

INSTITUT EURO 92  
 113 rue de l'Université 75007 PARIS  
 RENCONTRE DU 13 DECEMBRE 2000  
 à 19 heures 30

LA QUESTION DE LA NATURE DU FEDERALISME AMERICAIN :  
 ANNULATION ET SECESSION  
 (ETATS-UNIS XIXème SIECLE - EUROPE XXIème SIECLE)

INTRODUCTION : LE MYSTERE AMERICAIN

Lorsque les prix Nobel de physique et de chimie sont attribués, le commun des mortels n'y entend goutte. La recherche récompensée est opaque pour lui. Et pourtant, l'étude de tel phénomène scientifique d'un abord abscons et abstrait débouche sur un progrès aisément perceptible par chacun.

Il existe – et ceci est une boutade – deux types de thèses universitaires : celles dont on ne voit guère l'intérêt de prime abord et qui importent cependant car elles soulèvent une ou plusieurs grandes questions pratiques ; celles dont on ne voit guère l'intérêt immédiatement et après. Il vous appartiendra de classer la présente recherche inspirée d'une thèse <sup>1</sup> dans la catégorie qui vous apparaîtra la plus idoine...

- l'ignorance française

L'histoire et le droit américains ne sont pas méprisés par la littérature française. Ils sont méconnus ou peu s'en faut. La barrière de la langue, l'absence d'«utilité» de l'étude des institutions américaines en regard de l'histoire constitutionnelle et des institutions françaises, enfin l'anti-américanisme – ce défaut qui consiste, selon la savoureuse définition d'un sociologue américain, à détester les Etats-Unis plus qu'ils ne le méritent... - expliquent cet état de fait. Jean-François Revel <sup>2</sup> écrit cruellement : « Prenez la France, pays auquel je me réfère volontiers parce qu'il est le laboratoire paradigmatique de la résistance aux enseignements de la catastrophe communiste. Si vous enlevez

<sup>1</sup> Jean-Philippe Feldman, *Controverses sur la nature du fédéralisme américain. Interposition, annulation et sécession de la fin du XVIIIème siècle à la guerre de sécession*, thèse, droit, Paris II, 2 vol., 1194 p.

<sup>2</sup> Jean-François Revel, *La grande parade. Essai sur la survie de l'utopie socialiste*, Plon, 2000, p. 308.

l'antiaméricanisme, à droite comme à gauche, il ne reste rien de la pensée politique française »...

- le flou des notions

Beaucoup de Français ont une conception confuse du fédéralisme. Ils ne sont pas les seuls... La confédération et l'Etat unitaire semblent des notions relativement bien définies. La confédération est constituée par deux niveaux de gouvernement, un gouvernement central chargé de missions limitées, souvent régaliennes, et les gouvernements périphériques qui gardent tous leurs pouvoirs explicites non délégués et l'ensemble des pouvoirs implicites. L'Etat unitaire, lui, est représenté par un gouvernement central et unique qui peut déconcentrer ou décentraliser un certain nombre de ses attributions. Le fédéralisme apparaît comme une forme molle, un ectoplasme perdu entre une centralisation poussée et une décentralisation profonde. Il se situe dans cet entre-deux malaisé qui incite à pencher dans un sens ou dans l'autre, au gré des époques ou des intérêts, telle une forme atténuée ou accentuée de ses idéaux types. Historiquement d'ailleurs, le vocabulaire était limité. Soit l'Etat était unitaire, consolidé, national, entier ou parfait, soit il était membre d'une confédération d'Etats. La nouveauté du régime instauré aux Etats-Unis par la Constitution de 1787 a semé le trouble parmi ses commentateurs. Des concepts tels ceux de confédération, de fédération, de fédéralisme ou encore d'Etat fédéral pourraient être considérés comme des principes clairs, comme des « mots primitifs » qui n'appellent aucune définition parce que celui qui s'y emploierait risquerait de sombrer dans le ridicule le plus achevé. Dans un passage célèbre, Pascal <sup>3</sup> affirme qu'il n'y a rien de plus faible que le discours de ceux qui veulent définir des mots primitifs : « quelle nécessité y a-t-il d'expliquer ce qu'on entend par le mot *homme* ? Ne sait-on pas assez quelle est la chose qu'on veut désigner par ce terme ? Et quel avantage pensait nous procurer Platon, en disant que c'était un animal à deux jambes sans plumes ? Comme si l'idée que j'en ai naturellement, et que je ne puis exprimer, n'était pas plus nette et plus sûre que celle qu'il me donne par son explication inutile et même ridicule ; puisqu'un homme ne perd pas l'humanité en perdant les deux jambes et qu'un chapon ne l'acquiert pas en perdant ses plumes. »

. La confédération

La confédération, du latin *foedus*, *i.e.* l'alliance, le pacte ou le traité, peut se définir comme une association d'Etats, une alliance ou une ligue qui résulte non pas d'une constitution, acte de droit public interne, mais d'un traité, acte de droit international. Les Etats demeurent tels, *i.e.*, également souverains après qu'ils

<sup>3</sup> Blaise Pascal, *De l'esprit géométrique. Entretien avec M. de Sacy. Ecrits sur la Grâce et autres textes*, GF-Flammarion, 1985, p. 70.

ont conclu le traité. Par ce dernier, ils créent un organe commun inter-étatique auquel ils délèguent certaines attributions et qui fonctionne normalement selon le principe de l'unanimité, ses décisions n'étant pas d'application immédiate sur les citoyens des Etats. En conséquence, chaque Etat conserve généralement un droit de *veto*, et en tout état de cause dispose d'un droit de sécession discrétionnaire. Il n'est dès lors pas surprenant que, selon un poncif, la confédération d'Etats ne constituerait qu'une forme de transition qui serait tôt ou tard destinée à se muer en une forme d'union plus étroite ou à se dissoudre.

#### . La fédération

La fédération peut se définir comme un groupement, une union politique d'Etats ou encore une union de plusieurs Etats en un Etat fédéral, *i.e.* celle dans laquelle les diverses compétences constitutionnelles sont partagées entre un gouvernement central et les collectivités locales qui forment cet Etat.

#### . Le fédéralisme

Proudhon définit le fédéralisme, qui provient du latin *federatio*, *i.e.* l'alliance ou l'union, comme la « liberté dans l'ordre et l'indépendance dans l'unité ».

Sociologiquement, il s'agit d'une tension entre solidarité et autonomie, une recherche d'harmonie où le libre exercice de l'initiative des parties est à la fois la condition et la résultante de la cohésion interne du tout. Le fédéralisme est une symbiose sans confusion ni disparition des spécificités, une formule souple qui permet de respecter la diversité tout en assurant l'unité.

#### . L'Etat fédéral

L'Etat fédéral se définit le plus souvent par ce qu'il n'est pas, soit un Etat unitaire ou une confédération. Les définitions larges mettent l'accent sur la juxtaposition ou la superposition aux Etats existants d'un Etat central établi par une constitution fonctionnant selon le principe majoritaire et détenant seul la souveraineté externe. Détenteur pour les uns d'une souveraineté, fût-elle seulement interne, au même titre que l'Etat fédéral, les Etats fédérés seraient, selon les autres, dénués de toute souveraineté et ne seraient donc pas des Etats, « mais des collectivités qui participeraient à la formation de la volonté fédérale et qui seraient autonomes en tant qu'auto-organisation ».

## - Le « mythe » de la Constitution de 1787

Contrairement aux poncifs largement diffusés aux Etats-Unis, le texte constitutionnel de 1787 fut tellement matière à controverse que la légitimité de la Constitution fut mise en doute et que son caractère, à certains égards, ambigu ne manqua pas d'être relevé.

### . Une constitution combattue

Longtemps passée sous silence, la critique des « Antifédéralistes » n'en joua pas moins un rôle primordial lors des débats conventionnels de 1787.

### . Une constitution illégitime

les « Antifédéralistes » protestèrent contre la violation du 13<sup>ème</sup> des Articles de la Confédération aux termes duquel l'Union devait être perpétuelle. Au surplus, pour faciliter la ratification du nouveau texte, les Constituants décidèrent de ne point la confier aux corps législatifs des Etats, mais à des conventions dites populaires ce qui devait rompre tout lien entre le gouvernement de l'ancienne confédération et la nouvelle autorité.

### . La ratification

Moult auteurs ont souligné que la ratification de la Constitution avait, suivant les Etats, été parfois obtenue par intimidation, par corruption, ou tout simplement dans des conditions douteuses.

### . Une constitution ambiguë

Pour la plupart des Constituants le changement apparut plus comme une différence de degré que comme une différence de principe. Ceux-ci inventèrent l'Etat fédéral presque sans l'avoir réalisé. Nombre d'auteurs ont souligné qu'une admiration sans borne était excessive pour une œuvre de circonstance, fondée sur des compromis plus ou moins avouables, entre grands et petits Etats, entre esclavagistes et abolitionnistes, entre défenseurs des droits des Etats, *i.e.* celle qui insiste sur les ambiguïtés de la distribution des pouvoirs nationaux et des pouvoirs d'Etat afin de s'opposer à un gouvernement central fort, et avocats d'un gouvernement fédéral puissant.

## - Les questions centrales

Dans l'expérience politique américaine aucune question, si ce n'est celle des relations raciales qui lui est fortement liée, n'a fait couler autant d'encre et de

sang que celle des rapports entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. La question était de savoir si le « peuple » établit une union nationale ou bien une confédération de nations indépendantes formées avec le droit pour chacune de décider de la validité des lois fédérales et de la quitter selon son bon vouloir, ou encore quelles étaient les limites apportées aux pouvoirs du gouvernement fédéral et, si ce dernier excédait ses attributions, qui avait le droit d'empêcher de tels empiètements constitutionnels. En substance, se posaient six séries de questions nodales. Premièrement, quelle était la nature de la Constitution : s'agissait-il d'un contrat ou d'un pacte d'une part, ou d'un traité d'autre part, d'un acte de droit interne ou d'un acte de droit international ? Deuxièmement, quelles étaient les parties à la Constitution : s'agissait-il du peuple, *i.e.* le peuple des Etats-Unis entendu comme un tout, ou des peuples, *i.e.* du peuple de chaque Etat ? Troisièmement, quel était le détenteur de la « souveraineté » : le peuple, entendu comme un tout, les peuples, ou encore – ce qui est pour certains synonyme – les Etats ? Rarement concept aura été plus source de discussions que celui de souveraineté. Celle-ci recouvre trois concepts : l'indépendance par rapport à quelqu'un, la puissance par rapport à l'intérieur et à l'extérieur, la source. Etymologiquement, elle renvoie à l'image de puissance la plus élevée, ce qui ne signifie pas pour autant puissance sans limites. Classiquement, on oppose la souveraineté interne à la souveraineté externe. Celle-là est la puissance suprême de l'Etat sur ceux qui lui sont soumis, celle-ci est la puissance de soumission de l'Etat à une puissance supérieure. Elle équivaut à l'indépendance et à l'autonomie absolue dans l'ordre interne. En revanche, la souveraineté est relative dans l'ordre international où la coordination se substitue à la hiérarchie. Les libéraux se sont dispersés sur la signification et la légitimité de la notion. Pour certains la souveraineté est le pouvoir ultime et légitime de déterminer le comportement de l'individu. Pour d'autres, personne ne serait souverain, sauf peut-être le Droit. Selon le grand juriste anglais du tournant des XVIème et XVIIème siècles, Edward Coke, tout pouvoir souverain est une antinomie puisqu'en vertu du *common law*, le pouvoir ne peut s'exercer que selon le Droit. Coke nie la souveraineté à l'intérieur de l'Etat puisqu'il n'admet pas que les libertés soient fondées sur la volonté, c'est-à-dire sur l'arbitraire du pouvoir. Si l'on considère que les Etats sont souverains, de deux choses l'une : soit l'Etat fédéral l'est également et la souveraineté est double, divisée, partagée ou dualiste ; soit l'Etat fédéral ne l'est pas et seuls les Etats fédérés le sont, au besoin par subsumption de leurs peuples respectifs. Pour une longue tradition d'auteurs initiée par Jean Bodin au XVIème siècle et poursuivie notamment par Hobbes, l'idée de souveraineté dualiste était une absurdité. La souveraineté était un attribut du pouvoir étatique qui n'était susceptible ni de division, ni de haussement. En revanche, pouvait être distinguée la manière dont la souveraineté était détenue, par définition indivisible, de celle dont elle était exercée. C'est d'ailleurs pour éviter les impasses du fédéralisme que certains évacuent la notion d'Etat, partant celle de souveraineté, de la fédération. L'Etat

fédéral tuerait le fédéralisme parce que l'autonomie politique des Etats membres serait niée. Quatrièmement, qui jugeait des violations constitutionnelles : le peuple, les peuples, ou encore un organe fédéral – la Cour suprême – ou bien fédéré ? Cinquièmement, quelle était l'autorité en charge de la dissolution : encore une fois le peuple, les peuples, ou encore les Etats ? Sixièmement et dernièrement, quelle était la nature de la dissolution : un droit, constitutionnel ou extra-constitutionnel, de sécession ou bien un droit naturel de résistance ou de révolution ?

La question de la nature de l'union américaine s'est cristallisée lors de deux crises nodales. Tout d'abord, une crise dite d'annulation au tournant des années 1820-1830 qui succédait elle-même à une série de crises dites d'interposition au tournant du siècle, puis une phase de sécession dont l'acmé se produisit dans les années 1860. L'analyse de ces deux séries de crises relatives à la nature du fédéralisme américain est pleine d'enseignements pour celui qui s'intéresse à la « construction » européenne et communautaire. Les problèmes qui furent soulevés par les plus grands juristes et hommes politiques américains de la fin du XVIIIème siècle jusqu'à la Guerre de sécession taraudent les questions européennes depuis l'origine des communautés. Qu'il s'agisse de l'applicabilité directe du droit communautaire, de la primauté de ce dernier sur les droits internes, de la majorité qualifiée au sein des institutions communautaires, du *veto* brandi par les autorités des Etats membres ou encore du droit de sécession prôné par certains, les enseignements de l'histoire constitutionnelle et de la théorie du droit américaines sont précieux.

## I- LE DROIT D'ANNULATION

Ouverture : l'interposition et les origines de l'annulation

Aux origines de l'annulation se trouve le droit d'interposition. L'interposition émergea tout d'abord au Sud dans les Etats du Kentucky et de la Virginie à la fin des années 1790, puis au Nord dans les Etats de Nouvelle-Angleterre, de la fin des années 1800 au milieu des années 1810.

L'interposition est un terme du vieil anglais qui signifie l'action de placer quelque chose ou quelqu'un entre, l'action d'interférer ou d'intervenir. Interposer signifie à la fois faire intervenir et poser une chose entre deux autres et intervenir comme médiateur. L'interposition manifeste l'autorité de l'Etat, *i.e.* des organes le représentant, conformément aux principes de l'individualisme méthodologique, pour estimer inconstitutionnel un acte ou une action du gouvernement fédéral et pour le faire savoir. Ce n'est ni plus ni moins qu'une affirmation de la position exprimée par les organes politiques d'un Etat qui vise à jeter un bouclier de protection, mais un bouclier seulement théorique entre ses citoyens et ce qu'ils estiment être des empiétements du gouvernement fédéral. A un moment donné, les autorités d'un ou de plusieurs Etats fédérés disent non au projet ou à l'action de l'autorité fédérale. L'interposition peut être définie comme une opposition jugée constitutionnelle, comme une expression d'opinion, une protestation à une loi, à une décision ou à une action.

- L'interposition du Kentucky et de la Virginie

Introduction : les lois sur les étrangers et la sédition

. les résolutions de 1798

. les pétitions de 1797-1798

.. les résolutions du Kentucky des 10-13 novembre 1798

... le brouillon de Jefferson

... les débats

... le texte

La première résolution débute par l'affirmation selon laquelle les Etats composant les Etats-Unis ne sont pas unis sur la base d'une soumission illimitée au gouvernement fédéral. Le pacte n'a constitué ce gouvernement que pour des fins particulières, la masse résiduaire des droits non délégués restant aux pouvoirs de chaque Etat. Chaque fois que le gouvernement fédéral s'arroge des

pouvoirs qui ne lui ont pas été délégués, ses actes sont sans autorité, non avenus et sans force. Par ce pacte, le gouvernement fédéral n'a pas été établi comme juge exclusif ou final de l'étendue des pouvoirs qui lui ont été délégués, puisque dans un pareil cas la mesure de ces pouvoirs serait son jugement et non la Constitution.

... les réponses des corps législatifs d'Etats

La plupart des corps législatifs arguent du fait de l'impossibilité pour le corps législatif d'un Etat de juger de la constitutionnalité d'une loi fédérale sous peine d'être un acte révolutionnaire et d'œuvrer à l'anarchie.

.. les Résolutions de Virginie des 21-24 décembre 1798

...le brouillon de Madison

... les débats

... le texte

La troisième résolution traite de la théorie du pacte et du droit d'interposition. Les pouvoirs du gouvernement fédéral proviennent d'un pacte auquel les Etats sont parties et ces pouvoirs se trouvent limités par le sens clair et l'intention de celui-ci. En cas d'exercice délibéré, manifeste et dangereux d'autres pouvoirs non concédés par le pacte, les Etats qui en sont parties ont le droit et sont en devoir de *s'interposer* pour arrêter les progrès du mal et pour maintenir dans leurs limites respectives les autorités, les droits et les libertés leur appartenant.

... les réponses des corps législatifs des Etats

Selon la plupart des réponses, les cours fédérales possèdent une compétence exclusive pour juger de la constitutionnalité d'une loi du Congrès. En conséquence, le corps législatif d'un Etat est incompetent pour en juger. Au cas où le corps législatif d'un Etat s'arrogerait ce droit inconstitutionnel, s'ensuivraient un risque de discorde et, en présence d'interprétations divergentes de plusieurs corps législatifs, l'anarchie. Constitutionnellement, le corps législatif d'un Etat peut seulement proposer un amendement à la constitution. A titre surabondant, les lois disputées sont jugées constitutionnelles.

.. Le rapport Madison de 1800

Le rapport avance qu'il est de principe que lorsqu'il n'existe aucun tribunal supérieur à l'autorité des parties, celles-ci sont les juges légitimes de la violation ou de l'absence de violation du texte. Les Etats étant parties au pacte constitutionnel, chacun dans sa capacité souveraine, il n'existe aucun tribunal

au-dessus de leur autorité pour décider en dernier ressort si le pacte a été ou non violé. Ainsi les Etats, en tant que parties au pacte, détiennent-ils par définition la capacité de *s'interposer*. L'interposition n'a pas l'effet d'une décision de justice. Elle n'a aucun effet obligatoire. Ce n'est qu'une expression d'opinion. Elle est dénuée de toute portée strictement constitutionnelle. C'est le préalable à des actions constitutionnelles devant le Congrès ou à des amendements à la Constitution. Elle représente également une opposition à tout précédent dommageable ainsi qu'à toute action ultérieure au niveau fédéral qui serait plus dangereuse encore.

Les rares commentateurs des Résolutions de 1798 sont quasi unanimes pour soigneusement distinguer la simple protestation qu'elles représentaient d'un quelconque acte révolutionnaire. Ils diffèrent cependant sur les causes de ces documents, appréciés soit comme des œuvres de circonstance, soit comme des entreprises de protection des Etats ou bien des individus.

- L'interposition de la Nouvelle-Angleterre

. L'embargo

Le vote des lois de 1807-1808

La réception des lois

L'adresse du corps législatif du Connecticut du 23 février 1809 affirme que c'est le droit et le devoir des autorités législatives et exécutives de l'Etat de refuser leur aide et leur coopération aux fins d'exécution de la loi votée pour faire exécuter plus efficacement le système de l'embargo. Il est également de son intérêt et de son devoir de s'abstenir de toute résistance contre des lois qui prétendent être des lois fédérales. Le corps législatif n'appelait donc pas à la résistance des citoyens, mais il tenait que les autorités de l'Etat devaient s'abstenir d'exécuter la loi fédérale. Il s'agissait d'une sorte d'annulation passive limitée aux seules autorités de l'Etat. Dans les Résolutions du même jour, le corps législatif approuvait la conduite du gouverneur qui avait refusé de nommer des personnes pour exécuter, à l'aide du pouvoir militaire, la loi disputée. Elles ajoutaient que les personnes qui détenaient les fonctions exécutives dans l'Etat devaient s'interdire de fournir une quelconque aide ou de coopérer officiellement à l'exécution de la loi fédérale. Le texte prônait une voie médiane entre interposition et annulation. L'Etat n'interdisait pas à la loi fédérale de s'appliquer dans ses limites, mais il refusait tout concours à son application. Cela revenait à annuler *de facto* une loi fédérale qui nécessitait la coopération des autorités de l'Etat pour toucher directement les citoyens, et ce alors même que la loi fédérale était d'application directe sur ces derniers.

## L'abrogation des lois

### . La Convention de Hartford

La Nouvelle-Angleterre en 1812-1814

L'impulsion du Massachusetts

La convention des 15 décembre 1814-5 janvier 1815

Le rapport précise qu'en cas de violation délibérée, dangereuse et manifeste de la Constitution touchant à la souveraineté d'un Etat et aux libertés du peuple, il n'est pas seulement du droit d'un tel Etat mais également de son devoir d'*interposer* son autorité pour sa protection de la manière la mieux calculée pour préserver cette fin. Quand des cas d'urgence surviennent qui sont soit au-delà de la compétence des tribunaux judiciaires, soit trop pressants pour supporter le délai consubstantiel aux formes procédurales, les Etats, qui n'ont aucun arbitre commun, doivent être leur propre juge et doivent exécuter leurs propres décisions. Le texte refuse de manière implicite de considérer la Cour suprême comme un arbitre entre les deux niveaux d'Etats doté du pouvoir d'interpréter en dernier ressort la constitution.

C'est la crise des années 1828-1833 qui cristallisa la doctrine de l'annulation. Mais, les Annulateurs purent s'appuyer sur les événements de 1798-1799. Le brouillon de la huitième des Résolutions du Kentucky de 1798 rédigé par Jefferson affirmait que là où les pouvoirs qui sont appropriés n'ont pas été délégués, une annulation de la loi était le juste recours ; que chaque Etat avait un droit naturel dans les cas qui n'étaient pas dans le pacte, d'*annuler* de sa propre autorité toutes les appropriations de pouvoirs par d'autres à l'intérieur de ses limites. Les Etats prendront chacun leurs propres mesures pour prévoir que ni ces lois, ni aucune autre du gouvernement fédéral, non autorisées par la Constitution ne seront exercées dans leur territoire respectif.

Le brouillon des Résolutions de Virginie de 1798, modifié par Jefferson, clamait que la réunion des chambres en appelait solennellement aux dispositions semblables dans les autres Etats avec la confiance qu'il concourraient avec cet Etat en déclarant que les lois sur les étrangers et la sédition étaient inconstitutionnelles et qu'elles n'étaient pas des lois, mais étaient complètement *nulles*, non avenues et sans force ou effet.

Les Résolutions du Kentucky des 14-22 novembre 1799, une nouvelle fois rédigées par Jefferson, affirmaient que si le gouvernement fédéral était autorisé à s'arroger des pouvoirs qui ne lui avaient point été délégués par le pacte,

s'ensuivraient un anéantissement des Etats et la création d'un gouvernement centralisé. Les Résolutions en infèrent qu'étant souverains et indépendants, les Etats qui ont conçu la Constitution disposent du droit indiscutable de juger de ses violations. Par conséquent, une *annulation* par ces souverainetés de toutes les lois non autorisées sous l'apparence de ce document est le recours légitime. Ainsi, les nouvelles résolutions ne parlent-elles plus de droit naturel, contrairement au brouillon des Résolutions de l'année précédente. L'annulation est ici fondée sur la souveraineté et, conséquemment, sur la violation des termes de la Constitution adoptée par le Etats souverains, alors que l'annulation dans le brouillon de l'année précédente était fondée sur le droit naturel possédé par chaque Etat dans les cas d'appropriation par le gouvernement fédéral de pouvoirs non délégués.

. la postérité des Résolutions : l'élection de Jefferson et l'épilogue

Le terme *nullification* vient du latin *nullifico* qui signifie annuler, annihiler, anéantir. L'annulation peut être définie comme une opposition jugée constitutionnelle par les autorités d'un Etat à une décision, à une action ou *stricto sensu* à une loi fédérale, et suspensive dans les limites de son territoire. Comme dans l'interposition, il s'agit de s'opposer à une décision, à une loi ou à une action et d'obtenir son abrogation, son ineffectivité ou une modification de la Constitution par un ou plusieurs amendements. Mais il ne s'agit plus d'une simple expression d'opinion. De virtuelle, l'opposition devient réelle. L'annulation constitue en réalité une sous-espèce très particulière de *veto*. L'annulation se distingue du *veto* en ce qu'elle ne s'oppose pas à l'entrée en vigueur d'une norme, ou plus largement en ce qu'elle n'empêche pas une décision d'être prise. Elle en empêche l'exécution mais uniquement sur le territoire de l'Etat considéré. La norme existe bien en tant que telle. Elle s'applique aux Etats-Unis mais pas sur la portion de territoire qui s'y est opposée. Cette nouvelle forme de *veto* est tout à la fois limitée et puissante. Limitée, du moins en apparence, puisque son application territoriale est restreinte, puissante puisque ce *veto* suspensif cache ou peut cacher un *veto* absolu. La suspension est en effet si difficile à lever qu'elle risque de durer *ad vitam aeternam*. Un *veto* suspensif qui, *de facto*, ne peut être surmonté est en fait un *veto* absolu.

Exemple : un tarif douanier est adopté par le gouvernement de Washington. les autorités d'un Etat, *e.g.* celles de la Caroline du sud, sont mécontentes de cette loi qu'elles estiment inconstitutionnelle. Dans le cas de l'interposition, elles protestent solennellement contre la promulgation de cette loi. Elles appellent les autorités des autres Etats à faire de même, et ce pour faire pression sur le gouvernement fédéral : le but est d'aboutir à une abrogation de la loi ou à sa modification. Dans le cas de l'annulation, les autorités de l'Etat protestataire

déclarent que la loi fédérale, effective dans le reste de l'Union, ne sera pas appliquée sur son propre territoire, celui de Caroline du Sud. Or, comme la loi fédérale ne peut être appliquée sans le concours des autorités de l'Etat fédéré, la loi est *de facto* abrogée sur le territoire de la Caroline du Sud. La loi n'est pas obligatoire unilatéralement puisque, même après sa promulgation, son exécution dépend de l'approbation de chacune des parties qui ont le droit de vérifier si elle est conforme au pacte. L'exemple choisi traite d'une loi, mais il aurait tout aussi bien pu avoir pour objet une décision rendue par la justice fédérale.

## A- La crise de l'annulation

### .S.1 Les prodromes de la crise

#### P.1 le combat carolinien

- a) le radicalisme carolinien : la Caroline du Sud jusqu'à la fin des années 1820, l'opposition traditionnelle au Tarif depuis 1789, le précédent de l'annulation du Traité anglo-américain et de la querelle sur les marins noirs en 1822-1824, l'opposition aux améliorations internes et au Tarif en 1824-1825, l'opposition au gouvernement fédéral et au Tarif en 1827-1828.
- b) les causes du radicalisme carolinien : l'unicité du système, le Tarif et la dépression économique du coton, l'esclavage, le faisceau de facteurs.
- c) le Sud et la question tarifaire : l'opposition historique des Sudistes, la question du Tarif : le Tarif des abominations de 1828, la redistribution de l'échiquier politique
- d) la mutation calhounienne : du nationalisme au régionalisme
- e) l'Exposition et la Protestation du 19 décembre 1828

#### P.2 Le débat Hayne-Webster des 19-27 janvier 1830

#### P.3 La lutte entre Calhoun et Jackson

- a) la détérioration et la rupture des relations entre Calhoun et Jackson
- b) l'influence des Radicaux caroliniens sur Calhoun en 1830-1831 : l'Adresse de Fort Hill
- c) les crises indiennes : la crise de l'Alabama, les crises de Géorgie : la décision *Cherokee Nation* du 18 mars 1831 et la décision *Worcester* du 3 mars 1832
- d) la position de Jackson entre 1830 et 1832
- e) le triple événement du milieu de l'année 1832 : la loi sur le Tarif du 14 juillet, l'Adresse de Calhoun du 28 août, la préparation de l'élection présidentielle.

## S.2 La réalité de la crise

- P.1 la convention du peuple de Caroline du Sud des 19-24 novembre 1832
- La lutte entre le parti des droits de l'Etat et le parti de l'Union

- a) le rapport de la commission
- b) l'adresse au peuple de Caroline du Sud
- c) l'adresse aux peuples des Etats
- d) l'ordonnance d'annulation

Les suites de l'ordonnance d'annulation : les lois d'exécution de l'ordonnance d'annulation (la loi sur la mainlevée de saisie, la loi sur la milice, la loi sur les serment), les changements politiques en Caroline du Sud

### P.2 L'opposition jacksonienne en décembre 1832

- a) le message annuel du 4 décembre 1832
- b) la Proclamation du 10 décembre 1832
- c) la conséquence problématique de Jackson

### P.3 Les réactions multiformes

- a) les réactions de la Caroline du Sud : l'appel à une convention des Etats, la réponse à la proclamation, la prudence tactique des Annulateurs
- b) les réactions des hommes d'Etat
- c) les réactions des corps législatifs des Etats

le constat de la crise : les réactions discordantes (la Proclamation, les tarifs), les réactions concordantes (l'annulation anhistorique, inconstitutionnelle, anarchique)

La résolution de la crise : les attitudes ouvertes sur le tarif, l'«*interposition*» de la Virginie, les propositions d'appel à des conventions par les corps législatifs de l'Alabama et de la Géorgie.

### S.3 La résolution de la crise

#### P.1 les débats relatifs à la proposition sur la force

- a) le message de Jackson au Congrès du 16 janvier 1833
- b) le rapport de la commission judiciaire du Sénat du 21 janvier
- c) les résolutions de Calhoun du 22 janvier
- d) le rejet de la Proposition Mangum du 28 janvier
- e) les modifications de la proposition et le vote du rapport de la commission judiciaire de la Chambre des représentants du 8 février
- f) la proposition Webster du 8 février
- g) les motions d'ajournement des débats du 12 février
- h) le débat Calhoun-Webster de février 1833
- i) la proposition Forsyth du 18 février
- j) le vote par le Sénat de la proposition sur la force du 20 février.

#### P.2 les débats relatifs à la proposition sur le tarif

- a) la proposition Verplanck
- b) la suspension du 21 janvier
- c) la proposition Clay du 12 février
- d) la commission sénatoriale du 13 février
- e) l'amendement Clayton du 21 février
- f) le discours de Clay du 25 février
- g) l'adoption par la Chambre des représentants de la proposition sur le tarif du 26 février

#### P.3 L'épilogue

- a) les votes du 1<sup>er</sup> mars 1833
- b) le deuxième discours d'investiture de Jackson du 4 mars
- c) la convention du peuple de Caroline du Sud des 11-18 mars 1833  
le rôle de Leigh, l'influence de Calhoun, les débats, les textes (le rapport et l'ordonnance du 15 mars sur la loi du 2 mars 1833, le rapport sur la médiation de la Virginie du 16 mars, le rapport relatif à la proposition sur la force du 18 mars, l'ordonnance d'annulation du 18 mars, le serment d'allégeance)

## Conclusion : les controverses sur la crise de l'annulation

L'objet de la crise : la querelle sur la préservation de l'Union, sur la signification du républicanisme, la lutte entre deux conceptions des droits des Etats ; les vainqueurs de la crise ; l'objet du compromis : les conséquences de la crise : le précédent, la perturbation du système bi-partisan, la radicalisation de l'opposition Nord-Sud, la démocratie jacksonienne et la défaite des Unionistes en Caroline du Sud, l'émergence d'un intérêt pro-esclavagiste, les ambitions contrariées de Calhoun

### B- La théorisation de l'annulation

#### 1- La doctrine de Calhoun

Calhoun, l'incompris ; les œuvres de Calhoun

##### a) la distinction entre annulation et *concurrent majority*

Le point essentiel est qu'une majorité de la majorité et une majorité de la minorité doivent en fin de compte s'accorder sur tout problème politique majeur avant qu'une proposition ne devienne loi. Calhoun distingue *concurrent majority* et annulation. Celle-ci est qualifiée de pouvoir négatif, *i.e.* de pouvoir de prévention ou d'arrêt de l'action du gouvernement, qui, elle-même, constitue le pouvoir positif. La voix concourante pour voter et exécuter les lois participe du pouvoir positif. L'annulation, elle, ne fait que bloquer. La voix concourante représente tout à la fois la prise en compte du sentiment de chaque intérêt et le consentement requis de chaque intérêt. En ce sens, l'annulation n'est que l'un des rouages de la *concurrent majority*, son versant négatif. Elle bloque totalement l'application de la décision d'un organe fédéral, ni plus ni moins, sur le territoire d'un Etat. La *concurrent majority* marque non seulement l'absence de rejet d'une décision prise ou à prendre au niveau fédéral, mais encore l'acceptation de cette dernière. L'annulation n'est que l'un des aspects d'une théorie plus large selon laquelle chaque intérêt majeur et chaque grande région doit avoir le pouvoir d'empêcher ou d'arrêter les actions fédérales considérées comme contraires à leurs intérêts vitaux. La *concurrent majority* est le principe, et l'annulation la procédure pour la mettre en action.

Le gouvernement constitutionnel est composé de la majorité numérique, c'est-à-dire du pouvoir positif ou du pouvoir d'action du gouvernement dont le principe est le droit de vote, soit la responsabilité des gouvernants envers les gouvernés, et de la *concurrent majority*, c'est-à-dire du pouvoir négatif ou du pouvoir de prévention ou d'arrêt du gouvernement dont les principes sont la restriction ou la

limitation empêchant tout intérêt ou toute combinaison d'intérêts d'obtenir le contrôle exclusif du gouvernement, la prise en compte et le consentement requis de chaque intérêt, enfin l'organisation du gouvernement donnant, en divisant et en distribuant le pouvoir, une voix concourante pour voter et exécuter les lois ou un *veto* sur leur exécution. Le principe conservateur du gouvernement constitutionnel est le compromis, alors que le principe conservateur du gouvernement absolu est la force. Calhoun qualifie le gouvernement des Etats-Unis de république fédérale et démocratique qui s'oppose à une démocratie absolue, siège de la majorité numérique, confédérale ou nationale, aristocratique ou monarchique.

La *concurrent majority* se définit comme l'accord unanime de tous les intérêts. L'unanimité est la condition requise pour toutes les mesures qui affectent des intérêts importants et qui charrient avec elles la possibilité d'une injustice. La *concurrent majority* n'est plus une majorité, c'est un unanimisme.

La *concurrent majority* allait au-delà de la pensée des Fondateurs ; elle complétait les freins et contrepoids politiques avec des freins et contrepoids économiques. Elle appelle deux séries principales de critiques. D'une part, les majorités et les minorités sont fluides. D'autre part, Calhoun évita soigneusement le problème de la minorité de la minorité. Il souffre d'un blocage intellectuel qui lui interdit de prendre en compte les droits de la minorité au sein de la Caroline du Sud, comme au sein de tout « intérêt » de l'Union. Pour lui, les Etats sont naturels et consubstantiels au peuple. L'Etat fédéral n'est qu'un artefact. Il rejette la régression infinie par laquelle le sens de chaque partie serait déterminé par la *concurrent majority* de ses composantes. Il n'a jamais défini spécifiquement les « intérêts » qui devaient être protégés par la *concurrent majority* si bien que les auteurs se sont déchirés sur le point de savoir s'il défendait une minorité, les minorités ou encore si la préservation d'un intérêt n'avait pas, quelle que fût son intention, valeur universelle.

- Le principe de l'annulation la souveraineté et l'interprétation de la Constitution

Calhoun a l'habitude de subsumer les peuples des Etats sous leurs Etats respectifs. Alors que les Etats-Unis ont été constitués par un pacte pour et entre les Etats, c'est une constitution au-dessus des individus qui règle chaque Etat. Comme l'unanimisme individuel est impossible, Calhoun en arrête les effets au niveau des Etats qu'il conçoit comme un creuset d'intérêts convergents, voire identiques. Il rejette la nécessité décisionniste qui irradie le politique pour lui substituer un régionalisme unanimiste.

- les objections à l'annulation

Calhoun « oublie » l'une des notions fondamentales du droit anglo-saxon, celle de précédent. Il comprend que la lecture et l'interprétation de la loi fédérale conditionnent l'annulation. Admettre l'intervention *a posteriori* de la Cour suprême serait *ipso facto* reconnaître que l'appréciation portée par l'Etat ne puisse jamais se prévaloir d'une quelconque authenticité. L'annulation n'était pas entendue comme un complément à la Cour suprême, mais comme un substitut parce que les questions traitées relevaient du politique et non du judiciaire.

- Les effets de l'annulation et les restrictions à son exercice

La *concurrent majority* permet à chaque Etat de participer au pouvoir positif, *i.e.* à l'action du gouvernement des Etats-Unis, que ce soit lors du vote ou de l'exécution des lois. L'annulation, elle, se comprend comme le pouvoir négatif, *i.e.* le pouvoir de restreindre l'action du gouvernement des Etats-Unis et plus particulièrement comme le *veto* opposé à une loi fédérale qui étend abusivement les pouvoirs de ce dernier.

- Le nouveau « pouvoir négatif » comme recours contre la désunion

Il semble exister une tension entre la proclamation calhounienne des vertus du retour à l'intention originelle de la Constitution et son scepticisme quant à la réalisation effective de ce retour. La coupure des Etats-Unis en deux régions se trouve constitutionnalisées par sa proposition d'un exécutif bicéphale.

## 2- Les critiques de l'annulation

### a) la critique madisonienne

Madison soutenait que l'annulation avait l'effet de mettre de la poudre sous la Constitution et l'Union, et une allumette dans la main de chaque partie pour les faire sauter à volonté.

La souveraineté :

En dépit de ses circonvolutions, Madison distingue bien la nature de la souveraineté de son exercice. Le peuple souverain délègue sa souveraineté au gouvernement fédéral et aux Etats.

L'adoption de la Constitution par le peuple : la Constitution ne fut formée ni par les gouvernements des Etats, ni par une majorité du peuple des Etats-Unis entendu comme une seule communauté, mais par les peuples des divers Etats dans leur plus haute autorité souveraine.

La nature de la Constitution et la nature du régime :

Le gouvernement des Etats-Unis repose sur un pacte, non pas entre le gouvernement et les parties qui le formèrent, mais entre les parties elles-mêmes. De cette convention entre Etats dans leur capacité souveraine, Madison en inférait qu'il n'était pas révocable ou modifiable selon le bon vouloir des Etats individuellement. Ainsi, fait-il découler de la nature de la Constitution l'absence de droit de sécession constitutionnel et individuel.

Les précédents :

Madison semble opposer à la majorité concourante de Calhoun une interposition concourante. Mais, comment pourrait-il exister une interposition concourante des Etats si une loi a été votée ? Il est permis de penser que jamais en pratique une telle interposition ne pourrait réussir. Il veut sans doute signifier qu'un Etat peut déclarer une loi inconstitutionnelle, appeler les autres Etats à se prononcer en ce sens et demander au peuple de trancher en dernier ressort. Il s'agit d'un appel à la protestation dénué de toute effectivité palpable tant que les autres Etats ne l'appuient pas. En ce sens, l'interposition madisonienne paraît se réduire à un simple moyen de contrer les errements d'un gouvernement fédéral qui s'éloignerait tellement de ses devoirs qu'il provoquerait le courroux des Etats ou du moins de la plupart d'entre eux. Elle supposerait une rupture entre la prétendue majorité fédérale et l'unanimité des Etats fédérés. En pratique, une interposition ne pourrait exister qu'en cas de non concordance entre la volonté d'un organe fédéral et le peuple. S'il insiste tellement sur le caractère collectif d'une interposition, c'est qu'il la conçoit comme le résultat d'une concourance des Etats pour aboutir à une solution constitutionnelle du litige.

Individuellement, un Etat ne peut rien faire en vertu de la Constitution. Sa déclaration d'opinion initie un processus constitutionnel qui se poursuit par la recherche des opinions des autres Etats. Le seul droit individuel de l'Etat est extra- ou supra-constitutionnel lorsqu'au regard d'une usurpation de ses droits caractérisée et prolongée, il peut recourir à son droit naturel d'autopréservation. Mais soutenir que l'interposition ne peut être collective aboutit à nier qu'il y ait eu une quelconque interposition en 1798-1799 puisqu'aucun autre Etat ne se joignit aux deux initiateurs du mouvement !

Le renversement du principe majoritaire :

Madison proclame le principe majoritaire comme la base du gouvernement républicain, et ce même s'il était conscient de ses dangers. Il n'était pas un admirateur inconditionnel des capacités souveraines du peuple, mais il crut toujours qu'un électorat libre constituait le palladium des institutions républicaines.

L'éloge du compromis :

Le seul remède pour la minorité opprimée tenait à un amendement ou à une subversion de la Constitution.

Le mode d'interposition et les remèdes aux usurpations de pouvoirs :

L'autorité étant absolue, le mode de réparation appartient au choix des Etats. Le premier remède résidait dans les contrepoids des autorités constituées, le suivant dans les urnes, le dernier dans le pouvoir d'explication, d'amendement ou d'abrogation détenu par l'autorité qui rédigea la Constitution.

Mais, si le droit d'interposition est une simple expression d'opinion, pourquoi tout ce bruit ? Ou bien l'interposition est un moyen de critiquer constitutionnellement les décisions fédérales et il est difficile de voir l'intérêt de bâtir une doctrine avec un terme spécifique puisque personne ne contestait qu'un corps législatif d'Etat, ou du moins une convention, eût le droit de dénigrer une mesure du gouvernement fédéral, de déclarer son opinion ; ou bien l'interposition est une méthode pour aboutir à un amendement constitutionnel et là encore, il est difficile de voir l'intérêt de bâtir une telle théorie puisqu'il suffit de suivre les prescriptions de l'Article V de la Constitution des Etats-Unis.

b) les autres critiques :

- a. l'amour de l'Union et le conservatisme
- b. l'Union, le républicanisme et le compromis
- c. la liberté et l'Union
- d. l'interprétation de la Constitution et les Antifédéralistes
- e. la souveraineté et la nature de la Constitution

Il n'est guère étonnant que maint auteur ait qualifié l'annulation de systématisation de l'anarchie. Si chaque groupe d'intérêt devait avoir un droit de *veto*, il ne serait pas exclu qu'un individu pût voir son intérêt opposé à la législation et qu'un droit de *veto* lui fût attribué.

Une critique radicale et profonde de l'annulation se fonde sur la « nature humaine ». Les Constituants n'ont pas cherché la perfection, mais la moindre imperfection possible. Ils oeuvraient pour des hommes et pas pour des dieux. En ce sens, la règle majoritaire n'est qu'un palliatif à la débilité de l'individu et un révélateur de cette dernière puisqu'il faut bien, à un certain moment, que les discussions cessent et que la question soit tranchée. Pour juguler les possibles erreurs de la majorité, la minorité disposait de la liberté de parole et de la presse ainsi que de la liberté d'association ? Surtout, elle disposait du temps, auxiliaire infailible de la « vérité ». Cependant, lorsque l'on oppose aux Annulateurs qu'il convient de faire preuve de patience et que les urnes décideront, on se place dans une optique purement démocratique. Or, la matière disputée ne saurait être réglée par un vote. Il s'agit de droits consubstantiels au peuple de chaque Etat auquel une majorité fédérale, si écrasante fût-elle, ne saurait porter atteinte.

### c- les critiques de Marshall et Story

Le président Marshall et le juge Story érigèrent dans trois décisions essentielles - *Martin v. Hunter's Lessee*, *McCulloch v. Maryland* et *Cohen v. Virginia* de 1816, 1819 et 1821 – une doctrine rigoureusement opposée à celle construite quelques années plus tard par Calhoun.

#### L'adoption de la Constitution :

Marshall critique l'idée que la Constitution ne serait pas un acte émanant du peuple mais d'Etats souverains et indépendants, et que les pouvoirs du gouvernement fédéral auraient été délégués par les Etats et devraient être exercés dans un rapport de subordination aux pouvoirs de ces derniers qui seuls posséderaient le pouvoir suprême. Story précise que la Constitution n'est pas un pacte et que, quand bien même elle le serait, il existerait bien un arbitre commun et final : le judiciaire fédéral. La Constitution n'est pas un pacte, *i.e.* un contrat imposant des obligations mutuelles à des parties qui auraient un droit indépendant d'interpréter, de contrôler et de juger de ses obligations. Il s'agit d'une loi fondamentale prescrite par la volonté de la majorité populaire pour le gouvernement et la réglementation du peuple.

#### La souveraineté dualiste :

L'ensemble des décisions promeuvent implicitement la doctrine de la souveraineté dualiste.

L'interprétation de la Constitution, l'unité du droit et la clause de suprématie :

Le cœur de la grande décision *Marbury v. Madison* de 1803 était de savoir si celle-ci pouvait être comprise comme ayant conféré au judiciaire compétence exclusive pour être l'interprète ultime de la Constitution. Marshall jetait les bases de la suprématie judiciaire en opérant une exégèse de la Constitution entendue comme droit suprême. La suprématie judiciaire accompagnait la suprématie constitutionnelle comme son ombre portée. Story œuvre à l'affirmation d'une unité du droit aux Etats-Unis. La Cour suprême s'arrogeait le droit d'interpréter en dernier ressort la Constitution sous peine d'entraîner des conséquences dommageables. Les juges condamnaient clairement et par avance la doctrine de l'annulation en indiquant qu'une loi d'Etat contraire à une loi fédérale était non avenue et que la mission de la Cour suprême était de contrôler la constitutionnalité des lois fédérales aussi bien que des lois d'Etat, mais uniquement dans le champ de compétence de son pouvoir limité au règlement des litiges et des différends. Ainsi, le gouvernement fédéral était-il un gouvernement de pouvoirs limités, mais il était lui-même seul juge des limites de ses limites.

Transition : l'applicabilité directe et la primauté du droit communautaire

Dès les origines de la Constitution une myriade d'auteurs a fait dériver la primauté du droit fédéral de l'applicabilité directe des lois de Washington et, de cette applicabilité directe, une primauté du droit fédéral.

A L'applicabilité du droit communautaire

L'article VI alinéa 2 de la Constitution des Etats-Unis dispose que la Constitution et les lois fédérales prises pour son application seront « la loi suprême du pays » et que les juges dans chaque Etat seront liés de ce fait, nonobstant toute disposition contraire dans la Constitution ou les lois de l'un quelconque des Etats. En revanche, aucune disposition semblable à la clause de suprématie n'existe en droit communautaire. L'article 164 du Traité de Rome modifié du 25 mars 1957 dispose que la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent Traité. Quant à l'article 177, il précise que la Cour de justice est compétente pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité, sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil lorsque ces statuts le prévoient.

Aussi, la Cour de justice des communautés européennes dut-elle construire sa politique prudentielle de l'applicabilité directe de la primauté du droit

communautaire, respectivement dans ses grandes décisions *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 et *Costa c. E.N.E.L.* du 15 juillet 1964<sup>4</sup>. La Cour a jugé qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la communauté économique européenne a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions en instituant une communauté de durée illimitée dotée d'attributions propres, de la personnalité et de la capacité juridiques, d'une capacité de représentation internationale et de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétences ou d'un transfert d'attributions des Etats à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et créé un corps de droits applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes. Cette intégration au droit de chaque Etat membre de dispositions qui proviennent de sources communautaires, et plus généralement les termes et l'esprit du Traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les Etats de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait lui être opposable. La force exécutive du droit communautaire ne saurait varier d'un Etat à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts des traités ni provoquer une discrimination. Les obligations contractées dans le Traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires. Issu d'une source autonome, le droit né du Traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne, quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté. Le transfert opéré par les Etats de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du Traité entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes témoigne rétrospectivement de la lucidité de Calhoun face aux liens indissolubles entre applicabilité directe et primauté du droit.

Le gouvernement français provoqua une crise en 1965 à propos du régime financier des échanges agricoles. Il ne voulait pas consentir au passage de l'unanimité à la majorité au sein du Conseil, si bien qu'il pratiqua la politique dite de « la chaise vide », et ce jusqu'au compromis du Luxembourg en janvier 1966 qui institua implicitement le *veto*. Le compromis du 30 janvier 1966 indiquait que lorsque, dans le cas de décisions susceptibles d'être prises à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts importants d'un ou plusieurs partenaires étaient en jeu, les membres du Conseil s'efforceraient dans

<sup>4</sup> Jean Boulouis et Roger Michel-Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des communautés européennes*, Dalloz, t. 1, 4<sup>ème</sup> éd., 1987, n° 29, pp. 162-168 ; n° 31 pp. 175-183.

un délai raisonnable d'arriver à des solutions qui pourraient être adoptées par tous les membres du Conseil dans le respect de leurs intérêts mutuels et de ceux de la Communauté, conformément au Traité. Le compromis ajoutait toutefois que la délégation française estimait que, lorsqu'il s'agissait d'intérêts très importants, la discussion devrait se poursuivre jusqu'à ce que l'on fût parvenu à un accord unanime.

Il convient de rappeler que le sommet de l'architecture communautaire est occupé par quatre institutions : le Conseil, institution représentative des Etats-membres, basée à Bruxelles, composée de membres du gouvernement des Etats-membres et ayant pour attributions générales l'harmonisation de l'action de la Commission avec celle des Etats-membres : la Commission, basée elle aussi à Bruxelles, composée de commissaires et ayant pour rôle l'expression de l'intérêt communautaire et la promotion de la « construction » européenne, et plus précisément qui participe à l'élaboration de la législation communautaire et qui veille au respect des traités ; le Parlement, qui siège à Strasbourg et à Bruxelles, composé de députés élus au suffrage universel et ayant des attributions générales de contrôle politique, de consultation et de décisions ; enfin, la Cour de justice, basée à Luxembourg, dont les membres sont nommés d'un commun accord des gouvernements et qui a pour rôle d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Les enjeux, depuis plusieurs années, relatifs aux institutions européennes tournent essentiellement autour de la prise de décisions au sein du Conseil qui ne devrait pas être bloquée par les intérêts particuliers d'un pays ou d'un petit groupe de pays. L'étude de la doctrine calhounienne, de la majorité qualifiée et du *veto* éclairent évidemment les débats contemporains au sein de la Communauté, qu'il s'agisse de la taille et de la composition de la Commission européenne (faut-il limiter le nombre des commissaires européens pour que la Commission devienne ou redevienne un instrument puissant de proposition, indépendant des Etats ?), qu'il s'agisse de la pondération des voix lors des votes au Conseil des ministres (faut-il tenir compte du poids démographique des Etats et/ou de l'ouverture de l'Union à de nouveaux Etats ?), qu'il s'agisse enfin de l'extension des décisions pouvant être prises à la majorité qualifiée, et non plus à l'unanimité, dans les domaines du commerce international, de la coopération policière, du droit d'asile, de la fiscalité ou de la sécurité sociale (faut-il maintenir le droit de *veto* ?).

B La proposition Mazeaud et la primauté du droit communautaire en question

La Cour de cassation<sup>5</sup> applique la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes dans sa grande décision *Simmenthal* du 9 mars 1978 selon laquelle serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle, même temporaire, à la pleine efficacité des normes communautaires<sup>6</sup>.

Dans un article du *Monde*<sup>7</sup>, Pierre Mazeaud a présenté sa proposition de loi constitutionnelle tendant à compléter le titre XV de la Constitution de la Vème République afin d'instituer un contrôle de constitutionnalité des projets d'actes des communautés et de l'Union européenne, proposition signée également par Robert Pandraud, le 13 mars 1996. Le point de départ de celui qui était alors l'inamovible député RPR élu de Haute-Savoie et le président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, est qu'il existe deux niveaux de droit européen : le niveau fondamental, celui des traités qui s'imposent à la législation interne en vertu de l'article 55 de la Constitution, mais qui, en vertu de l'article précédent, peut faire l'objet avant ratification d'un contrôle de constitutionnalité ; le niveau inférieur qui est celui du droit européen dérivé, celui qui découle de l'application des traités, qui s'exprime par des règlements ou des directives et qui est considéré en vertu de l'article 55 comme supérieur au droit national mais qui échappe à tout contrôle de constitutionnalité. Or, selon le député, le droit dérivé « prolifère comme un cancer ». La question qu'il se pose est de savoir comment éviter le risque grandissant d'une violation éventuelle du droit constitutionnel interne par le droit européen. Trois réponses sont possibles : la première serait un contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception ; la seconde serait une modification du Traité de Rome ou d'autres traités pour y introduire une exception à la suprématie du droit communautaire quand celui-ci contrevient à la Constitution de l'un des Etats membres. Il appartiendrait à la Cour de justice des communautés européennes saisie directement ou indirectement de constater la contradiction lorsqu'elle se produit et à dispenser l'Etat d'appliquer la règle de droit européen considérée comme contraire à la Constitution moyennant une compensation éventuelle. La troisième solution, qui correspond à la proposition de loi constitutionnelle, serait d'instituer une possibilité de contrôle *a priori* de la conformité à la Constitution des projets d'actes à caractère normatif que les institutions communautaires sont amenées à adopter. La proposition explique que, de la même manière que pour les traités

<sup>5</sup> Cass. com., 20 octobre 1998, *Dalloz Affaires*, n° 144, 1999, pp. 73-74.

<sup>6</sup> C.J.C.E., « *Simmenthal* », affaire 106/177, *Rec.*, p. 629.

<sup>7</sup> Pierre Mazeaud, « L'Europe et notre constitution », *Le Monde*, 20 janvier 1996.

qui, en cas de constatation de leur contrariété à la constitution ne peuvent être ratifiés qu'après modification de celle-ci, la constatation par le Conseil constitutionnel d'une telle contrariété affectant un projet d'acte de l'Union, conduira le gouvernement à en refuser l'adoption par le Conseil de l'Union européenne tant que la constitution n'aura pas été révisée. Dans cette attente, le gouvernement devra en tant que de besoin opposer au sein du Conseil une réserve d'examen constitutionnel. Dans l'hypothèse où la Constitution ne pourrait être révisée et si la négociation n'a pas permis d'écarter les dispositions contestées, on se trouverait alors dans un cas où des intérêts très importants d'un Etat membre sont en jeu, c'est-à-dire un cas où le Compromis de Luxembourg peut être invoqué. Le recours à ce compromis permettra au gouvernement d'exiger la poursuite de la négociation jusqu'à ce que soient trouvées des solutions permettant d'appliquer l'acte en question sans contradiction avec la Constitution. La proposition complète la Constitution par un article 88-5 ainsi rédigé : « si le Conseil constitutionnel saisi par le président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a constaté qu'un projet ou une proposition d'acte des communautés européennes ou de l'Union européenne comporte une disposition contraire à la Constitution, le gouvernement ne peut l'approuver qu'après révision de la Constitution. »<sup>8</sup>

Cette proposition a pu être critiquée en ce sens qu'elle aurait ouvert une sorte de boîte de Pandore, n'importe quel Etat pouvant s'en servir quitte à modifier sa constitution pour arrêter le processus communautaire, si bien que d'aucuns se sont demandé si tel n'était pas en réalité l'objectif recherché par une telle proposition... La communauté suppose que les traités européens soient appliqués de manière uniforme sur tout le territoire. Or, ce ne serait plus vivre en commun que de se dire que les règles juridiques peuvent être interprétées différemment par un pays<sup>9</sup>. La proposition n'a évidemment pas été adoptée.

<sup>8</sup> Assemblée nationale, *Documents parlementaires*, Xème législative, n° 2641.

<sup>9</sup> « Les constitutions nationales face au droit européen. Conférence-débat - 12 juin 1996 » in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 28, 1996, pp. 675-706.

## II- LE DROIT DE SECESSION

Ouverture : James Buchanan et le droit de sécession.

Dans une conférence prononcée à l'Institut Euro 92, James Buchanan<sup>10</sup> affirmait que « pour les Constituants de 1787, il était clair que si les citoyens des Etats fédérés créaient un Etat fédéral, cela impliquait, d'une manière ou d'une autre, qu'ils conservaient le droit de sortir de l'Union. Si la question du droit à la sécession leur avait été posée au cours des débats sur la formation de l'Union, il est vraisemblable que les représentants de tous les Etats n'y auraient guère prêté attention, tant la réponse leur paraissait évidente. Sans une acceptation implicite du droit de faire sécession, il est certain que l'accord constitutionnel péniblement mis au point à Philadelphie dans la chaleur de l'été 1787, n'aurait jamais vu le jour. (...) La menace de sécession, dans une union fédérale, est une garantie que l'état central n'agira bien que dans les limites de l'intérêt commun de tous ses citoyens. (...) Si le contrat de 1787 avait inclus la garantie effective que l'économie resterait ouverte, si le gouvernement fédéral ne s'était pas lancé dans une politique mercantiliste, la coalition des Etats du Sud n'aurait pas choisi la solution sécessionniste. (...) La décision du président Lincoln de recourir à la force des armes pour maintenir l'Union doit s'interpréter comme une rupture unilatérale du contrat implicite qui est à l'origine de la Constitution. »

L'interprétation de l'imminent économiste est fort discutable, tant historiquement que juridiquement. Elle tend à confondre de manière coupable droit de sécession et résistance ou révolution. Le droit de sécession peut se définir comme le retrait de l'Union par un ou plusieurs Etats. Alors que le droit d'annulation aboutit à ce que les Etats puissent être en même temps membres de l'Union et autoriser quelles mesures du gouvernement fédéral ils peuvent accepter, le droit de sécession, lui, aboutit à ce que les Etats décident s'ils veulent ou non rester membres de l'Union. L'objet de la sécession est qu'un membre de l'Union se retire, alors que celui de l'annulation est de borner le gouvernement fédéral dans les limites prescrites de ses pouvoirs et ce afin de perpétuer l'Union sur des bases considérées comme justes. L'alternative posée par le droit de sécession est simple : soit la soumission totale aux lois du gouvernement fédéral et, plus largement, à ses décisions dans les limites bien entendu de ses pouvoirs, soit le rejet total de ces dernières.

Aucun écrivain majeur de l'Amérique pré-révolutionnaire ne doutait de la réalité d'un droit de résistance. En 1787-1789, la question de savoir si un Etat membre pouvait faire sécession à volonté resta irrésolue. Aucune convention d'Etat ne fit

<sup>10</sup> James Buchanan, *Une constitution pour l'Europe ? Etats-Unis 1787-Europe 1990*, Institut Euro 92, 1990, pp. 15-17.

du droit de sécession le sujet d'une enquête approfondie. C'est plus classiquement le droit de résistance que Madison défendit lorsqu'il proposa en 1789 un amendement à la Constitution selon lequel le peuple avait le droit indubitable, inaliénable et imprescriptible de réformer ou de changer son gouvernement toutes les fois qu'il pouvait l'estimer hostile ou inadéquat pour les objets de son institution. Cet amendement, qui paraphrasait pour l'essentiel la Déclaration de l'Indépendance, fut abrégé par la Commission avant d'être rayé par la Chambre. Le seul pamphlet ou ouvrage des années 1790 à se prononcer sur le droit de sécession fut celui de Henry Lee, un Fédéraliste de Virginie, intitulé *La vérité pure adressée au peuple de Virginie* et publié en 1799. Il écrivit que, juridiquement, aucun Etat ne pouvait se retirer de lui-même de l'Union et que, politiquement, aucun Etat ne devrait être autorisé à le faire.

Il n'en demeure pas moins que les menaces sécessionnistes issues de la Caroline du Sud remontent aux origines de son appartenance à l'Union. Dès 1789, lorsqu'un rapport fut présenté au Sénat pour recommander des droits prohibitifs, Pierce Butler accusa le Congrès d'oppression envers la Caroline du Sud et il menaça l'Union d'une dissolution. Mais, les menaces de sécession devinrent le fonds de commerce de certains hommes politiques de la Nouvelle-Angleterre entre la fin des années 1800 et le milieu des années 1810. La crise de l'annulation transforma les menaces de sécession d'un droit extra-constitutionnel, naturel ou révolutionnaire, en un droit constitutionnel, ou du moins laissa-t-elle planer le doute quant à la nature de ce droit. Le rapport du corps législatif de Caroline du Sud du 17 décembre 1831 en réponse à la lettre du président Jackson du 14 juin indique que les Etats-Unis sont une confédération d'Etats souverains et que chacun peut se retirer de la Confédération quand il le veut. De telles façons d'agir ne seraient ni une trahison, ni une insurrection, ni une violation d'une partie de la Constitution. C'est un droit qui est inhérent à un Etat souverain et il n'a pas à être délégué par les Etats à cette Union. L'ordonnance d'annulation adoptée par la Convention du peuple de Caroline du Sud le 4 novembre 1832 dispose que l'Etat considérera le vote par le Congrès de tout acte autorisant l'usage d'une force militaire contre l'Etat de la Caroline du Sud comme incompatible avec une présence plus longue de la Caroline du Sud dans l'Union et que, dans ce cas, le peuple se considérera délié de toute obligation à préserver ses liens politiques avec les peuples des autres Etats et qu'il procédera sur le champ à organiser un gouvernement séparé et à faire tous les autres actes et choses que les Etats souverains et indépendants peuvent faire de droit. La réponse de la Caroline du Sud à la Proclamation du 20 décembre 1832 affirme que chaque Etat de l'Union a le droit, toutes les fois qu'il peut estimer une telle voie nécessaire à la préservation de ses libertés ou intérêts vitaux, de faire *sécession* pacifiquement de l'Union et qu'il n'y a pas de pouvoir constitutionnel dans le gouvernement fédéral, encore moins dans le département exécutif, de retenir par la force un tel Etat dans l'Union.

L'ordonnance de sécession de la Caroline du Sud du 30 avril 1852 proclame que les violations de la Constitution par le gouvernement fédéral et ses empiétements sur les droits réservés des Etats souverains de l'Union, spécialement quant à l'esclavage, justifient amplement la Caroline du Sud à dissoudre sur le champ tous les liens politiques avec ses Etats frères et qu'il s'abstient de l'exercice de ce droit manifeste d'auto-gouvernement seulement pour des considérations d'opportunité. L'ordonnance tient que la Caroline du Sud, dans l'exercice de sa volonté souveraine en tant qu'Etat indépendant, adhéra à l'Union fédérale et que, dans l'exercice de cette même volonté souveraine, c'est son droit de faire sécession de l'Union et qu'elle est seule responsable devant Dieu Tout-Puissant, du caractère suffisant des causes qui peuvent la pousser à une telle séparation.

L'isolement de Calhoun n'a sans doute jamais été aussi grand qu'à propos de la nature du droit de sécession. Bien que sa nature ait fait l'objet de polémiques ininterrompues, le droit de sécession a subi l'épreuve du feu au tournant des années 1860-1861.

#### A – La nature du droit de sécession

Jusqu'à la guerre, les juristes et les hommes d'Etat américains ont envisagé le droit de sécession de plusieurs manières. Les uns l'acceptaient, mais ils le concevaient soit comme un droit constitutionnel, soit comme un droit extra- ou supra-constitutionnel. Les autres le rejetaient, mais ils croyaient pour la plupart à l'existence d'un droit de révolution ou de résistance. La position de Calhoun paraît d'autant plus isolée que l'acceptation de la révolution appartenait au front commun de la pensée politique américaine dans le prolongement des événements fondateurs de la République.

##### 1- le droit constitutionnel de sécession selon Calhoun

Avant Calhoun, il n'existait pas de doctrine cohérente entre le respect des institutions démocratiques fondées sur les élections et la révolution pure et simple. C'est pas la cohérence de la construction d'un terme médian que la théorie calhounienne est notable. Calhoun part du pouvoir de révision constitutionnelle pour ériger la sécession en droit qu'il a soigneusement distingué de l'annulation.

##### a. la distinction entre annulation et sécession

Ayant rejeté l'affirmation lockienne des droits naturels, Calhoun ne pouvait plus fonder sur elle sa rationalisation de la sécession. Mais il n'en avait pas besoin puisque la sécession était un droit constitutionnel. Il la fondait sur le même

pouvoir d'amendement sur lequel il instituait l'annulation. Chaque Etat avait accédé à l'Union en appelant une convention et en votant une ordonnance de ratification. Chaque Etat pouvait faire sécession de l'Union en appelant une convention et en abrogeant l'ordonnance. La sécession est la dissolution de l'association alors que l'annulation conserve la relation entre les Etats et le gouvernement fédéral, *i.e.* leur agent, en vertu du pacte qui les lie et selon lequel tous les pouvoirs non énumérés spécifiquement sont réservés aux Etats. L'objectif de l'annulation est de garder l'agent, le représentant, le préposé dans ses limites prescrites et non pas de mener à la sécession qui détruirait les pouvoirs confiés ou délégués.

#### b. le pouvoir de révision constitutionnelle

Calhoun fondait la procédure de l'annulation sur le processus d'amendement, mais il écartait l'une des deux branches de l'alternative posée par l'Article V de la Constitution des Etats-Unis par laquelle un Etat pouvait ratifier un amendement constitutionnel.

#### c. la sécession comme droit

Si la loi du gouvernement fédéral peut être attribuée à un pouvoir compatible avec le caractère de la Constitution et s'inscrit honnêtement dans la compétence du pouvoir de révision constitutionnelle, l'Etat doit y acquiescer, lié qu'il est par la solennelle obligation qu'il contracta en ratifiant la Constitution. En revanche, si la loi fédérale transcende les limites du pouvoir de révision constitutionnelle et se révèle incompatible avec la Constitution, l'Etat n'est pas tenu de s'y soumettre. Il peut choisir de faire sécession de l'Union.

Par rapport au droit commun des contrats, Calhoun sous-entend la présence permanente d'une clause résolutoire. Il écarte tout *mutuus dissensus* en ce cas. Il ne s'agit pas de la révocation pour le tout d'une convention par la volonté commune des cocontractants en vertu du principe selon lequel le dissentiment mutuel peut défaire ce que le consentement conjoint a fait ; il ne s'agit pas d'une *exceptio non adimpleti contractus*. La partie du pacte ne s'attend plus à recevoir la prestation qui lui est due et le refus d'exécution de sa propre obligation dans cette attente ne peut plus suffire. Il ne s'agit pas d'une résolution pour inexécution, car il semble bien que *de facto* le pacte ne puisse se trouver anéanti rétroactivement. Calhoun traite d'une rupture unilatérale. Certes, selon le droit commun, ce que la volonté commune a créé, la volonté d'un seul ne saurait le détruire, sauf si le juge en décide autrement. Mais, même en l'absence de clause résolutoire ou de dédit, la faculté de rupture unilatérale existe toujours dans les contrats à durée indéterminée, à condition de respecter un préavis et sous réserve de la théorie controversée de l'abus de droit.

A partir du moment où Calhoun considère que la Constitution est un traité conclu entre Etats souverains, l'interprétation du texte appartient, conformément au droit commun des traités, et sauf dispositions contraires, à chacune des parties. Tout Etat est donc libre de fixer le sens et la portée de la Constitution et, au-delà du droit commun des traités cette fois, de faire prévaloir contre vents et marées son interprétation souveraine. La sécession n'est jamais que l'ombre portée de la nature qu'il attribue au texte fondateur. Si l'Etat acquiesce, il doit abroger la loi par laquelle il a interposé son autorité et déclaré la loi fédérale inautorisée par la Constitution et, partant, nulle et non avenue. Jusqu'à ce que cela soit fait, la loi continue à lier ses citoyens comme parties au pacte constitutionnel. Agissant avec le même caractère que lorsqu'il ratifia la Constitution, l'Etat a le droit de décider en dernier ressort de déterminer jusqu'à quelle limite ses pouvoirs s'étendent et jusqu'à quel point ses citoyens sont tenus de lui obéir.

Exemple : les autorités d'un Etat, *e.g.* celles de la Caroline du Sud, ont annulé une loi fédérale, en l'occurrence un tarif douanier. Cette loi, qui reçoit pleine application dans les autres Etats de l'Union, n'est pas exécutée par les autorités de Caroline du Sud, qu'il s'agisse de la justice, du gouverneur, des fonctionnaires, etc.. Pour briser l'annulation de cet Etat, le seul recours du gouvernement fédéral ou des autorités des autres Etats est de lancer le processus d'amendement à la Constitution. Les trois quarts des Etats doivent ratifier l'amendement qui donnera au gouvernement fédéral le pouvoir taxé d'inconstitutionnalité, en l'espèce celui d'adopter des tarifs douaniers dans telle ou telle circonstance. Un amendement peut donc être adopté malgré le refus de l'Etat annulateur. Une alternative s'ouvre alors pour les autorités de cet Etat : soit se soumettre et accepter l'exécution du tarif douanier, désormais conforme à la Constitution ; soit faire sécession de l'Union, unilatéralement et pacifiquement.

On a pu objecter à Calhoun que, puisqu'un souverain détient par définition une autorité absolue, tout Etat devrait posséder une autorité sans limite pour protéger les minorités comme il le souhaite sans quitter l'Union pour autant. Or, à moins que celle-ci soit dissoute, la théorie sécessionniste n'accorde aux minorités aucun contrôle sur l'autorité illimitée de la majorité des trois quarts pour aboutir à un amendement constitutionnel conformément à l'Article V de la Constitution. La détention d'un droit absolu de sécession ne pourrait déguiser le fait qu'un Etat a donné temporairement une large partie de sa souveraineté constituante quand il a délégué le pouvoir d'amendement constitutionnel. En effet, de quel droit les trois quarts des Etats pouvaient-ils faire ce qui ne pouvait être légitimement fait que par tous les Etats ? Pour quelle raison, lors de la convention des Etats, un quart d'entre eux est-il autorisé à dicter ses volontés

aux trois quarts restants et pour quelle raison, si chaque Etat est souverain, devrait-il se soumettre à la décision de cette convention ?

Calhoun n'a jamais développé les conséquences de l'annulation, mais il est clair que, à l'inverse de la révolution qui laisse les individus seuls après qu'ils ont détruit l'Etat, la sécession brise le pacte mais laisse les individus face à leur Etat respectif. Le gouvernement fédéral explose pour ce qui concerne l'Etat sécessionniste. Le niveau infra-fédéral subsiste. Le sécessionniste ne nie l'autorité politique de l'Etat en tant que tel, mais seulement l'autorité sur lui et sur les autres membres de son groupe et du territoire qu'il occupe.

## 2- Le rejet du droit constitutionnel de sécession

Les sécessionnistes clamèrent l'existence d'un droit de sécession entendu non pas comme un droit issu de la Constitution, mais comme un droit extra-constitutionnel. Alors que certains font dériver la sécession du droit des gens, *i.e.* du droit international, d'autres la conçoivent comme un attribut de la souveraineté. Pour certains, un Etat a parfaitement le droit de faire sécession et n'est sujet à aucune autre autorité que la grande loi morale qui gouverne les relations entre les pouvoirs souverains et indépendants, les peuples ou les nations. C'est un droit inhérent des nations, sujet à cette seule loi, de ne pas respecter les obligations du pacte en se déclarant déliées pour l'avenir. Selon l'accord universel, cela peut être légitimement fait lorsqu'une autre partie a brisé le pacte. Le droit ne provient pas de la Constitution, mais du droit des gens qui gouverne tous les pactes entre souverains. Telle était l'opinion de Alexander H. Stephens, futur vice-président des Etats confédérés. Pour d'autres, si le droit de sécession n'est pas interdit aux Etats, et si aucun pouvoir de l'empêcher n'est expressément délégué aux Etats-Unis, il reste réservé aux Etats ou aux peuples desquels tous les pouvoirs du gouvernement fédéral sont dérivés. Ce droit n'est certes pas mentionné dans la Constitution parce qu'il eût été bien extraordinaire d'incorporer une disposition expresse pour la sécession des Etats et la dissolution de l'Union. Il n'était pas nécessaire d'affirmer le droit de sécession dans la Constitution parce qu'il s'agit d'un attribut de la souveraineté et que les Etats se sont réservés tout ce qu'il n'ont pas délégué. Chacun des Etats, comme partie souveraine au pacte de l'Union, a le pouvoir réservé de faire sécession toutes les fois qu'il estime que ce pacte ne remplit plus les fins pour lesquelles il a été établi. Telle était l'opinion de Jefferson Davis, futur président des Etats confédérés.

Jackson et Madison se sont opposés à la doctrine calhounienne et n'ont reconnu, chacun à leur manière, que la possibilité d'une révolution comme mode de rupture de l'Union.

Jackson rejetait l'idée de sécession comme droit constitutionnel qui eût pu exister pacifiquement. Selon lui, l'admission du droit de sécession était une virtuelle dissolution de l'Union. Le seul droit de sécession d'un gouvernement était en réalité le droit révolutionnaire, car une sécession ne pouvait jamais avoir lieu sans révolution.

Madison qualifia la sécession d'hérésie au même titre que l'annulation. La revendication d'une sécession selon son bon plaisir était une violation sans cause d'un serment solennellement donné. La sécession était en réalité un autre nom pour la révolution au sujet de laquelle il n'existait pas de controverse théorique. En cas de fiasco des recours constitutionnels et en présence d'une accumulation d'usurpations et d'abus, il ne restait qu'un appel aux droits originels et à la loi naturelle d'auto-préservation. Comme Locke, Madison semble penser que la résistance ne saurait devenir une clause constitutionnelle puisqu'elle procède de la loi de nature en vertu de laquelle le peuple est le seul juge de la mission confiée au prince. Inintelligible comme droit par les principes de l'ordre qu'il vise à changer, le droit de résistance ne peut s'expliquer que par le recours à un ordre autre et supérieur. Le peuple oblige ses gouvernants à respecter le bien commun, à moyen et long termes. Il s'oblige à ménager le temps nécessaire afin que les passions se refroidissent, selon l'heureuse expression de Hayek. Le système constitutionnel n'implique pas une limitation absolue de la volonté populaire, mais une subordination des buts immédiats à des objectifs plus lointains. La résistance qui, de pur fait qu'elle était, s'est transmutée en droit, devient paradoxalement lénifiante. La crainte de la révolution constitue un élément du mécanisme sociétal dont le but ultime tient dans la stabilité du système politique.

L'ensemble des auteurs tend d'une manière ou d'une autre à échapper à l'écueil de l'incorporation d'un droit de résistance ou de révolution dans le droit dit positif. La question est de savoir si l'autorité politique peut prévoir les moyens juridiques de sa destruction en livrant le droit à une multitude d'interprètes pouvant chacun en détenir l'interprétation « vraie », ce qui est le pré-supposé de tout droit de résistance. Résister revient à prétendre tenir un discours vrai sur le droit que l'on oppose à celui d'une autorité dévoyée. La juridicisation de la résistance ne peut être acceptable que si elle contribue en fait à renforcer l'obéissance de ceux qui peuvent théoriquement s'en prévaloir. La résistance à l'autorité étant intraduisible en droit posé, seuls peuvent exister des actes de résistance. La légalité des actes cède la place à la légitimité de l'Etat.

C- L'effectivité du droit de sécession

La guerre de sécession est le plus souvent appelée aux Etats-Unis guerre civile. L'expression n'est pas innocente puisqu'elle peut suggérer que la sécession ne fut pas légitime et qu'il ne s'est agi que d'un mouvement révolutionnaire ou rebelle qui fut traité comme tel.

Quant aux origines de la guerre de sécession, l'éristique a fait rage sur le point de savoir si ses causes étaient économiques, politiques ou constitutionnelles. Avec sa lucidité coutumière, Frédéric Bastiat <sup>11</sup> écrivait en 1850 que l'odieuse perversion de la loi était une cause perpétuelle de haine, de discorde pouvant aller jusqu'à la désorganisation sociale : « aux Etats-Unis même, il est deux questions, et il n'en est que deux, qui, depuis l'origine, ont mis plusieurs fois l'ordre politique en péril. Et quelles sont ces deux questions ? Celle de l'esclavage et celle des tarifs, c'est-à-dire précisément les deux seules questions où, contrairement à l'esprit général de cette république, la Loi a pris le caractère spoliateur. L'esclavage est une violation, sanctionnée par la loi des droits de la Personne. La Protection est une violation perpétrée par la loi, du droit de Propriété ; et certes, il est bien remarquable qu'au milieu de tant d'autres débats, ce double *fléau légal*, triste héritage de l'ancien monde, soit le seul qui puisse amener et amènera peut-être la rupture de l'Union. C'est qu'en effet on ne saurait imaginer, au sein d'une société, un fait plus considérable que celui-ci : *la Loi devenue un instrument d'injustice.* »

Il peut apparaître paradoxal que le droit de sécession n'ait point donné lieu à des débats théoriques élevés au tournant des années 1850-1860. En réalité, l'essentiel avait été dit depuis de longues années. La plupart des auteurs et des pamphlétaires se contenta, juste avant et pendant la guerre, de reprendre pour l'essentiel et de rabâcher les thèses que leurs illustres aînés avaient exprimé lors de la crise de l'annulation ou du compromis de 1850. Dans son message sur l'état de l'Union du 4 décembre 1860, le président Buchanan refusa au Sud un droit constitutionnel de sécession et au Nord un droit constitutionnel de coercition. Une controverse digne d'intérêt se déroula pourtant aux mois de mars et d'avril 1861. Dans son discours d'investiture du 4 mars, Lincoln avança que l'Union était perpétuelle et qu'elle était en tout état de cause impliquée par la loi fondamentale de tous les gouvernements. Même si les Etats-Unis n'étaient qu'une association d'Etats formée par un simple contrat, ce contrat n'eût pu être défait que par toutes les parties co-contractantes. Il adoptait la règle du parallélisme des formes selon laquelle un contrat adopté à l'unanimité ne pouvait être rompu que par le consentement de tous. Pour souligner que l'idée centrale de la sécession était l'essence de l'anarchie, Lincoln réduisait l'argument adverse *ad absurdum* : une minorité sécessionniste risquait de créer un précédent, suivi par la minorité de la minorité et ainsi de suite. En revanche,

<sup>11</sup> Frédéric Bastiat, « La loi », juin 1850 in *Id.*, *Œuvres complètes*, Guillaumin, t. 4, 1864, pp. 352-353.

dans son message au Congrès du 29 avril, Jefferson Davis, président de la Confédération, constata que l'évolution historique avait perverti les fondements de l'Union et que le gouvernement fédéral formé par les Etats pour les protéger de l'extérieur en était venu à les brimer de l'intérieur, parce que la créature avait été élevée au-dessus de ses créateurs.

De manière surprenante, la Constitution des Etats confédérés du 11 mars 1861 ne comporta aucune référence à un quelconque droit d'interposition, d'annulation ou de sécession. Lors des débats, le 6 mars 1861, plusieurs délégués demandèrent que le droit de sécession fût défini et inclus dans la Constitution. Une proposition de William Waters Boyce de Caroline du Sud disposait que le droit de sécession de chaque Etat de la Confédération serait expressément admis afin d'être exercé par chaque Etat à son gré. La proposition fut repoussée par l'ensemble des Etats à l'exception de celui de la Caroline du Sud. Le lendemain, Hill de Géorgie présenta une proposition plus élaborée qui déniait le droit d'annulation et qui érigeait un système de convention et de cour par lequel les Etats pourraient faire connaître leurs réclamations et, s'ils n'étaient point satisfaits du résultat, faire sécession. Toutes les propositions furent ajournées.

Transition : le droit de sécession aux Etats-Unis, dans la Communauté européenne et en France.

Par son importante décision *Texas v. White* de 1868, la Cour suprême entendit mettre un terme théorique à une discussion quasi-séculaire. Elle s'inscrivit en faux contre les Sécessionnistes en affirmant que la rupture du pacte ne pouvait être opérée qu'à l'unanimité des Etats. Ce que ces derniers avaient fait ensemble, ils ne pouvaient le défaire qu'ensemble. La Cour réservait sagement le cas de la révolution. Dans son passage le plus célèbre, la décision avance que la Constitution, dans toutes ses dispositions, vise à une union indestructible composée d'Etats indestructibles.

La plupart des nouvelles constitutions des Etats sudistes formées entre 1864 et 1875 prohiba le droit de sécession et interdit le droit d'annulation et, dès que les troupes fédérales d'occupation quittèrent les Etats sudistes, elle magnifia de nouveau les droits des Etats tout en faisant l'impasse sur les droits d'annulation et de sécession.

Les traités communautaires n'envisagent ni l'exclusion ni le retrait d'Etats membres. Il y a dès lors renvoi à l'article 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel la dénonciation ou le retrait n'est pas possible, sauf

s'il est établi qu'il entrerait dans les intentions des parties d'en admettre la possibilité ou qu'un droit de dénonciation ou de retrait puisse se déduire de la nature du traité. Selon l'article 65 de la Convention, l'Etat qui entend remettre en cause son engagement, doit émettre une prétention par le truchement d'une notification. Celle-ci ouvre une procédure de concertation. En cas d'objection par l'une des parties, celle-ci se trouve dans l'obligation de régler leur différend et de négocier.

L'indivisibilité de la République française affirmée à l'article 2 de la Constitution de 1958 et l'unité, son corollaire, condamnent toute dérive fédéraliste. L'article 3 interdit l'exercice de la souveraineté par une section du peuple, telle une collectivité territoriale. Quant à l'intégrité du territoire affirmée par les articles 5, 16 et 89, elle condamne tout droit de sécession. L'initiative d'une sortie du territoire français par cession ou sécession ne peut provenir ni des citoyens, ni des collectivités locales. Certes, le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Les principes d'indivisibilité et d'intégrité territoriale ne font pas obstacle à la sécession selon la jurisprudence constructive et créatrice de droit du Conseil. Quatre conditions doivent être remplies : l'initiative ne peut être prise que par les autorités compétentes de la république, le déroulement du processus doit s'inscrire dans le cadre de la Constitution, les populations intéressées doivent être consultées par referendum dont la question doit être loyale, claire et sans équivoque, enfin le parlement doit voter une loi autorisant la sécession.

#### Conclusion : l'actualité du calhounisme

L'influence de la doctrine de Calhoun ne saurait étonner. Quand se posent des problèmes relatifs à la nature d'une union, quand certains craignent une disparition ou un transfert de « souveraineté », quand les uns se réfèrent à un droit de *veto*, les autres à un droit de sécession, les œuvres du Sudiste ne manquent pas de faire florès. La croisade de Calhoun et des Annulateurs contre le tarif et l'abolitionnisme peuvent s'analyser en une lutte contre la croissance et la suprématie du gouvernement fédéral et contre l'abaissement des droits des Etats. Le mouvement de centralisation dans le fédéralisme est venu battre en brèche l'avantage de la solution fédérale, c'est-à-dire la possibilité d'un accord sur un minimum de droits communs et de politique commune qui, à leur tour, permettent de consentir un maximum d'autonomie aux parties prenantes. Parmi les facteurs tendant à la centralisation, se trouvent des facteurs d'ordre économique et social en raison de l'aspiration égalitaire, voire égalitariste, d'ordre international en raison d'une histoire scandée par les guerres et la fin

progressive de l'isolationnisme, d'ordre politique en raison de la croissance de l'exécutif, de l'émergence des partis politiques, du vote de quelques amendements constitutionnels, de l'interprétation de la Constitution par la Cour suprême, de la législation fédérale ainsi que du déclin du patriotisme local sous l'influence de l'apparition de nouveaux Etats membres et des déplacements de populations. Lorsque Calhoun proclame que deux intérêts s'établissent inévitablement, l'un profitant de l'action du gouvernement et favorable à l'accroissement de ses pouvoirs et actions, l'autre aux dépens de laquelle la machine politique est mise en mouvement, il n'est guère étonnant que Murray Rothbard<sup>12</sup> le cite pour assurer que l'impôt créera toujours deux « classes sociales » antagonistes : les payeurs et les consommateurs. Norman Barry<sup>13</sup> assure lui aussi que l'œuvre de Calhoun offre un guide pour la compréhension des conflits politiques, deux groupes se trouvant en opposition, les payeurs et les consommateurs de taxes. Calhoun présenterait sa théorie de la *concurrent majority* comme un moyen d'améliorer le conflit de « classes ». Son œuvre serait la profonde démonstration de la proposition selon laquelle la liberté individuelle ne peut jamais être adéquatement protégée par une règle majoritaire sans frein. L'essence du constitutionnalisme gît dans l'affirmation que toutes les formes de gouvernement violent potentiellement les droits. En ce sens, l'œuvre de Calhoun s'inscrit parmi les plus remarquables systèmes de pensée libérale. D'aucuns pourraient objecter qu'il s'agirait d'une trahison de la théorie ultra-conservatrice du Sudiste. Celui-ci a délibérément refusé d'appliquer ses théories au niveau infra-fédéral. Quant à la défense des droits de l'homme, elle lui était étrangère. Toutefois les Libéraux ont pu s'inspirer de sa doctrine en la systématisant et en partant non plus de l'Etat fédéré, mais de l'individu. En ce sens, toute décision qui contrevient aux droits de l'individu est illégitime et ce dernier est bien fondé à en refuser l'application. L'annulation et la sécession deviennent individuelles<sup>14</sup>. Calhoun affirme que c'est le pouvoir unique qui exclut la valeur négative et qui constitue le gouvernement absolu, et non pas le nombre en lequel le pouvoir est investi. Le gouvernement unique est autant absolu en sa forme populaire ou démocratique qu'en sa forme monarchique ou aristocratique. La distinction importante entre les gouvernements n'est pas celle de l'un, de quelques-uns ou de beaucoup, mais celle du gouvernement constitutionnel et du gouvernement absolu. Calhoun s'oppose ainsi à la classification des constitutions opérée classiquement par Aristote. Peu importe le détenteur du pouvoir, ce qui compte c'est la substance de ce dernier. Mais Calhoun ne tire pas les conséquences du principe ainsi posé. Ce qui compte, ce n'est pas l'opposition entre majorité et minorité, ce sont les fonctions dévolues

<sup>12</sup> Murray Rothbard, *L'éthique de la liberté*, trad. François Guillaumat avec la collab. de Pierre Lemieux, Les Belles Lettres, 1991, pp. 233-234.

<sup>13</sup> Norman Barry, dos de couverture à Ross M. Lence (éd.), *Union and Liberty : The political Philosophy of John C. Calhoun*, Indianapolis, Liberty Found, 1992.

<sup>14</sup> Sur le droit de sécession individuel comme conséquence de la concurrence entre les institutions, v. Pascal Salin, *Libéralisme*, Editions Odile Jacob, 2000, pp. 105-110.

au gouvernement qui permettent aux majorités de brimer les minorités ou à des minorités agissantes de prospérer aux dépens d'individus inertes ou inhibés. Plus encore, ce qui importe ce n'est pas la protection d'une minorité en tant que telle, mais la défense de la plus petite minorité, *i.e.* l'individu, contre les atteintes qui peuvent lui être portées par une autre minorité ou majorité.

La morale des luttes ayant opposé par le truchement de leurs autorités un ou plusieurs Etats fédérés à l'Etat fédéral est souvent obombrée. L'instance qui commet les violations de droit importe peu. Certes, l'équilibre des pouvoirs entre deux niveaux de gouvernement qui, loin de s'annihiler peuvent empêcher l'autre de commettre des violations, est fondamental. Mais, s'arrêter à la séparation des fonctions gouvernementales est insuffisant. Benjamin Constant <sup>15</sup> l'exprima avec sa profondeur coutumière : « Vous avez beau diviser les pouvoirs : si la somme totale du pouvoir est illimitée, les pouvoirs divisés n'ont qu'à former une coalition, et le despotisme est sans remède. Ce qui nous importe, ce n'est pas que nos droits ne puissent être violés par tel pouvoir, sans l'approbation de tel autre, mais que cette violation soit interdite à tous les pouvoirs. » Il <sup>16</sup> ajoutait : « L'assentiment de la majorité ne suffit nullement dans tous les cas pour légitimer ses actes : il en existe que rien ne peut sanctionner ; lorsqu'une autorité quelconque commet des actes pareils, il importe peu de quelle source elle se dit émaner, il importe peu qu'elle se nomme individu ou nation ; elle serait la nation entière, moins le citoyen qu'elle opprime, qu'elle n'en serait pas plus légitime. » Car, ainsi que l'écrivait puissamment Tocqueville <sup>17</sup> : « le pouvoir de tout faire que je refuse à un seul de mes semblables, je ne l'accorderai jamais à plusieurs. »

<sup>15</sup> Benjamin Constant, « Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France », 1815, I, *in id.*, *Ecrits politiques*, Gallimard, 1997, p. 317.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 312-313.

<sup>17</sup> Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, GF-Flammarion, 1981, I, II, VIII, p. 349.