suffisamment d'encadrement; il s'agissait du pouvoir législatif : « *In republican government, the legislative authority necessarily predominates.* »<sup>84</sup>

En conséquence, il fallait élaborer une autre subdivision du pouvoir, le bicaméralisme (c'est-à-dire un Congrès divisé en une Chambre des représentants et un Sénat), ajoutant ainsi à l'édifice institutionnel imposant érigé par les fédéralistes afin de contrôler et limiter le pouvoir :

*The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit.*<sup>85</sup>

En somme, les mesures structurelles défendues par les fédéralistes s'attaquaient avant tout au problème posé par le pouvoir. La méthode utilisée par ceux-ci, et principalement par Madison, consistait à partager le pouvoir, le diviser entre plusieurs afin que les uns et les autres puissent mutuellement se surveiller. La théorie Montesquieu leur inspira cette idée (« le pouvoir arrête le pouvoir »), tout comme elle l'avait fait pour les anti-fédéralistes grâce à la notion de vertu civique. De plus, les citoyens eux-mêmes, par leur faculté de choisir les représentants, exerçaient un pouvoir de contrôle sur ces derniers.

Au demeurant, la théorie des fédéralistes était basée sur la conviction que les citoyens étaient incapables de se gouverner eux-mêmes. Par conséquent, le besoin d'un gouvernement et d'un système complexe de contre-pouvoirs comportait une critique de la nature humaine :

*But what is government itself but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.*<sup>86</sup>

Ces précautions, dictées par la prudence, consistaient donc en une distribution des pouvoirs à l'intérieur de l'État. Derrière toute cette pensée se profilait l'idée d'une société juste :

*Justice in the end of government. It is the end of civil society. It ever has been and ever will be pursued until it be obtained, or until liberty be lost in*

---

<sup>84</sup> *Ibid* à la p 322. Il voulait aussi renforcer le pouvoir de l'exécutif pour contrebalancer celui du législatif; en ce sens, il notait, aux pages 322-323 : « As the weight of the legislative authority requires that it should be thus divided, the weakness of the executive may require, on the other hand, that it should be fortified ».

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> *Ibid.*, à la p 322.

*the pursuit. In a society under the forms of which the stronger faction can readily unite and oppress the weaker, anarchy may as truly be said to reign as in a state of nature, where the weaker individual is not secured against the violence of the stronger; and as, in the latter state, even the stronger individuals are prompted, by the uncertainty of their condition, to submit to a government which may protect the weak as well as themselves; so, in the former state, will the more powerful factions or parties be gradually induced, by a like motive, to wish for a government which will protect all parties, the weaker as well as the more powerful.<sup>87</sup>*

Dans le même sens, la justification d'un *Bill of Rights* trouvait chez James Madison le même fondement, soit un moyen supplémentaire de contrecarrer les pulsions d'intérêt et de passion : « *political truths declared in that solemn manner acquire by degrees the character of fundamental maxims of free Government, and as they become incorporated with the national sentiment, counteract the impulses of interest and passion* »<sup>88</sup>.

\*\*\*

Les idées des fédéralistes et des anti-fédéralistes ont fait évoluer le concept d'État de droit aux États-Unis. Les théories politiques des uns et des autres, fondées sur le républicanisme, avaient essentiellement pour but de limiter et de contrôler le pouvoir. Toutefois, même si tous s'entendaient sur l'objectif à poursuivre, les moyens suggérés pour l'atteindre variaient considérablement. En effet, les anti-fédéralistes estimaient que la vertu civique et la participation des citoyens permettraient de contrôler le pouvoir, ce que niaient les fédéralistes. Ces derniers préféraient s'en remettre à la représentation. De plus, alors que les anti-fédéralistes privilégiaient un système décentralisé constitué de petites républiques (États), les fédéralistes préféraient un grand État fédéral, avec un gouvernement central fort, où d'importantes mesures structurelles assureraient le contrôle du pouvoir. Quant au *Bill of Rights*, bien qu'il ait été au départ défendu par les anti-fédéralistes, tous ont fini par admettre sa pertinence.

Ces discussions ont mené à la ratification de la Constitution et à son amendement en vue d'y inclure un *Bill of Rights*. Ainsi, la Constitution elle-même et ses amendements sont le fruit d'un processus de délibération politique dominé par des idées fondées sur des conceptions de la justice. À cet égard, le processus d'élaboration de la Constitution des États-Unis était exemplaire et constituait une étape importante dans la mise en place de l'État de droit.

Quant au contenu de la Constitution issue de ce débat, le professeur Orban le résume comme suit :

<sup>87</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 52 aux pp 324-325.

<sup>88</sup> « Lettre à Thomas Jefferson (17 octobre 1788) », dans *The Writings of James Madison*, *supra* note 59 aux pp 269, 273.

La Constitution élaborée en 1787 et finalement ratifiée, par une majorité qualifiée des législatures des trois quarts des États d'alors (9 sur 13) a été le résultat de nombreux compromis signalés plus haut, entre, notamment, les thèses centralisatrices d'Hamilton et la volonté d'autonomie régionale de Jefferson.<sup>89</sup>

C'est aussi l'avis du professeur Sunstein :

*In all of these ways, the constitutional framework created a kind of deliberative democracy, including Madisonian representation at the national level, safeguards against factionalism and self-interested representation, and opportunities for local self-determination through the federal system.*<sup>90</sup>

La Constitution reflétait donc les thèses des fédéralistes et des anti-fédéralistes quant au contrôle et à la limitation du pouvoir. Sans nier l'importance de l'apport de l'ensemble de ces propositions à l'évolution de l'État de droit, il est une mesure qu'il faut placer au-dessus de toutes; il s'agit de la Constitution elle-même, en tant que document écrit hiérarchiquement supérieur aux lois : « *No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid [...] A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law.* »<sup>91</sup>

En effet, l'idée d'enchaîner dans une constitution les fondements du pays constitue une étape cruciale dans l'évolution de l'État de droit. En fait, la constitutionnalisation est le point culminant de l'État de droit. Le constitutionnalisme est, en soi, une contrainte imposée au pouvoir politique<sup>92</sup>. De telle sorte que, « théoriquement en Occident, le fait de créer une Constitution écrite représente, à première vue, une limite apportée à la tyrannie sous toutes ses formes »<sup>93</sup>.

D'ailleurs, dès qu'il est question de démocratisation, certaines mesures sont constamment évoquées : parmi celles-ci, se trouvent la tenue d'élections libres, la présence du multipartisme, la reconnaissance des droits de la personne et de la primauté du droit ainsi que l'existence d'une constitution écrite. Dans de très nombreuses sociétés, la transposition et l'implantation de telles mesures, entièrement étrangères aux traditions, mœurs et cultures, posent des difficultés énormes.

Même si les démocraties occidentales ont une plus grande expérience de l'État de droit et qu'elles ne constituent pas le plus important défi à son développement, il ne faut pas croire que l'État de droit y connaît son achèvement. En fait, les formes d'État de droit souffrent, aux yeux de plusieurs, de défauts majeurs; il en est ainsi, notamment de l'absence d'une constitution écrite au Royaume-Uni, du problème de la contestation de la constitutionnalité des lois jusqu'à récemment en

<sup>89</sup> Edmond Orban, « La dynamique du cadre constitutionnel », dans Edmond Orban, dir, *Le système politique des États-Unis*, Montréal, PUM, 1987 à la p 28 [Orban].

<sup>90</sup> Sunstein, « Beyond the Republican Revival », *supra* note 1 à la p 1562.

<sup>91</sup> Alexander Hamilton (1788) *The Federalist Paper* n° 78 à la p 467.

<sup>92</sup> Sunstein, « Interests Groups », *supra* note 11 à la p 44.

<sup>93</sup> Orban, *supra* note 89 à la p 21.

France<sup>94</sup>, des possibles dérogations aux droits et libertés au Canada – sans compter que la *Constitution canadienne* souffre d'un manque de légitimité au Québec depuis 1982.

Quant aux États-Unis, le retour de la théorie politique et du droit constitutionnel aux fondements philosophiques du système politico-juridique, effectué à travers l'analyse des théories des fédéralistes et des anti-fédéralistes, permet de porter un jugement sur l'évolution de l'État de droit. À cet égard, il y aurait lieu d'examiner dans quelle mesure la situation contemporaine respecte les principes et les techniques de limitation du pouvoir prônés au XVIII<sup>e</sup> siècle. Par exemple, à la lumière des conflits sociaux et raciaux, on pourrait se demander où en est rendue l'égalité aux États-Unis, ce qui pose aussi le problème des droits économiques et sociaux. De la même manière, il serait intéressant d'étudier l'objectif de départ des fédéralistes et des anti-fédéralistes, soit la lutte au pluralisme et le problème des factions, afin de voir la place qu'occupe cette conception politique dans la réalité d'aujourd'hui par rapport à la conception républicaine; ici, c'est tout le problème du rôle des partis politiques, des groupes d'intérêts et du comportement du système politique qui est soulevé. Autrement dit, le système politique continue-t-il d'agir en fonction de l'intérêt général selon la volonté du peuple ou n'est-il pas davantage un mécanisme de négociation entre des intérêts particuliers que défendent des groupes de pression? C'est à ces problèmes que s'adresse, entre autres, le récent courant en théorie politique et en droit constitutionnel fondé sur le républicanisme; pour cette raison, il vaut d'en souligner la pertinence et le mérite.

---

<sup>94</sup> Depuis 1992, un important changement est survenu quant au contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. En effet, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a créé la question prioritaire de constitutionnalité. Jusque-là, il n'était pas possible pour les justiciables de contester la conformité à la Constitution d'une loi déjà entrée en vigueur.