

Recherches sociographiques



Le libéralisme du statu quo : le droit protecteur

Léon Dion

Volume 2, numéro 1, 1961

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/055064ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/055064ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Département de sociologie, Faculté des sciences sociales, Université Laval

ISSN

0034-1282 (imprimé)

1705-6225 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Dion, L. (1961). Le libéralisme du statu quo : le droit protecteur. *Recherches sociographiques*, 2(1), 69–100. <https://doi.org/10.7202/055064ar>

Résumé de l'article

Dans le numéro précédent de cette revue, Léon Bien a étudié le libéralisme du statu quo au niveau de l'idéologie : Il a montré les conséquences du refus d'ajuster les principes libéraux aux conditions de la civilisation industrielle américaine. Il analyse ici les manifestations de ce refus: sur le plan juridique. Nous avons souligné déjà l'importance de ces travaux dans la perspective des études comparatives sur le Canada français.

LE LIBERALISME DU STATU QUO:

LE DROIT PROTECTEUR

Dans le numéro précédent de cette revue, Léon Dion a étudié le libéralisme du statu quo au niveau de l'idéologie : il a montré les conséquences du refus d'ajuster les principes libéraux aux conditions de la civilisation industrielle américaine. Il analyse ici les manifestations de ce refus, sur le plan juridique. Nous avons souligné déjà l'importance de ces travaux dans la perspective des études comparatives sur le Canada français.

Le libéralisme classique ou originel dérivait sa conception de l'Etat de la sociologie et de la psychologie élémentaires qui lui étaient implicites. Selon la doctrine libérale, les lois du marché constituaient le principe auto-régulateur de l'existence et du développement de la société [1] *. Et l'individu, par l'effet d'une singulière coïncidence finale de ses motifs personnels et des buts sociaux, était l'agent de l'harmonie générale. La société se chargeait donc elle-même, par l'action libre des individus, de satisfaire de la meilleure façon possible les besoins humains et, par conséquent, de remplir un des buts les plus élevés qui aient traditionnellement été associés à l'idée d'Etat. L'Etat, dès lors, ne pouvait guère constituer qu'un produit dérivé de la société et n'exercer qu'une influence secondaire dans le cours de la production et de la distribution des biens économiques et, en général, dans l'établissement des conditions de l'ordre et du progrès sociaux. On considérait que sa fonction était d'assurer les conditions générales permettant de préserver "la chance égale d'individus égaux"; de mettre en force et de sanctionner les communes mesures des unités de valeur et de poids; de maintenir à la disposition des citoyens des cours de justice; d'assurer la protection de chacun par la police; et, le cas échéant, de défendre la vie et les biens des individus contre les attaques venant de l'extérieur.

* Voir "Références et notes explicatives" à la fin de l'article.

Il est clair que cette conception n'était applicable que si la société capitaliste réalisait convenablement son objectif : la prospérité et l'harmonie sociale. Or, elle faillit à la tâche. Cet échec rendit manifeste le paradoxe inhérent à la conception même de l'Etat libéral. Le libéralisme, dont l'inspiration initiale avait été profondément révolutionnaire, fut transformé en instrument protecteur du statu quo. Le libéralisme du statu quo, au palier idéologique, chercha à se perpétuer, au sein de l'ère nouvelle, par l'intensification de l'orientation individualiste du libéralisme initial [2].

De même, du point de vue politique, il s'efforcera de maintenir l'Etat dans la position subordonnée qu'il lui a au départ assignée. Néanmoins, face aux pressantes demandes de réformes de la part des masses populaires, que les insuffisances du système capitaliste rendent de plus en plus revendicatrices, les groupes dominants se voient dans l'obligation, pour la sauvegarde même du régime social qu'ils ont établi, de développer au plan étatique un solide réseau de mécanismes protecteurs. Ils attendent de l'Etat qu'il oppose une barrière infranchissable aux demandes de législations sociales qui surgissent de partout : demandes de reconnaissance syndicale, d'assurances sociales, de salaire minimum, de protection de l'enfance et des malheureux, de réformes des prisons, d'instruction gratuite universelle, de meilleurs services publics, et ainsi de suite. La pression de la part des groupes dominants, grande bourgeoisie en Europe et ploutocratie aux Etats-Unis, devint si impitoyable que leurs alliés et leur clientèle se détournèrent graduellement d'eux. On comprend dès lors à quoi tient le désabusement d'un Spencer qui, à la fin du XIXe siècle, ne voyait guère plus que les conservateurs traditionnels pour défendre activement les positions du libéralisme alors que, selon lui, ceux qui s'appelaient "libéraux", trahissant le principe individualiste, étaient en train de devenir des réformistes et des interventionnistes. Plus soucieux d'écarter des débats politiques les conséquences non désirées de l'application des principes libéraux que d'éviter le paradoxe, Spencer se trouva conduit à identifier, en pratique, l'Etat "libéral" à un protectionnisme de classe des plus rigoureux.

D'après le libéralisme initial, l'Etat, par suite du développement de la prospérité et de l'harmonie sociale, devait devenir de moins en moins nécessaire et cela pour l'ensemble de la population. Les conditions prévues ne s'étant pas réalisées, on dut, bon gré mal gré, pour ne pas renoncer aux prémisses libérales, transformer l'Etat en un instrument de protection des intérêts d'un groupe restreint. Il s'agissait, en définitive, de restreindre l'exercice de la fonction politique à ceux que le statu quo favorisait et, inversement, d'empêcher la reconnaissance politique des revendications populaires. En Europe, ce furent avant tout les parlements qui permirent la réalisation de ce double objectif. Il fallait s'assurer, notamment par de rigides restrictions

imposées à la franchise électorale, que les membres des assemblées parlementaires seraient en majorité des représentants de la bourgeoisie capitaliste ou des intérêts de celle-ci [3]. Aux Etats-Unis, par contre, le contrôle parlementaire s'avéra insuffisant. Le suffrage avait été à peu près généralisé au cours de l'ère jacksonienne et les réformistes de toute nature menacèrent bientôt, surtout au niveau des Etats, de constituer des minorités parlementaires suffisamment importantes pour imposer, à l'occasion, des législations progressistes [4]. Aussi, les groupes dominants jugèrent-ils à propos de se donner, au plan même des mécanismes du gouvernement, un instrument de plus grande protection. Cet instrument, ils le trouvèrent dans la Cour Suprême.

L'exposé qui va suivre a pour objectif d'établir, à partir de l'exemple américain, comment le libéralisme du statu quo trouva dans le droit l' "effet compensateur" qui lui permit de tenir en échec les efforts de législation sociale des assemblées populaires. Dans une première partie, nous montrerons quelles garanties offrait la Cour Suprême à ceux qui étaient anxieux de perpétuer leur domination au sein d'une société démocratique; dans une seconde partie, nous examinerons les principaux caractères des arguments juridiques en tentant plus particulièrement de découvrir dans quelle mesure ils reproduisaient les maximes de l'Evangile de la richesse.

I

SAUVEGARDE DU STATU QUO LIBERAL : LA COUR SUPREME

Dans cette première partie, nous nous proposons de montrer que le régime politique américain, plus encore que toute autre démocratie, a privilégié le droit; que les groupes dominants, dans le but de protéger les intérêts de la propriété que les législations émanant des assemblées populaires paraissaient menacer, ont eu constamment recours à la Cour Suprême; que juges et avocats exprimaient la mentalité de la ploutocratie; et, enfin, que la théorie du retard du droit par rapport à la structure sociale trouve dans l'exemple américain une parfaite application.

1) Position privilégiée du droit en démocratie

La démocratie moderne privilégie la loi en tant que règle impérative, établie par les représentants du peuple en son nom, et devant servir de mesure

et de sanction aux rapports interindividuels. Or, d'après le constitutionnaliste A. V. Dicey, de tous les régimes démocratiques, ce sont les Etats-Unis qui consacrent au plus haut degré la suprématie du droit. Dicey lie celle-ci à la constitution fédérative des Etats-Unis : "Le fédéralisme, dit-il, en dernière analyse, signifie légalisme — la prédominance du judiciaire dans la Constitution et le règne d'un esprit légaliste parmi le peuple" [5].

Mais il semble bien, si on se reporte à plusieurs grands jugements rendus par la Cour Suprême, que, si le judiciaire fut ainsi appelé à remplir la fonction d'arbitre vis-à-vis des organes gouvernementaux, c'est moins là un effet direct de la séparation des pouvoirs que le fédéralisme avait instituée que la conséquence de l'effort des groupes économiques dominants pour neutraliser la menace politique que les classes moins favorisées représentaient pour eux.

L'Evangile de la richesse supposait chez la masse une capacité de renoncement et d'abnégation que les attitudes et les conduites passées des Américains ne reflétaient guère. Depuis le début de la République, créanciers et débiteurs, paysans et pionniers, manufacturiers, etc., avaient eu recours aux législatures dans le but de promouvoir leurs intérêts.

Dans le contexte de l' "âge doré", il était illusoire de penser que le peuple allait renoncer à recourir à des mesures politiques susceptibles de promouvoir ses intérêts. Le mouvement "Granger", les Chevaliers du Travail, le populisme et, plus tard, le progressisme sont autant de manifestations politiques de la révolte des groupes défavorisés.

Il faut souligner ici que les mouvements de protestation populaire exercèrent leur action bien plus sur le plan des législatures locales que sur celui du Congrès fédéral. De fait, les premiers efforts en vue d'atténuer par des mesures politiques les effets non désirables de l'industrialisation furent accomplis surtout au sein des législatures locales. On comprend, dès lors, que des juges réformistes tels Stone, Brandeis et Holmes se soient montrés favorables à "ces chambres isolées", immédiatement soumises aux désirs et au contrôle du peuple, au sein desquelles il était si facile et si tentant d'éprouver la valeur pratique des idées nouvelles, tandis que des juges partisans de l'Evangile de la richesse, tels Kent et Field, aient eu une telle aversion pour les assemblées populaires des Etats. Il n'y a donc pas lieu d'être surpris de constater que, pour le sujet qui nous occupe, une si large proportion des documents à notre disposition porte justement sur des questions qui ont été soulevées d'abord au niveau des Etats [6].

La structure fédérative du gouvernement américain, tout autant que le caractère hautement démocratique de ses institutions, expliquent donc que les

efforts tentés pour contrôler les assemblées populaires n'aient pas produit aux Etats-Unis les mêmes résultats qu'en Europe. Aux Etats-Unis, comme en Europe bien sûr, les libéraux du statu quo se sont efforcés de formuler leurs intérêts de classe dans les termes du libéralisme originel. Se prévalant de l'idéal jeffersonien pour appuyer les intérêts mercantiles et industriels au nom desquels Hamilton, pour sa part, s'était opposé à la conception politique minimaliste de Jefferson, ils ont du coup détruit la dualité de traditions qui s'était constituée au cours des premières années de la République [7]. Bref, ils ont fait converger l'industrialisme et l'aspiration démocratique, s'appropriant ainsi, avant qu'elles aient été retournées contre eux, les armes idéologiques de leurs adversaires. Néanmoins, l'étude des documents de l'époque nous montre qu'aux Etats-Unis cette seule tactique ne réussit pas complètement à conjurer les risques d'une action politique contraire à l'Evangile de la richesse. Aussi n'est-on pas surpris de constater que, sous le démocratisme de façade, les libéraux du statu quo n'aient eu aucune sympathie envers la règle de la majorité, pourtant essentielle à la procédure démocratique. "Nous ne pouvons manquer de voir, a écrit le juge Dillon, que ce sur quoi doivent se porter nos appréhensions et ce contre quoi il nous faut nous protéger, c'est le despotisme du grand nombre — de la majorité" [8]. Le juge Brewer exprime la même appréhension au sujet de la règle de la majorité : "Le danger réside dans [l'action] des multitudes — dans la majorité qui détient le pouvoir" [9].

Les libéraux du statu quo nourrissaient en outre le plus grand mépris envers les tentatives de démocratie directe au moyen de l'initiative, du référendum et du rappel, faites dans certains Etats de l'Ouest, surtout à l'instigation de La Follette. Nicholas Murray Butler formulait ainsi la position des libéraux du statu quo :

"La voie de la véritable démocratie politique conduit, selon moi, non pas à des élections plus fréquentes mais à moins d'élections; non pas à un plus grand nombre mais à moins d'officiers élus; elle conduit non pas à une intervention populaire directe accrue au plan des institutions représentatives, mais à une intervention moindre; elle conduit à une pratique politique selon laquelle un petit nombre d'officiers importants sont choisis pour des termes d'office relativement longs, à qui on concède beaucoup de pouvoir et de responsabilité et qui doivent en rendre un compte rigoureux; elle conduit non pas à plus mais à infiniment moins de [contrôles] législatifs" [10].

Les motivations profondes inhérentes à cette conception politique se déduisent des arguments eux-mêmes. Il s'agit d'assurer la subordination du politique par rapport à l'économique. Stephen J. Field, un des protagonistes les plus fervents de l'Evangile de la richesse, dans une opinion fameuse concernant la constitutionnalité de la loi Wilson-Gorman (1894) établissant un impôt sur les revenus des individus, a exprimé cette subordination en ces termes :

"Les questions soulevées par le cas affectent les fondements mêmes du gouvernement. Si les clauses de la Constitution peuvent être violées par une loi du Congrès, où s'arrêtera l'usurpation du pouvoir ? La présente attaque contre le Capital n'est que le commencement. Elle ne constitue qu'un point de départ conduisant à d'autres usurpations, plus considérables et plus étendues, et cela jusqu'à ce que nos luttes politiques se soient transformées en une guerre contre les riches; une guerre qui gagnera constamment en intensité et en âpreté" [11].

Le juge Miller exprime avec une force égale le même point de vue :

"On doit concéder, dit-il, qu'il existe, dans chaque gouvernement libre, des droits qui transcendent les fonctions légitimes de l'Etat. Un gouvernement qui ne reconnaîtrait pas de tels droits et qui considérerait la vie, la liberté et la propriété des citoyens comme soumises en tout temps à la disposition absolue et au contrôle illimité du dépositaire du pouvoir même le plus démocratique, ne constituerait après tout qu'un despotisme du grand nombre, de la majorité, mais quand même un despotisme" [12].

On voit par de tels arguments que l'objectif poursuivi consistait à empêcher les législatures de violer les principes individualistes sanctionnés par l'Evangile de la richesse. Comme les libéraux du statu quo ne pouvaient avoir pleine confiance en celles-ci, ils les accusèrent d'abus de pouvoir et purent dès lors réclamer, sous prétexte de respect de l'esprit de la Constitution, le rétablissement de "l'équilibre des pouvoirs" entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire [13].

2) Protection légale des intérêts de la propriété

Il n'est pas nécessaire d'adopter sans nuance l'interprétation "économique" de la Constitution que Charles Beard a proposée, pour conclure que le désir de protéger les droits de propriété influença fortement la rédaction des clauses visant à établir la "séparation des pouvoirs" de même qu'à placer la Cour Suprême dans la position privilégiée d'arbitre constitutionnel [14]. La pratique de la révision judiciaire, commencée sous Marshall dans la célèbre décision rendue à propos du cas Marbury, tendit à accentuer le conditionnement économique de la jurisprudence constitutionnelle. Si la pratique tend à s'accentuer — encore qu'il faille tenir compte de variations périodiques considérables — durant les années de l' "âge doré", il ne fait nul doute que c'est surtout parce que les législations affectent les processus de la vie économique. La révision judiciaire avait, dès l'origine, trouvé sa justification dans la théorie de la subordination des lois adoptées par les législatures au droit supérieur inscrit dans la Constitution. La validité et, par conséquent,

la constitutionnalité des premières dépendaient de leur conformité au second. Dès les débuts de l'histoire constitutionnelle américaine s'était imposée la conviction qu'une fonction essentielle de la Cour consistait à invalider les lois portant atteinte aux droits individuels fondamentaux, notamment à la propriété. Ce principe fut poussé à son extrême limite lorsque, aux environs de 1875 surtout, par suite des décisions du juge Field, on se mit à considérer que la loi fondamentale sanctionnait le "darwinisme plus Spencer". Au cours des quelque soixante années qui suivirent, la Cour Suprême définit généralement sa fonction d'arbitre constitutionnel de façon à sauvegarder un ordre social qui protégeait les intérêts des groupes dominants. Jusqu'en 1937, à l'exception d'intervalles où son action fut moins prononcée, la Cour Suprême, dans un grand nombre de décisions majoritaires, persista à juger les lois établies par référence aux conditions complexes de l'ère industrielle, selon les critères individualistes élaborés dans un âge mercantile et agricole. Oliver Wendell Holmes a bien reconnu cet anachronisme et du même coup le caractère paradoxal de l'Etat libéral. Holmes réfère aux circonstances qui "amenèrent les groupes qui n'espéraient plus dominer les législatures à considérer les Cours comme les interprètes de la Constitution; dans certaines Cours on a découvert, en dehors des [clauses constitutionnelles], de nouveaux principes qui, par extension, impliquent l'acceptation de doctrines économiques en vigueur il y a cinquante ans, de même que la condamnation la plus absolue de tout ce qu'un tribunal de juristes ne considère pas comme vrai" [15]. Ainsi donc, sous prétexte d'interpréter un document qu'eux seuls, selon leur opinion, pouvaient comprendre, ils cherchaient en réalité, dans la loi fondamentale, le point d'appui de dogmes politiques et économiques démodés.

Un indice qui montrerait bien jusqu'à quel point la Cour Suprême s'était constituée gardienne du statu quo libéral nous serait fourni par l'analyse des attitudes des représentants des divers groupes économiques à son endroit. Ceux-ci considéraient généralement que le sort des lois tendant à réglementer l'activité économique dépendait des décisions judiciaires; ces lois, estimait-on par ailleurs, trouvaient d'ordinaire un accueil peu favorable chez les juges. Ainsi donc, les partisans du statu quo libéral ont dû se montrer plus favorables à la Cour Suprême que les adversaires. Les débats qui eurent lieu au Sénat fédéral à l'occasion de la nomination par le Président, en 1930, du juge Hughes comme Juge en Chef de la Cour Suprême et du juge Parker sur le banc de la même Cour, constituent un précieux document pour la question qui nous occupe. Ces débats [16] confirment que l'importance politique de la Cour Suprême et son penchant pour le respect du statu quo étaient reconnus par tous; ils indiquent aussi que le partage des opinions s'établissait selon les attitudes économiques individuelles des sénateurs. Mais c'est au moment où l'écart entre les conceptions "légale" et "sociale" de la justice était le plus

grand, c'est-à-dire, durant les trois premières années du régime de F. D. Roosevelt, que l'identification de la Cour Suprême et des intérêts des libéraux du statu quo devint particulièrement évidente. Au printemps de 1936, il semblait bien que l'ensemble de la législation du New Deal serait tenu pour inconstitutionnel. Les partisans du statu quo libéral ne purent retenir leur joie : "Le judiciaire, s'écriait le vice-président de l'American Liberty League, s'est de nouveau révélé comme le rempart de défense contre les manipulations subtiles et habiles des processus démocratiques pour faire triompher des théories impies". L'ancien Président Hoover déclarait devant la convention républicaine qu'il remerciait "le Dieu Tout-Puissant pour la Constitution et la Cour Suprême". Et le juge Hughes exultait devant l'American Law Institute : "Je suis heureux de dire que la Cour Suprême est toujours en fonction" [17].

Ainsi donc, pendant soixante ans et plus la Cour Suprême, par ses décisions majoritaires, bloqua généralement les efforts de législation sociale qui tendaient à ajuster les fonctions politiques aux conditions d'une société industrielle. Il est paradoxal qu'on ait cherché la justification d'un état d'esprit aussi réactionnaire dans l'idéal libéral originel et qu'on l'ait fait au nom même de la démocratie dont on tentait pourtant de paralyser l'action. Les libéraux du statu quo qui se réfugiaient sous la protection de la Cour Suprême justifiaient généralement son rôle en disant qu'elle avait simplement pour fonction d'empêcher des majorités parlementaires ignorantes et soumises au caprice d'une opinion publique instable d'imposer des législations contraires au véritable esprit démocratique. En d'autres termes, la Cour Suprême, selon eux, rendait ses décisions par référence aux droits imprescriptibles de l'homme; lorsqu'elle déclarait inconstitutionnelles les lois concernant les services publics, les terres publiques, les relations industrielles, le logement, la banque et la finance, les pratiques commerciales, et ainsi de suite, la Cour Suprême, toujours selon eux, se faisait le champion de l'aspiration démocratique authentique! Comment au surplus la Cour aurait-elle été susceptible de blâme puisqu'elle n'avait pas de volonté propre, qu'elle n'était que la gardienne et l'interprète de la Constitution? [18]. Dans une conférence prononcée devant la New York Bar Association en 1893, David J. Brewer présenta cette théorie sous sa forme définitive :

"Il n'y a rien dans le pouvoir judiciaire qui déroge en quoi que ce soit au principe du gouvernement du peuple par le peuple. Les cours ne détiennent ni l'épée ni la bourse; elles ne peuvent ni corrompre ni contrôler de façon arbitraire. Elles ne légifèrent pas. Elles n'établissent aucune politique et ne s'immiscent jamais dans le domaine de l'action publique. Elles ne gouvernent pas. Leur fonction par rapport à l'Etat se limite à assurer que l'action populaire ne transgresse pas le droit et la justice

tels que les sanctionnent les Constitutions écrites et les lois naturelles. En conséquence, les juges ne font pas obstacle à la vraie liberté... ni au développement le plus achevé et le plus élevé du gouvernement du peuple, par le peuple. [L'action des Cours] garantit simplement la sécurité des droits personnels — des droits inaliénables à la vie, à la liberté et à la poursuite du bonheur; elle ne fait que sanctionner la Déclaration d'Indépendance... et que l'anarchiste, le socialiste et tout autre assassin de la liberté ose donc en rayer un seul mot." [19]

En conséquence, les Cours, selon cette théorie, n'entraveraient en rien l'action démocratique des législatures; elles ne feraient que porter un jugement sur leur droit constitutionnel de statuer sur telle ou telle question.

3) Juges et ploutocrates

Cependant, semblables allégations masquaient mal le fait brutal que les Etats-Unis, au cours de l' "âge doré", se trouvaient sous un "gouvernement de juges". "Nous vivons sous une Constitution, déclara le juge Hughes devant la Chambre de Commerce d'Elmira, mais la Constitution est ce que les juges déclarent qu'elle est" [20]. La notion traditionnelle selon laquelle la démocratie est un gouvernement, non des hommes, mais de la loi, devint elle-même paradoxale puisqu'en dernière analyse un petit groupe d'hommes s'était arrogé le droit de déclarer ce qu'était la loi. Or, l'étude des opinions légales émises par la Cour Suprême durant la période considérée montre qu'en majorité, les juges se firent les champions de l'idéologie dominante telle que formulée dans l'Evangile de la richesse. Eux-mêmes représentants de la classe riche, ayant au surplus reçu leur formation à une époque où la doctrine libérale classique dominait les conceptions économiques, ils s'efforcèrent tout naturellement de maintenir la structure légale que le libéralisme antérieur avait édifiée. Cette structure reposait sur le principe que la plus grande liberté d'action de même que la pleine protection des fruits du travail devaient être laissées aux hommes d'affaires et aux industriels qui se révélaient habiles, aventuriers et entreprenants. Il s'agissait pour eux de maintenir et d'adapter cette structure aux besoins d'hommes comme Rockefeller, Carnegie, Frick, Morgan, Stanford, Huntington, Gould, Harriman, Hill, etc. Il s'agissait, en un mot, de sanctionner le nouvel ordre industriel par l'individualisme légal, que Marshall avait inscrit dans la jurisprudence constitutionnelle.

De Tocqueville avait déjà reconnu cette alliance de classe et d'intérêts entre les hommes d'affaires et les juristes. Dans le contexte américain, selon lui, la propriété et la compétence légale allaient forcément de pair. Brandeis a reconnu le même phénomène :

"Au lieu de tenir une position d'indépendance, entre les riches et le peuple, et d'être prêts à restreindre les excès des uns ou de l'autre, les meilleurs avocats sont, dans une large mesure, devenus les compléments des grandes corporations et ont négligé l'obligation d'employer leurs talents pour la protection du peuple. Nous entendons beaucoup parler de l' 'avocat des corporations' et trop peu de l' 'avocat du peuple' " [21].

Dans un tel contexte où les meilleurs avocats sont retenus et grassement rémunérés par les corporations, il n'y a pas lieu d'être surpris de constater que le droit fait poids en faveur du statu quo et de ceux qui en tirent avantage [22]. La connivence entre hommes d'affaires, politiciens et avocats était, selon E. L. Godkin, poussée à un tel point que : "tous étant également corrompus, à quoi peuvent bien servir ces 'investigations' des uns par les autres?" [23] Il importe surtout de voir que les juges étant généralement choisis parmi les avocats les plus réputés, l'étroite association non seulement d'idées mais d'intérêts qui liait hommes d'affaires et avocats se prolongeait jusque sur le banc :

"Il est inutile, déclarait le juge Miller, d'argumenter avec des juges qui, comme avocats, se sont faits pendant quarante ans les représentants des compagnies de chemin de fer, et de toutes les formes de grand capital, quand on leur demande de décider de cas où de tels intérêts sont en jeu. Toute leur formation, tous leurs sentiments, dès le début, favorisent ceux qui n'ont justement pas besoin d'un tel avantage" [24].

Le juge David J. Brewer exprime la conviction de la majorité de ses collègues lorsqu'il déclare que l'activité économique est rigidement gouvernée par des lois naturelles qui lui sont propres et qu'en particulier il existe "une loi invariable selon laquelle la richesse de la communauté doit être dans les mains de quelques-uns". Et le juge Brown manifeste sa foi en l'Evangile de la richesse en disant que "les riches sont essentiels au bien-être même des pauvres" [25]. Dans une opinion minoritaire fameuse, Oliver Wendell Holmes a dénoncé cette collusion des grands intérêts économiques et du droit en ces termes :

"Le présent cas est résolu à partir d'une théorie économique qu'une grande partie du pays ne reconnaît plus. S'il s'agissait de savoir si j'accepte cette théorie, je désirerais l'étudier davantage avant d'en arriver à une conclusion. Mais je ne conçois pas que cela soit de mon devoir, parce que je crois fermement que mon approbation ou ma dénégation n'a rien à voir avec le droit de la majorité de traduire son opinion dans la loi".

Après avoir mentionné qu'il existe déjà plusieurs lois qui restreignent la liberté de contrat et le droit pour chacun d'agir comme il lui plaît (telles les lois du dimanche, de l'usure, de la poste, etc.), il continue :

"Le quatorzième amendement ne sanctionne pas les Social Statics de M. Herbert Spencer... Quelques-unes de ces lois manifestent des convictions ou des préjugés que certains juges sont susceptibles de partager, [tandis que] d'autres les rejettent. Mais une constitution n'a pas pour but de sanctionner une théorie économique particulière, que ce soit le paternalisme... ou le laissez-faire. Elle est faite pour un peuple chez qui prévalent des vues divergentes, et le simple fait que certaines opinions nous paraissent naturelles et familières ou au contraire nouvelles et même choquantes ne devrait pas arrêter notre jugement sur la question de savoir si les statuts qui traduisent ces opinions entrent en conflit avec la Constitution des Etats-Unis" [26].

La conviction que les juges pouvaient, à leur discrétion, par leur droit d'invalider les lois, exercer une influence prépondérante dans l'orientation de la vie économique était telle qu'il était de pratique courante pour le Sénat, avant de ratifier la nomination par le Président d'un nouveau juge, de scruter attentivement ses antécédents et ses opinions économiques. Adversaires comme partisans du libéralisme du statu quo étaient également d'avis que les opinions d'un juge devaient se conformer aux lignes politiques générales de l'administration [27]. Mais les juges survivent à l'administration qui les a nommés. De plus, surtout au début de l' "âge doré", et de nouveau à partir de 1920, des administrations conservatrices se succédèrent les unes aux autres. De sorte que, durant la plus grande partie de cette période, la majorité des juges furent des protagonistes convaincus de l'Evangile de la richesse [28].

4) Le retard du droit

Ces constatations nous conduisent à une dernière considération sur la Cour Suprême, comme gardienne du statu quo. Les sociologues, depuis Marx, reconnaissent que la superstructure, et plus particulièrement le droit, retarde toujours sur l'infrastructure sociale. L' "âge doré" nous fournit un parfait exemple de ce retard. Celui-ci se manifeste dans la tendance marquée de la majorité des juges de la Cour Suprême à apprécier les efforts législatifs pour réglementer les nouvelles conditions de vie, d'après les habitudes et les dogmes du libéralisme individualiste de l'ère pré-industrielle au cours de laquelle ils avaient reçu leur formation. L'abandon graduel du laissez-faire originel, d'abord au sein des législatures locales, puis au

Congrès fédéral lui-même sous Theodore Roosevelt, conduisit les partisans du libéralisme du statu quo à réclamer avec une insistance accrue la protection de la Cour Suprême afin d'obtenir de celle-ci qu'elle remplît sans défaillance sa fonction historique de protection des individus contre l'action jugée arbitraire des majorités [29]. W. F. Dodd a exprimé de façon excellente le retard du droit :

"Notre philosophie légale et tout notre système de garanties constitutionnelles ont été développés en fonction de conditions où la propriété constituait l'intérêt le plus général de la communauté; [alors] la philosophie hautement individualiste de notre droit n'était pas mal adaptée aux conditions de ce pays au tout début. Mais depuis une génération tout au moins, notre philosophie individualiste originelle ne correspond plus aux conditions sociales et industrielles évoluées de notre époque et l'ajustement des principes légaux et de la philosophie légale à la nouvelle situation ne s'effectue que lentement" [30].

On mesure toute la distance idéologique qui séparait la philosophie légale des attitudes et des objectifs populaires tels que manifestés dans les lois, lorsqu'on voit la Cour Suprême qualifier d' "anarchistes", de "socialistes" et de "communistes" des mesures qui tendaient à la protection de la classe ouvrière, à l'amélioration des services publics ou à la protection de la libre concurrence dans le commerce, l'industrie et la finance. En brandissant ainsi le spectre du socialisme, les juges réussissaient à discréditer en partie, auprès d'une population réfractaire à cette idéologie, les lois sociales nouvelles de même qu'à réhabiliter le libéralisme classique en dépit de ses conséquences non désirables. Holmes a écrit de façon fort pertinente à ce sujet :

"Il est malheureux de voir un juge lire, dans les lois, de façon prématurée, sa propre sympathie consciente ou inconsciente pour l'une ou l'autre des parties et oublier que les principes qui sont pour lui des premiers principes sont considérés comme des erreurs par la moitié de ses concitoyens... Lorsqu'il y a vingt ans une terreur vague recouvrait la terre et qu'on commença à prononcer le mot socialisme, je pensais et je pense encore que la peur fut traduite dans des doctrines qui n'ont pas leur place dans la Constitution ou le droit commun" [31].

Des juristes progressistes comme Holmes et Brandeis, de même que Frankfurter plus tard, prirent conscience du fait que l'évolution économique et sociale exigeait une nouvelle conception du rôle de l'Etat :

"Dans une démocratie, déclarait Brandeis, c'est faire preuve de sens politique que d'empêcher le développement d'un pouvoir qui dépasse les forces normales de l'homme. Là où un tel pouvoir existe, il doit être brisé. Les privilèges qui le créent doivent être détruits... Prendre conscience qu'il existe un nouvel ordre économique et en prendre conscience passionnément, voilà qui fait partie de l'art politique moderne" [32].

Il est donc du devoir des juges d'abandonner leurs présupposés traditionnels et de se mettre à l'étude des conceptions économiques nouvelles.

"La véritable science de la loi, a dit Holmes, ne consiste pas surtout dans une élaboration 'théologique' à partir d'un dogme ou d'un processus logique comme en mathématique ou simplement dans une étude menée de l'extérieur comme dans les documents anthropologiques; une partie encore plus importante de l'étude consiste dans l'établissement des postulats intrinsèques fondés sur des désirs sociaux mesurés adéquatement plutôt que sur la tradition". Brandeis est encore plus explicite : "Il est difficile d'échapper à la conclusion qu'un juriste qui n'a pas étudié l'économie et la sociologie est fort susceptible de devenir un ennemi public" [33].

Mais ces vues tranchaient fortement sur les attitudes légales prévalantes. Elles n'étaient que l'expression d'une minorité d'avant-garde qui ne réussirait à s'imposer qu'après 1936. Pour l'ensemble, les juristes s'appliquaient plutôt à perpétuer par le recours à des arguments empruntés à l'Evangile de la richesse le retard du droit par rapport à la structure sociale. Pendant qu'une majorité de la population commençait à se familiariser avec des notions comme "industrie contrôlée", "activité économique orientée", "planification de la production et de la distribution", la majorité des juges continuaient à être dominés intellectuellement par des notions du libéralisme classique comme celles d' "entreprise libre", "loi de la concurrence", "loi de l'offre et de la demande" et ainsi de suite. L'analyse des principaux concepts juridiques qui ont été utilisés pour la défense du libéralisme du statu quo nous en fournira la preuve.

II

JUSTIFICATION DU STATU QUO LIBERAL :

ARGUMENTS JURIDIQUES

Aux efforts réformistes des législateurs, soucieux de répondre aux désirs populaires, la Cour Suprême oppose une "jurisprudence des concepts" qui tend à maintenir le statu quo.

"Sans doute, écrivait E. S. Corwin en 1926, des considérations de politique publique... sous-tendent le droit constitutionnel américain; mais... elles s'expriment de façon inarticulée dans des notions comme 'liberté de contrat', 'indépendance judiciaire', 'liberté du commerce', 'pouvoir de police' et ainsi de suite. Malheureusement, de pareilles expressions ne sont pas seulement souvent vagues et vides, mais encore les valeurs qu'elles recouvrent sont plus ou moins contradictoires. De sorte que la question se pose de savoir si l'usage par la Cour de ces expressions ne cache pas plus qu'il ne révèle — si, en d'autres termes, elles ne peuvent pas servir, consciemment ou non, d'instruments pour convertir en langage juridique les préférences et les préjugés des juges individuels" [34].

Dans cette seconde partie, nous allons tenter de montrer qu'en effet la Cour Suprême a fait servir "la jurisprudence des concepts" à la défense du libéralisme du statu quo. Après avoir établi le caractère sacré dont la Cour revêtit la notion de propriété, nous indiquerons comment elle développa la doctrine de la liberté de contrat afin de tenir en échec les efforts des travailleurs pour mettre fin à l'exercice d'une autorité absolue de la part des employeurs; comment elle identifia les corporations à des personnes afin d'assurer une égale protection à toute espèce de propriété; comment, enfin, elle transforma la clause du due process of law en un instrument au moyen duquel il devint possible de transposer l'individualisme de l'Evangile de la richesse dans les termes d'une loi constitutionnelle antérieure et supérieure à toutes les lois statutaires.

1) Caractère sacré de la propriété

La doctrine selon laquelle un des buts premiers du gouvernement con-

siste à assurer la protection des droits acquis de la propriété privée ("vested rights of private property") a, aux Etats-Unis, une origine bien antérieure à la société industrielle moderne [35]. Beard et son école ont insisté sur le fait que le principal objectif des hommes politiques du XVIII^e siècle était la sauvegarde de la propriété. L'étude des débats sur la ratification de la Constitution fédérale de 1787 apporte une confirmation au moins partielle de ce point de vue [36]. La Cour Suprême, que Hamilton considérait devoir être le "rempart contre le populisme sous toutes ses formes", adopta aussitôt, sous Marshall, la doctrine selon laquelle la propriété est un droit individuel sacré et premier qu'aucune loi ne saurait violer sans enfreindre la Constitution des Etats-Unis. "Le droit, déclarait le juge Paterson en 1795, d'acquérir et de posséder la propriété, de même que [le droit d'exiger] la protection de celle-ci, est un des droits naturels, inhérents et inaliénables de l'homme... La préservation de la propriété, par conséquent, constitue l'objectif primordial du Contrat social" [37].

Sans doute, la Cour se reconnut-elle aussi gardienne du second grand principe de la doctrine libérale, c'est-à-dire de la liberté individuelle. Mais, durant la plus grande partie de l' "âge doré", chez la majorité des juges, on fut davantage conscient des droits de la propriété que des exigences de la liberté. Pour certains, comme Field, le problème de la liberté était en définitive lié à celui de la propriété puisque, selon eux, "la liberté et la propriété étaient une seule et même chose" [38]; pour d'autres, comme Kent, la liberté était, au contraire, indépendante de la propriété : "La liberté dépend essentiellement de la structure du gouvernement, de l'administration de la justice et de l'intelligence du peuple; elle n'est que très peu liée à l'égalité ou à la propriété" [39]. D'autres, enfin, n'hésitèrent pas à affirmer que la protection de la propriété est le premier but du gouvernement : "On doit se rappeler, déclara un juge fédéral en 1922, que des trois principes fondamentaux qui sont à la base du gouvernement, et pour lesquels le gouvernement existe, la protection de la vie, de la liberté et de la propriété, le premier de ces principes est celui qui se rapporte à la propriété" [40]. Pour l'ensemble des juges partisans du libéralisme du statu quo, la liberté devint identique à l'absence de contrainte extérieure : "La liberté, dit le juge Pekham, [consiste pour l'homme dans le droit] d'être libre de jouir de toutes ses facultés; de les employer de toutes les façons légales; de vivre et de travailler là où il le désire; de gagner sa vie dans l'occupation de son choix; de poursuivre n'importe quelle carrière ou vocation légale" [41]. Pour toute fin pratique, la liberté devint ainsi identifiée au droit illimité d'acquérir et de conserver la propriété.

La Cour Suprême, durant l' "âge doré", refusa le plus souvent de prendre conscience des modifications profondes que l'évolution industrielle faisait subir au caractère traditionnel de la propriété. Aussi revêtit-elle les

nouvelles formes de propriété du même caractère sacré qu'elle avait attribué à la forme de propriété propre à l'âge antérieur. Holmes, dans une opinion minoritaire, a bien montré ce point : "En appelant un commerce (a business) 'propriété', vous raisonnez comme s'il s'agissait de la 'terre' et vous sautez à la conclusion qu'un statut ne peut abroger substantiellement les privilèges économiques qui existaient avant la nouvelle législation" [42].

En conformité avec la doctrine de l'Evangile de la richesse dont ils étaient des tenants, la majorité des juges justifiaient au nom du progrès et de la civilisation leur opposition à toute législation sociale visant à corriger ce que la majorité des citoyens considéraient être des abus de la propriété:

"Le sens de la propriété, écrivit Kent, a été généreusement accordé à l'humanité afin de tirer les hommes de l'indolence et de les stimuler à l'action; le sens naturel et actif de la propriété imprègne les bases de tout progrès social. Il permet l'aménagement du sol, l'institution du gouvernement, l'établissement de la justice, l'acquisition des biens de confort, le développement des arts utiles, de l'esprit de commerce, des produits de bon goût, des oeuvres de charité et des manifestations de bienveillance" [43].

C'est aussi l'argument qu'invoqua avec succès Joseph A. Choate, avocat-conseil chargé de plaider l'inconstitutionnalité de l'impôt progressif sur le revenu, voté par les populistes, sous l'administration de Cleveland : "Je suis d'avis, déclara-t-il, qu'un des objectifs de tout gouvernement civilisé est la préservation de la propriété; ... que cet objectif [est] la clé de voûte... de l'arche sur laquelle repose tout gouvernement civilisé, et qu'une fois cet objectif abandonné, tout est en jeu et en danger" [44].

On peut dès lors comprendre l'indignation des juges devant les atteintes des législatures "socialistes" à la liberté économique :

"Dans le passé, s'écriait le juge Entherland, c'était la liberté de la personne, la liberté de parole, la liberté du culte qui étaient surtout menacées. Aujourd'hui, ce qui est en danger, c'est la liberté d'ordonner les détails de sa vie comme on l'entend — la liberté de s'adonner à un commerce honnête et profitable — la liberté de faire des investissements honnêtes et rémunérateurs. En mon for intérieur, je suis convaincu qu'à aucune époque les affaires du pays n'ont été conduites sur un plan moral aussi élevé; qu'il n'y eut jamais d'époque où le code volontaire qui gouverne la conduite du banquier, du manufacturier, des marchands, du gérant de chemins de fer, n'a été aussi excellent dans sa tonalité ou observé avec autant de fidélité; et pourtant, jamais auparavant, les activités économiques des gens n'ont été aussi troublées par des statuts vexatoires, des commissions inquisitoriales et par des ingérences gouvernementales de toutes sortes" [45].

2) Doctrine de la liberté de contrat

Le désir de protéger la propriété se manifesta de façon particulière dans la doctrine de la liberté de contrat que la Cour Suprême développa dès les premières années de sa création, sous John Marshall. Celui-ci, homme d'affaires autant que juge, fusionnant la philosophie de Locke et la doctrine économique de Smith, posa les fondements de l'individualisme légaliste qui devait par la suite procurer un appui de si grand poids à l'Évangile de la richesse. D'un côté, en effet, conformément à Locke, Marshall déclare que "les individus ne reçoivent pas du gouvernement le droit de contracter mais ils apportent avec eux ce droit dans la vie sociale... [Par conséquent] chaque homme conserve [le droit] d'acquérir la propriété, d'en disposer selon son jugement, et de s'engager lui-même vis-à-vis des actes à venir" [46]. Mais, d'un autre côté, dans le langage de Smith, il écrit : "Achetons aussi bas et vendons aussi cher que possible. Laissons le commerce aller partout où l'intérêt individuel, et partant l'intérêt national, le conduira" [47]. Dans une décision fameuse qui devait fournir un argument légal puissant aux générations postérieures de spéculateurs de toute espèce, notamment dans le domaine des terres publiques, il refusa de reconnaître le droit des législatures de répudier les termes de contrats engageant une législature antérieure et des compagnies privées, quelles qu'eussent été, par ailleurs, les conditions et les modalités de ces accords et l'évolution des conditions sociales par la suite. Selon Marshall, une telle législature se trouverait placée dans la position d'un individu répudiant ses obligations contractuelles de sa propre initiative et sans le consentement de l'autre partie [48].

La doctrine de la liberté de contrat fut appliquée par la Cour aux rapports économiques les plus divers, notamment à la protection des monopoles dans le domaine des services publics, monopoles concédés par les États à des compagnies privées, souvent trente ou même cinquante ans auparavant [49]. Mais c'est certainement dans les relations industrielles qu'elle fut utilisée avec le plus de rigueur. Au cours des poursuites judiciaires qui suivirent la vague générale des grèves et des troubles ouvriers durant l'été de 1877, les juges Gresham et Drummond reconnurent la culpabilité des grévistes en se basant sur le fait que ceux-ci avaient violé les droits contractuels inaliénables des individus. Personne, selon eux, ne pouvait revendiquer un droit à un taux déterminé de salaires puisque ceux-ci dépendaient de la loi de l'offre et de la demande. Une grève ne peut légalement empêcher un individu de travailler pour la rémunération qu'il est disposé à accepter. Puisque le bien-être de la société dépend de la libre concurrence entre individus, il s'ensuit que si les Unions ouvrières tentent d'empêcher un individu de signer un contrat de travail avec un employeur, elles le dépouillent d'un de ses droits naturels et inaliénables fondamentaux [50].

En outre, il va de soi que la Cour, surtout à partir de 1890, refusa le droit aux législatures de restreindre, par des mesures politiques, le droit des employeurs d'imposer à leurs employés des contrats qui étaient avantageux aux premiers.

"Il n'existe, déclara le juge Peckham, parlant au nom de la Cour dans un cas célèbre, aucun motif raisonnable pour restreindre la liberté de la personne ou le droit de libre contrat dans la détermination des heures de travail dans les boulangeries". Dans un autre jugement, le juge Mahlon Pitney émit le même point de vue : "Le droit de prendre des engagements par contrat en vue de l'acquisition de la propriété fait partie intégrante du droit de liberté personnelle et du droit de propriété privée. L'un des principaux parmi ces contrats est celui de l'emploi personnel, par lequel le travail et d'autres services sont échangés pour de l'argent ou d'autres formes de propriété... Le droit est aussi essentiel au travail qu'au capital, au pauvre qu'au riche; puisque justement la vaste majorité des individus n'ont aucun autre moyen honnête de commencer à acquérir la propriété, si ce n'est en travaillant pour de l'argent" [51].

Dans de nombreuses opinions minoritaires, Holmes s'est efforcé, au cours de la même période, de montrer l'injustice qu'il y avait à transposer les normes individualistes traditionnelles dans les relations industrielles modernes.

"Un des éternels conflits dont l'existence est remplie, déclara-t-il en 1896, est celui qui existe entre l'effort de chacun pour obtenir le plus possible de ses services et l'effort de la société déguisée sous le nom de capital pour obtenir ces services à meilleur compte possible. La coalition, d'une part, est évidente et puissante. La coalition, d'autre part, est la contre-partie nécessaire et désirable, si la bataille doit s'engager d'une manière juste et égale". Et ailleurs : "Dans les conditions présentes, il n'est pas contre nature pour un travailleur de croire que seule son appartenance à une Union peut lui assurer un contrat équitable... Si un homme raisonnable peut entretenir une telle conviction, qu'elle soit par ailleurs fondée ou non, il me semble que la loi peut lui donner force afin que soit établie l'égalité de position entre les parties, condition première de la liberté de contrat. Il n'est pas de mon ressort d'établir si en longue période il est sage pour les travailleurs d'adopter de tels règlements, mais je suis fortement d'avis qu'il n'y a rien dans la Constitution des Etats-Unis qui les en empêche" [52].

Brandeis a exposé le même point de vue avec plus de force encore :

"... La question ici n'est pas tant de savoir si le nombre de cents par heure que cette misérable créature [l'ouvrier] reçoit est un peu plus ou un peu moins

élevé. Que ce soit suffisant ou non, personne d'entre nous n'a la compétence pour le déterminer. Ce que nous pouvons, par contre, déterminer, siégeant ici en tant que citoyens américains, c'est la question de savoir si des hommes quelconques aux Etats-Unis, qu'ils soient directeurs de la Steel Corporation ou qui que ce soit, se trouvent qualifiés pour déterminer avec exactitude les conditions selon lesquelles une large portion des [travailleurs] américains devront vivre; de savoir s'il n'est pas absolument essentiel à l'honnêteté de dire que la grande masse des travailleurs devaient avoir la possibilité de s'unir, et de s'assurer, grâce à un contrat collectif, une rémunération équitable pour leur travail. Le refus du droit de contrat collectif explique la condition misérable des travailleurs dans l'industrie de l'acier" [53].

La doctrine de la liberté de contrat, appliquée aux relations industrielles, reçut, dans les cas d'urgence particulière comme durant les vagues de grève générale, un ferme appui par la formulation de la doctrine du pouvoir de la nation au nom de laquelle on justifiait, pour mettre en force la déclaration d'injonction, le recours à la police ou même à l'armée, en faveur des employeurs [54]. En rendant jugement dans le cas de la grève des employés de la Compagnie Pullman, à Chicago, en 1894, le juge David J. Brewer a formulé la doctrine en ces termes :

"La force entière de la nation peut être utilisée pour assurer dans toute partie du territoire l'exercice plein et libre de tous les pouvoirs de la nation et la sécurité de tous les droits garantis par la Constitution. Le bras puissant du gouvernement national peut se lever afin d'écarter tous les obstacles à la liberté du commerce entre les Etats ou au transport du courrier. En cas d'urgence, l'armée nationale, et toute la milice, sont au service de la nation pour obliger à l'obéissance aux lois..." [55].

Sans doute, il peut survenir des cas où l'application de l'injonction et l'intervention de la force policière dans les conflits industriels se justifient au nom du bien public; mais, pour sa part, Brandeis était d'avis que le recours à la doctrine du pouvoir de la nation masquait d'autres motifs; en particulier, selon lui, l'injonction n'avait pas ordinairement pour but d'empêcher la destruction de la propriété mais plutôt d'assurer à l'employeur sa domination sur les ouvriers en lui accordant un appui militaire actif. Sous prétexte de protéger son droit de propriété, l'employeur cherche à s'attribuer un pouvoir souverain. Mais, toujours selon Brandeis, plusieurs hommes désintéressés, n'ayant en vue que le bien public, croient que les lois actuelles concernant la propriété ne sont pas propres à rendre compte des forces qui sont au centre du conflit social; que, dans ces conditions, il est imprudent de faire servir le pouvoir de l'Etat au bénéfice

exclusif d'une partie en se basant sur des principes dérivés de ces lois; enfin, qu'en attendant la formulation de nouveaux principes directeurs dans les relations industrielles, l'Etat montrerait plus de sagesse s'il n'intervenait pas dans les luttes industrielles par l'injonction [56].

3) Les corporations considérées comme des personnes

Non seulement la Cour Suprême s'érigea-t-elle en institution protectrice de la liberté de contrat, doctrine qui sanctionnait la perpétuation de l'idéologie libérale individualiste au sein d'une société désireuse de tenter de nouvelles expériences pour effectuer un rajustement social; mais encore elle rendit possible le contrôle économique des grandes corporations en étendant à celles-ci les prérogatives que le droit accordait aux personnes [57].

La théorie qui s'imposa sous Marshall identifiait en effet à des contrats privés les concessions de privilèges et de propriété dans les chartes étatiques créant les corporations; il découlait de cette théorie que la Constitution, notamment en vertu de la clause contractuelle, prohibait l'altération et surtout l'abrogation des stipulations des chartes par les législatures subséquentes. Selon cette théorie, seule la sécurité dans la possession et la jouissance des biens pouvait permettre le progrès économique et social; or, c'était la garantie de permanence des titres qui assurait la sécurité. La fonction de la Cour Suprême consistait donc à empêcher les "passions du moment" — telles qu'elles étaient susceptibles de se manifester dans les législatures — de mettre en péril la sécurité des agents économiques [58]. Sous Taney, qui pourtant n'était pas sympathique aux corporations, la Cour Suprême concéda le droit légal des corporations d'un Etat d'étendre, en dépit de la "clause de commerce" inter-étatique, ses opérations dans un ou plusieurs Etats, avec le consentement de ceux-ci et, sous certaines conditions, sans leur consentement. Peu à peu, cette décision fut interprétée comme accordant aux corporations créées dans un Etat les droits que la Constitution garantit, sur tout le territoire, à tous les citoyens des Etats-Unis [59]. Field, qui était soucieux de faire bénéficier les corporations de la liberté la plus absolue parce qu'il voyait en elles le grand moteur du progrès de la civilisation, stipula que les corporations devaient être considérées comme des personnes et, à ce titre, revêtues de tous les droits personnels, et notamment de ceux que conférait le 14^e amendement [60]. Ainsi donc, même à la suite du développement des sociétés anonymes dans le dernier quart du 19^e siècle, la Cour Suprême continua à conférer aux corporations les droits reconnus à la propriété privée, sanctionnant ainsi le contrôle par quelques hommes des secteurs dominants de la vie économique et sociale.

La majorité des juges suivirent la voie tracée par Marshall, Taney, Kent et Field. Dans plusieurs de ses décisions, surtout à partir de 1890, la Cour Suprême refusa de se rendre aux arguments de ceux qui prétendaient qu'il était inadmissible de concéder aux grandes corporations modernes le même statut légal que celui qu'on avait accordé aux modestes entreprises privées ou familiales du XVIIIe et du début du XIXe siècle.

Cependant, certains juges prirent conscience du fait que l'évolution économique avait radicalement modifié la structure des corporations. Reprenant pour son propre compte les arguments de Berle et Means, à l'occasion d'une cause qui fut jugée d'après la doctrine de l'Evangile de la richesse alors que le pays se trouvait dans le creux de la dépression économique, Brandeis s'exprima dans les termes suivants :

"Des hommes de science compétents et clairvoyants nous ont montré les conséquences économiques et sociales qui résultent d'une telle absence de restrictions quant à la dimension et aux activités des corporations et d'une telle concession aux gérants des vastes pouvoirs autrefois exercés par les actionnaires — conséquences que les législatures n'ont pas désirées et qui sont restées longtemps insoupçonnées. Ces conséquences révèlent que, par leur seule dimension, les corporations géantes acquièrent une importance sociale que ne possédaient ordinairement pas les unités plus restreintes d'entreprise privée. Etant donnée leur envergure même, les corporations... deviennent parfois en mesure de dominer l'Etat. La corporation typique du siècle dernier, possédée par un petit groupe d'individus, dirigée par les propriétaires et limitée en étendue par leur richesse personnelle, s'est trouvée supplantée par de vastes entreprises au sein desquelles la vie de dizaines et de centaines de milliers d'employés et la propriété de dizaines et de centaines de milliers d'investisseurs se trouvent soumises... au contrôle de quelques hommes. La propriété s'est trouvée séparée du contrôle; et cette séparation a supprimé plusieurs des contrepoids qui auparavant tendaient à restreindre le mauvais usage de la richesse et du pouvoir... Les changements ainsi apportés dans la vie des employés, des propriétaires et du public en général, sont si fondamentaux et de si grande portée... que des hommes clairvoyants et d'expérience ont pu affirmer que cette 'institution maîtresse de la civilisation' soumet le système économique à la règle d'une ploutocratie" [61].

4) "Due Process of Law"

Cependant, jusqu'en 1937, la Cour Suprême, dans la majorité de ses décisions, demeura obstinément attachée aux fictions juridiques individualistes d'un âge révolu. Bien plus, dès 1873, elle développa une nouvelle "jurisprudence des concepts" afin de faire bénéficier les corporations de la protection du 14e amendement et, plus particulièrement, de la clause du

due process of Law [62]. Le 14e amendement devint, dans les années qui suivirent, l'objet d'une acerbe controverse entre les juristes qui s'étaient faits les champions de la "liberté" de l'industrie, de la finance et du commerce et ceux qui favorisaient la mise en application de lois et de contrôles sociaux par les législatures. A partir de 1885, cet amendement devint le principal instrument employé par les Cours dans leur effort pour restreindre l'interventionnisme législatif [63]. Gardienne du libéralisme du statu quo, la Cour Suprême s'était donné un argument de plus pour assurer la protection de la "liberté de contrat". C'est en se fondant sur l'utilisation qu'elle fit du 14e amendement que le sénateur Borah a pu conclure que la Cour Suprême était devenue le dictateur de la nation [64].

Tout comme la majorité des concepts qu'elle employa, la Cour ne définit jamais ce qu'il fallait entendre exactement par due process. La formule utilisée était généralement la suivante : telle ou telle loi sociale abroge les droits de l'homme tels que conçus dans la philosophie américaine traditionnelle de l'individualisme; elle est donc inconstitutionnelle parce qu'elle limite le droit de propriété de l'individu sans respecter la clause du due process of Law. Mais selon le juge Hough, la formule remplissait une fonction d'autant plus précise et définie que son expression demeurerait vague et abstraite. Parlant de la prolifération, au cours des deux générations précédentes, des litiges où l'on invoquait la clause du due process, il écrit: "Pour moi, les raisons ne me semblent pas liées étroitement à la nature du droit ni aux [attitudes des] professeurs [de droit]; elles me paraissent plutôt tenir aux changements sociaux et matériels qui ont, dans l'intervalle indiqué, transformé ce pays de communauté agraire en communauté industrielle et modifié de façon si marquée la répartition urbaine et rurale de la population" [65]. Ou plus précisément, la prolifération des litiges était due au retard doctrinal et idéologique du droit par rapport à l'évolution sociale et, en définitive, au fait que le droit s'obstinait à sanctionner une idéologie qui était contraire aux intérêts du grand nombre tels qu'ils se manifestaient à travers les efforts de législation sociale.

Holmes, à plusieurs reprises, s'est élevé avec force contre cette utilisation du 14e amendement au bénéfice du libéralisme du statu quo :

"Il n'y a rien que je désapprouve davantage que l'usage du 14e amendement, au-delà du sens restreint de ses termes, pour empêcher la mise en application d'initiatives sociales qu'une partie importante de la communauté désire, dans les chambres isolées des divers Etats, quelque futiles et même nuisibles que de telles initiatives puissent me paraître à moi comme à ceux dont je respecte le plus le jugement" [66]. Et encore : "Je ne peux croire que l'intention du 14e amendement était de nous donner carte blanche pour incorporer nos convictions économiques ou morales dans ses prohibitions" [67].

Mais ce n'est qu'avec Black, le premier juge de l'ère de Roosevelt, que la Cour Suprême, tournant le dos à une longue tradition jurisprudentielle, admit que "... ni l'histoire ni la terminologie du 14^e amendement ne justifient l'opinion que les corporations sont incluses sous sa protection" [68].

Tel fut l'imposant arsenal d'arguments que la Cour Suprême édifia, dans la période où elle s'était érigée gardienne du libéralisme du statu quo, afin de mettre en échec les efforts législatifs visant à corriger, par des mesures politiques, les conséquences, désastreuses pour le grand nombre, de l'industrialisation et de l'urbanisation. Nous sommes conscient d'avoir laissé dans l'ombre certains aspects de ces arguments. C'est ainsi que, dans cette seconde partie, nous n'avons pas tenu compte du grand motif négatif qui accompagnait généralement le recours aux arguments positifs, c'est-à-dire, de la peur du socialisme, ni de l'effet paralysant de ce motif même chez les plus radicaux des réformateurs sociaux, par suite du fait que l'opinion publique demeura durant toute cette période réfractaire au socialisme. L'analyse de cet important phénomène ne pouvait être sérieusement menée dans le cadre du présent exposé; une telle analyse pourrait faire l'objet d'une étude particulière. En outre, il ne faudrait pas croire que la jurisprudence, au cours de l' "âge doré", était entièrement constituée d'arguments favorables au libéralisme du statu quo. Une minorité imposante, et même durant certains intervalles une majorité de juges, élabora de puissants contre-arguments dans un effort pour obtenir la ratification des nouvelles législations sociales. Les principaux de ces arguments furent la doctrine du bien-être public, le pouvoir de police des Etats et l' "auto-contrôle" (self-restraint) des juges. Dans nos analyses, nous avons accordé une large place aux opinions minoritaires. Nous n'avons pas examiné ces contre-arguments simplement parce que notre intention était de reconstituer les réactions des juges progressistes vis-à-vis des doctrines de leurs collègues et non pas de reproduire la jurisprudence qu'ils cherchaient à faire prévaloir.

CONCLUSION

Dans les pages précédentes, on a pu mesurer toute la distance qui sépare le libéral du statu quo de son prototype. Le changement qui s'est opéré n'en est pas un de fond mais de forme. La bourgeoisie triomphante a perpétué la doctrine au nom de laquelle elle avait assumé le pouvoir. Mais elle ne s'en sert plus pour justifier le dynamisme social comme au XVIII^e siècle, mais, au contraire, pour protéger les intérêts liés à une situation

établie. Elle avait vu dans l'absolutisme politique de l'Ancien Régime un frein au développement social et économique; aussi s'était-elle ralliée avec enthousiasme à une philosophie politique qui proclamait la subordination de l'Etat à l'égard de la société, et notamment à l'égard de l'économie. Mais, en pratique, pour maintenir cette subordination, on la voit recourir à des procédés autoritaires, sinon, comme en France, à une dictature franchement reconnue et acceptée. On la voit impitoyablement occupée à fausser les mécanismes de la démocratie, qui pourtant s'inspire de l'idéologie libérale. On la voit, enfin, réussir à imposer son idéologie et ses intérêts de classe à la masse du peuple qui, pourtant, aurait pu, dans des conditions normales, faire porter contre elle ses voix majoritaires.

Jean Lhomme a admirablement montré dans un récent ouvrage [69] comment la grande bourgeoisie française a établi son hégémonie sur trois pouvoirs : social, économique et politique. La démocratisation qui s'est amorcée en 1848 risque de lui faire perdre son pouvoir politique et, partant, devient une menace à ses autres pouvoirs. Aussi recherche-t-elle l' "effet compensateur" qui lui permettra de conserver ce pouvoir en dépit de sa situation minoritaire. Cet "effet compensateur" elle le trouve dans la clientèle et chez les alliés que ses deux premiers pouvoirs lui assurent. Mais la garantie de l' "effet compensateur" lui paraît par trop aléatoire. Aussi favorise-t-elle l'avènement de Louis-Napoléon qui, derrière la façade démocratique, élaborera un régime dictatorial au bénéfice surtout des intérêts de la grande bourgeoisie.

La ploutocratie américaine et ses alliés ont cherché et trouvé l'effet compensateur dans la Cour Suprême. Ils sont sans doute intervenus activement par l'achat des votes, la corruption politique et la violence, de façon à assurer des assemblées populaires favorables à leurs intérêts. Mais leur pouvoir politique ne se confinant pas au plan parlementaire, ils ont toléré, au sein des assemblées, des majorités qui leur étaient hostiles. Ils ne sentirent pas le besoin, pour brimer les revendications populaires, de recourir, comme en Europe, au suffrage restreint ou à la dictature ouverte. Ils avaient l'assurance que l'intervention de la Cour Suprême en leur faveur suffisait. Nous avons montré jusqu'à quel point cette assurance était fondée. La Cour Suprême édifia un système de jurisprudence qui, à toutes fins pratiques, était identique à l'Evangile de la richesse. Il n'était pas dangereux de tolérer une démocratie qui était sans cesse prise en flagrant délit d'inconstitutionnalité.

En Grande-Bretagne et en France, l'hégémonie politique de la grande bourgeoisie prit fin dès le dernier quart du XIXe siècle et le premier quart du XXe siècle. La formation de nouveaux partis politiques, appuyés par les

classes moyennes ou par la classe ouvrière, fait apparaître de nouvelles majorités parlementaires, indifférentes sinon hostiles aux intérêts du grand capitalisme. Par contre, aux Etats-Unis, les capitalistes ne voient le pouvoir leur échapper qu'avec l'élection de F. D. Roosevelt en 1932 et ils ne capitulent effectivement qu'en 1937 avec l'arrivée de nouveaux juges à la Cour Suprême. Ce décalage historique entre l'Europe et les Etats-Unis s'explique sans doute par plusieurs facteurs, dont la puissance supérieure du capitalisme américain, le rayonnement plus étendu de l'idéologie libérale en ce pays et l'incapacité politique des autres groupes sociaux. Mais, parmi tous les facteurs du décalage historique, la fonction protectrice exercée par la Cour Suprême des Etats-Unis doit sans aucun doute être placée aux tout premiers rangs. On peut affirmer que sans le contrôle incessant et très efficace des Cours sur les législatures, la doctrine de l'Evangile de la richesse n'aurait pas réussi, aux Etats-Unis, à se perpétuer si longtemps au sein de l'ère démocratique et industrielle.

Ce décalage historique a contribué à rendre le paradoxe inhérent à l'Etat libéral plus évident encore aux Etats-Unis qu'en Europe. Arthur M. Schlesinger Jr. [70] a admirablement montré que c'est au creux de la grande dépression économique de 1929-1939 que l'Evangile de la richesse a le plus imprégné l'administration fédérale et la Cour Suprême. Durant quatre ans, celles-ci n'ont cessé de faire échec aux tentatives d'action politique de la classe ouvrière et d'une large fraction des classes moyennes. Et il ne faut pas oublier que c'est exclusivement au nom des maximes libérales traditionnelles que le groupe dominant justifiait son emprise politique — emprise effectivement rendue possible par l'application de procédés qui, malgré les apparences démocratiques, rendaient manifeste l'existence de la "dictature des ploutocrates".

Cette dictature, si contraire à l'intention libérale originelle qui prévoyait plutôt la disparition de l'Etat, ne pouvait être brisée aux Etats-Unis sans qu'intervînt une véritable révolution au niveau du droit. Dès 1905, Brandeis avait proclamé qu'il surviendrait "une révolte du peuple contre les capitalistes, à moins que les aspirations populaires ne reçoivent une expression légale; et à cette fin la coopération des avocats les plus compétents est essentielle" [71]. Plus encore que l'efficacité étonnante de l'"effet compensateur" qu'utilisa la ploutocratie américaine pour perpétuer au sein de l'ère démocratique et industrielle une idéologie élaborée dans les conditions du XVIII^e siècle, la longue patience du peuple américain nous frappe. La révolution constitutionnelle qui détruira l'effet compensateur viendra d'en haut et non du peuple. Et ce n'est qu'après quatre ans de pouvoir que Roosevelt se résoudra à l'accomplir. Et telle était la puissance des symboles que les partisans du libéralisme du statu quo avaient manipulés depuis soixante ans qu'une opinion publique prise de panique obligea le

Président, pourtant élu pour un second terme par une très forte majorité, à une retraite stratégique dont il sortit quand même victorieux. Ainsi donc, en ce qui concerne l'exemple américain tout au moins, le passage de l'Etat libéral au Welfare State ne s'est pas accompli, comme la plupart des auteurs l'imaginent, sous la forme d'un développement graduel à partir de l'Etat libéral. Au contraire, seul l'éclatement du paradoxe inhérent à l'Etat libéral a pu rendre possible l'avènement du Welfare State.

Léon DION

Département de Science politique,
Université Laval.

REFERENCES ET NOTES EXPLICATIVES

- [1] Sur le marché comme "modèle" social, voir : Karl POLANYI, The Great Transformation : the Political and Economic Origins of Our Time, Boston, Beacon Press, 1957.
- [2] Voir : Léon DION, "Le libéralisme du statu quo : l'idéologie protectrice", Recherches sociographiques, I, 4, octobre-décembre 1960, 435-465. Dans l'introduction et la conclusion de cet article, on pourra voir comment se présente, selon nous, le paradoxe de l'Etat libéral.
- [3] Dans son Histoire parlementaire de France (Paris, Michel Lévy, 1863-64, 5 vols, notamment III, 104-105), François GUIZOT s'est expliqué longuement sur les raisons de la restriction du suffrage. A moins de vouloir expressément le bouleversement du régime social, l'extension du suffrage ne peut qu'être proportionnelle à l'accroissement de la richesse parmi les diverses classes sociales. Sur l'ensemble du sujet, voir : Jean LHOMME, La grande bourgeoisie au pouvoir, 1830-1880, Paris, Presses Universitaires de France, 1960.
- [4] Il ne faudrait cependant pas exagérer l'ampleur de la menace réformiste au sein des Chambres des Représentants et encore moins des Sénats. Le libéralisme du statu quo, par l'étendue même de son influence, laissait peu de place à des philosophies sociales et politiques opposées. Démocrates comme Républicains étaient pour la plupart d'ardents fidèles de cette idéologie. Elihu Root, William Howard Taft, Herbert Hoover et plusieurs autres hommes politiques éminents comptaient parmi les principaux protagonistes de l'Evangile de la richesse. Par contre, si l'importance des mouvements populiste et progressiste fut à certains moments considérable au niveau régional, leur signification globale demeura relativement minime. Jamais, durant l'"âge doré", ils ne furent une menace sérieuse à la suprématie de l'idéologie dominante. Le "Square Deal" du premier Roosevelt et la "New Freedom" de Wilson, eux-mêmes, ne réussirent pas à abolir les contrôles exercés au nom de la ploutocratie par les cliques partisans dominantes.
- [5] A. V. DICEY, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London and New York, Macmillan, 170.

- [6] Ce n'est que sous Theodore Roosevelt que l'administration fédérale s'engagea résolument dans le champ de la législation sociale.
- [7] Sur cette question capitale pour toute étude de l'américanisme, voir : Louis HARTZ, The Liberal Tradition in America, New York, Harcourt, Brace and Co., 1955, Part V, ch. VIII.
- [8] John Forest DILLON, The Laws and Jurisprudence of England and America, Boston, Little, Brown and Co., 1895, 204-205.
- [9] David J. BREWER, "The Movement of Coercition", reprinted from the proceedings of the sixteenth Annual Meeting of the New York State Bar Association, Report, vol. 16, 1893, 41.
- [10] Nicholas Murray BUTLER, cité par Clinton ROSSITER, Conservation in America, New York, Alfred A. Knopf, 1956, 148-149.
- [11] Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co., 157 U.S., 607 (1894). Mentionnons une fois pour toutes que les jugements de la Cour Suprême, loin de rallier l'unanimité des juges, étaient souvent pris à la majorité d'un seul. La division des juges reflétait la division au sein de la société. Ce qui est important pour nous, c'est que ces jugements aient été passés par la Cour. Nous nous inspirerons d'ailleurs abondamment des opinions minoritaires dans la mesure où celles-ci nous permettront de reconstituer les mobiles de la majorité.
- [12] Loan Association v. Topeka, 20 Wall, 655, 663 (1875).
- [13] A. J. BEVERIDGE, The Life of John Marshall, Boston and New York, Houghton Mifflin Co., 1916-1919, 4 vols., III, 109.
- [14] Sur le sujet, voir : Charles Grove HAINES, The American Doctrine of Judicial Supremacy, New York, The Macmillan Co., 1914; aussi, Bernard SCHWARTZ, The Supreme Court, Constitutional Revolution in Retrospect, New York, The Ronald Press Co., 1957. Sur Beard, voir : Eric F. GOLDMAN, "The Origins of Beard's Economic Interpretation of the Constitution", Journal of the History of Ideas, XIII, April, 1952, 234-249; et Richard HOFSTADTER, "Beard and the Constitution : The History of an Idea", American Quarterly, II, Fall, 1950, 195-213. Nous n'avons pas ici à nous prononcer sur la validité de l'interprétation beardienne; notre objectif consiste simplement à montrer que les libéraux du statu quo ont eu recours à la Cour Suprême pour la protection d'intérêts la plupart du temps d'ordre économique.
- [15] Oliver Wendell HOLMES, Collected Legal Papers, New York, Harcourt, Brace and Hower, 1920, 184.
- [16] Voir : 72 Cong. Rec., 3460-3620. Dans son ouvrage : The Supreme Court : Vehicle of Revealed Truth or Power Group (Boston, Boston University Press, 1953), Alpheus Thomas MASON a esquissé une étude semblable pour la période 1930-1937.
- [17] Raoul E. DESVERNINE, Democratic Despotism, New York, Dodd, Mead and Co., 1936, 182; Herbert HOOVER, Crisis of Free Men; American Ideals versus the New Deal, New York, Scribner, 1936, 3; Charles Evans HUGHES, cité par A. T. MASON, op. cit., 17. Pour d'autres opinions similaires et pour un exposé magistral des opinions hostiles à la Cour Suprême, voir : Arthur M. SCHLESINGER, Jr., The Age of Roosevelt, vol. II, The Coming of the New Deal, Boston, Houghton Mifflin Co., 1959.

- [18] Dès 1824, John Marshall émit cette théorie : "Le pouvoir judiciaire, par contraste avec le pouvoir législatif, n'a pas d'existence propre. Ses cours ne sont que l'instrument des lois, et ne peuvent rien vouloir par elles-mêmes" (Osborn *United States Bank*, 6 Wheaton 738, 6 L. Ed. 204, 1824). Le juge Owen J. Roberts présenta la même fiction lorsqu'il déclara que la Cour n'a pas "le pouvoir de rejeter ou de contrôler l'action des représentants du peuple" mais n'a "qu'un seul devoir : placer l'article de la Constitution invoqué à côté du statut qui se trouve mis en cause et décider si ce dernier se conforme au premier" (*United States Butler*, 297 U.S. 1, 1936). Beard a montré d'excellente façon qu'une pareille position implique la conception d'une autonomie absolue du droit par rapport à la justice sociale. Voir : "Historiography and the Constitution", reproduit dans Conyers READ, ed., *The Constitution Reconsidered*, New York, Columbia University Press, 1938.
- [19] Les libéraux progressistes, pour leur part, protestaient que, par cette théorie, les Cours se transformaient en chambres quasi-législatives se prononçant sur les questions économiques du jour. Voir : Sénateur Tom Connally, 72 Cong. Rec. (1930), 3514-3515; Sénateur Norris, *ibid.*, 3567; Sénateur Wheeler, *ibid.*, 3516. Aussi, Oliver Wendell HOLMES, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1889. Contre cette théorie, Holmes proclame la doctrine de la modération (*self-restraint*) des juges. Ceux-ci plutôt que de s'exposer à lire la Constitution d'après leurs conceptions et préjugés personnels devraient faire confiance, dans des limites très larges, à la sagesse des législateurs et reconnaître leur droit à l'expérimentation sociale. Voir les opinions minoritaires de Holmes dans : *Otis v. Parker*, 187 U.S., 606, 608-609; et le cas *Lockner v. New York*, 198 U.S., 45, 75, 76 (1905). Dans les litiges de caractère économique tout au moins, les Cours devraient se guider sur le critère de la constitutionnalité présumée des lois des législatures et non pas sur le critère inverse. C'est Louis D. Brandeis qui développa la meilleure critique du conservatisme des Cours et, en général, de l'idéologie économique de son temps. Dans ses nombreux écrits, il démontra qu'une démocratie qui, dans les conditions de la société moderne, se règle d'après les valeurs individualistes d'une autre époque, doit nécessairement aboutir au "despotisme industriel". La seule façon de parvenir à la "démocratie industrielle" consistait, selon lui, à permettre aux législatures de briser le pouvoir de l'oligarchie financière et industrielle. Voir, par exemple, son *Statement before the Commission on Industrial Relations*, 64th Cong. 1st session; *Sen. Doc.*, vol. XXVI, 1915, 7659-7660; aussi, *ibid.*, vol. XIX, 1914, 1005.
- [20] Charles Evans HUGHES, Conférence devant la Chambre de Commerce d'Elmira, 3 mai 1907, dans : *Addresses and Papers*, New York and London, G. P. Putnam's Sons, 1908, 139. Sur le rôle des juristes aux Etats-Unis, voir notamment : W. O. DOUGLAS, *We the Judges*, Garden City, N. Y., Doubleday, 1956; Edward S. ROBINSON, *Law and the Lawyers*, New York, Macmillan Co., 1935; B. R. TWISS, *Lawyers and the Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 1942.
- [21] Louis D. BRANDEIS, conférence prononcée le 4 mai 1905, devant la *Harvard Ethical Society*, reproduite dans : *Business - A Profession*, Boston, Small, Maynard and Co., 1914, 321.
- [22] Voir le fameux éditorial de E. L. GOLKIN dans *Nation*, May 15, 1873, reproduit dans : Carl Brent SWISHER, *Stephen J. Field, Craftsman of the Law*, Washington, The Brookings Institution, 1930, 368 et suiv.
- [23] E. L. GOLKIN, dans *Nation*, May 22, 1873, reproduit dans : SWISHER, *op. cit.*, 365.
- [24] Cité par SWISHER, *op. cit.*, 366.

- [25] David J. BREWER, "The Movement of Coercition", op. cit., 37-47; Henry Billings BROWN, "The Distribution of Property", reprinted from the proceedings of the sixteenth Annual Meeting of the New York Bar Association, Report, vol. 16, 1893, 225.
- [26] Oliver Wendell HOLMES, Lockner v. New York, 198 U. S., 45, 75, 76 (1905). Voir pour le même point de vue les opinions de Holmes dans : Truax v. Corrigan 257, U.S., 312.
- [27] Voir notamment Theodore ROOSEVELT, Selections from the Correspondence of Theodore Roosevelt and Henry Cabot Lodge, New York, C. Scribner's Sons, 1925, 2 vols., I, 517-519. L'opinion de F. D. Roosevelt sur la question est bien connue. Les exclamations tapageuses des libéraux du statu quo lors de la nomination de Brandeis par le Président Wilson, le 28 janvier 1916, offrent une excellente indication de la conscience qu'on avait de l'influence politique et économique des juges. Pour les débats qui eurent lieu à cette occasion, voir : Hearings before the Sub-Committee of the Senate Committee on the Judiciary, on the nomination of Louis D. Brandeis to be an Associate Justice of the Supreme Court of the U.S., 64th Cong., 1st session, Sen. Doc. no. 409, vol. II, 1916. La question se complique du fait que les juges survivent généralement à l'administration qui les a nommés. D'où les tensions fréquentes entre l'exécutif et le judiciaire aux Etats-Unis. D'où aussi la réputation de conservatisme que s'est acquise la Cour Suprême. Plusieurs ont suggéré, comme réforme, le remplacement périodique des juges (qui pourrait être assuré, par exemple, par la mise à la retraite à 70 ans). Les plus grands juges, tels Brandeis, Holmes, Frankfurter ont cru que le problème disparaîtrait si les juges au lieu de faire parler leurs préjugés se soumettaient davantage à l'opinion publique prépondérante telle que manifestée dans les législations des divers Etats (self-restraint).
- [28] Pour une étude des fluctuations dans la philosophie sociale des juges entre 1890 et 1936, voir, notamment, Edward S. CORWIN, The Constitution and What It Means To-Day, Princeton, Princeton University Press, 10th ed., 1948, 192 et suiv.; et Thurman W. ARNOLD, The Symbols of Government, New Haven, Yale University Press, 1935.
- [29] C'est en effet l'argument invoqué dans des décisions de grande importance comme celle qui déclarait inconstitutionnelle la loi établissant un impôt sur le revenu : Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co., 157. U. S., 429 (1895); et 158 U.S., 601 (1895); de même que les dispositions du Sherman Anti-Trust Act, dans U.S. v. E. C. Knight, 156 U.S., 1 (1895).
- [30] W. F. DODD, "Social Legislation and the Courts", Political Science Quarterly, XXVIII, 1913.
- [31] Oliver Wendell HOLMES, Collected Legal Papers, op. cit., 295.
- [32] Louis D. BRANDEIS, "Industrial Oligarchy and Democracy", Address before the Academy of Political and Social Sciences, Philadelphia North American, Nov. 8, 1913; F. FRANKFURTER, "Social Issues Before the Supreme Court", Yale Review, XXII, 1932, 476-477; voir aussi Benjamin N. CARDOZO, The Growth of the Law, New Haven, Yale University Press, 1924, 90 et suiv. et The Paradoxes of Legal Science, 1928, 17 et suiv.
- [33] Oliver Wendell HOLMES, Collected Legal Papers, op. cit., 225-226; Louis D. BRANDEIS faisant sienne une opinion de R. HENDERSON, "The Living Law", Illinois Law Review, 10, 1916, 463.
- [34] E. S. CORWIN, "Judicial Review in Action", University of Pennsylvania Law Review, 74, 1926, 639, 663.

- [35] La doctrine des droits acquis de la propriété privée fait partie intégrante de la doctrine libérale originelle ou, plus précisément, de ce que Louis Hartz a appelé "The American Lockean Tradition". Voir Louis HARTZ, The Liberal Tradition of America, op. cit., 3 et suiv.
- [36] Voir notamment : E. M. EARLE, ed., The Federalist, Washington, D. C., 1937; Alexander HAMILTON et al., The Federalist or the New Constitution, New York, E. P. Dutton, 1911; Max FARRAND, ed., The Records of the Federal Convention of 1787, New Haven, Yale University Press, 1911; Jonathan ELLIOT, The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Federal Constitution, etc., 5 vols., Philadelphia, J. R. Lippincott and Co., 1836-1859; James MADISON, E. H. SCOTT et al., eds., Journal of the Federal Convention, Chicago, Albert Scott, 1893; et les ouvrages de Charles A. BEARD, An Economic Interpretation of the Constitution of the United States, New York, Macmillan, 1947 et The Supreme Court and the Constitution, New York, Macmillan, 1916.
- [37] Van Home's Lessee v. Dorrance, 2 Dall., 304, 310 (1795).
- [38] Voir la belle analyse par Walton H. HAMILTON, "The Path of Due Process", dans Conyers READ, ed., op. cit.
- [39] James KENT, Commentaries on American Law, Boston, Little, Brown and Co., Part V. Lect. XXXIV, 330.
- [40] Cité par Bernard SCHWARTZ, The Supreme Court, Constitutional Revolution in Retrospect, op. cit., 237.
- [41] Allgeyer v. Louisiana, 165 U.S., 578, 589 (1897).
- [42] Alfred LIEF, ed., The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes, New York, The Vanguard Press, 1929, 11.
- [43] James KENT, op. cit., Part V, Lect. XXXIV, 319.
- [44] Pollock v. Farmers Loan and Trust Co., 157 U.S., 429 (1895). C'est à la nouvelle que le plaidoyer de Choate avait prévalu et que la Cour avait déclaré invalide la loi de l'impôt sur le revenu que le New York Sun publia la remarque qui devait rester fameuse : "La vague de la révolution socialiste s'est étendue fort loin, mais elle se rompt au pied du rempart ultime érigé pour la protection de nos libertés. Cinq contre quatre, la Cour se tient comme un rocher".
- [45] George SUTHERLAND, discours présidentiel devant l'American Bar Association, 4 septembre 1917, dans : Reports of the American Bar Association, XVII, 198.
- [46] Ogden v. Saunders, 12 Wheaton, 213, 227.
- [47] John MARSHALL, "Marshall's Answers to Freeholder's Questions", reproduit dans : A. J. BEVERIDGE, The Life of John Marshall, op. cit., II, 576. Pour une étude générale de la doctrine du contrat, voir : B. F. LURIGHT, Contract Clause of the Constitution, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1938.

- [48] Fletcher v. Peck, 6 Cranch, 87 (1810). Pour l'étude du cas, voir : David LOTH, Chief Justice Marshall and the Growth of the Republic, New York, W. W. Norton Co., 1949, 260-266; et W. Melville JONES, ed., Chief Justice Marshall - A Reappraisal, Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1956, 132 et suiv.
- [49] Voir notamment les cas des compagnies maritimes, des routes et des ponts à péage.
- [50] Pour une étude de ce cas, voir : Ralph GABRIEL, The Course of American Democratic Thought, New York, The Ronald Press Co., 1956, 295 et suiv.
- [51] Lochner v. New York, 198 U.S., 45, 57 (1905); Coppage v. Kansas (1915). Voir aussi, pour un jugement similaire, Holden v. Hardy, 169 U.S., 366 (1898).
- [52] Vegelahn v. Guntner, 167 Mass., 92, 108 (1896); Coppage v. Kansas, 236 U. S. 1, 26-27 (1915).
- [53] Louis D. BRANDEIS, Statement before the House Committee, Hearings on Investigation of the United States Steel Corporation, January 30, 1912, 2857-2858.
- [54] Sur la doctrine du pouvoir de la nation, voir : Felix FRANKFURTER and Nathan GREENE, The Labor Injunction, New York, Macmillan, 1930.
- [55] Debs v. United States, 158 U.S., 582-583 (1894).
- [56] Truax v. Corrigan, 257 U.S., 366, 368.
- [57] Sur le rôle de la Cour Suprême dans la croissance des corporations, voir : Felix FRANKFURTER, Mr. Justice Holmes and the Supreme Court, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1938, 8 et suiv.
- [58] Dartmouth College v. Woodward, 4 Wheaton, 518 (1819); Fletcher v. Peck, 6 Cranch, 87 (1810). C'est Kent, alors qu'il était premier juge de la Cour Suprême de New York et chancelier du même Etat qui formula la doctrine qui devait s'imposer durant l' "âge doré"; une corporation ne reçoit pas seulement les droits qui lui sont conférés expressément par la charte, mais encore tous les privilèges, notamment le droit de monopole, qui sont, par implication, nécessaires ou utiles à l'exercice des droits que la charte lui octroie. Voir : John Theodore HORTON, James Kent, A Study in Conservatism, New York, D. Appleton Century Co., 1939, 164 et suiv.; 217 et suiv.
- [59] Bank of Augusta v. Earle, 13 Peters, 519 (1839). Pour une analyse du cas, voir : Carl Brent SWISHER, Roger B. Taney, New York, Macmillan Co., 1935, 380 et suiv.
- [60] San Mateo v. Southern Pacific R. R. Co., 13 Fed., 145 (1882). Voir : Carl Brent SWISHER, Stephen J. Field, Craftsman of the Law, op. cit., 250 et suiv. Sur ce cas, où l'évidence de la corruption était flagrante, voir aussi : Stuart DAGGETT, Chapters on the History of the Southern Pacific, New York, The Ronald Press Co., 1922.
- [61] Liggett v. Lee, 288 U.S., 517 (1933). Dans de nombreux articles et livres, Brandeis a développé ce point. Le livre de BERLE et MEANS, The Modern Corporation and Private Property, avait été publié en 1932. Sur Brandeis, voir les livres d'Alpheus Thomas MASON, Brandeis and the Modern State, Washington, National Home Library Foundation, Sherman F. Mittell, ed., 1936; et Brandeis - A Free Man's Life, New York, The Viking Press, 1946.

- [62] Sur le sujet : voir : Walton H. HAMILTON, "The Path of Due Process", dans Conyers READ, ed., op. cit.; R. L. MOTT, Due Process of Law, Indianapolis, The Bobbs-Merrilles, 1926; et Charles M. HOUGH, "Due Process of Law Today", Harvard Law Review, XXXII, January 1919, 120. C'est le juge Field qui la première fois suggéra dans une opinion émise lors des Slaughter House Cases (16 Wall, 36, 1872) de faire appel au 14^e amendement non seulement pour la protection des droits des personnes mais aussi de ceux des corporations. Pour des discussions, voir : Edward S. CORWIN, "The Supreme Court and the Fourteenth Amendment", Michigan Law Review, VII, June 1909, 643; Carl Brent SWISHER, Stephen J. Field, op. cit., 415 et suiv.; Samuel J. KONEFSKY, Chief Justice Stone and the Supreme Court, New York, Macmillan Co., 1945, 160 et suiv.
- [63] Pour une analyse contemporaine, voir : S. J. BUCK, The Granger Movement, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1913, 13 et suiv.
- [64] 72 Cong. Rec. 3449, 1930.
- [65] Charles M. HOUGH, "Due Process of Law Today", op. cit., 220.
- [66] Dans : Alfred LIEF, ed., The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes, op. cit., 13.
- [67] Baldwin v. Missouri, 281, U. S., 586 (1930).
- [68] Connecticut General Life Insurance Co. v. Johnson, 303, U. S., 77 (1938).
- [69] Jean LHOMME, La grande bourgeoisie au pouvoir, op. cit.
- [70] Arthur M. SCHLESINGER, Jr., The Age of Roosevelt, vol. I, The Crisis of the Old Order; vol. II, The Coming of the New Deal, Boston, Houghton Mifflin Co., 1957 et 1959.
- [71] Conférence prononcée le 4 mai 1905 devant la Harvard Ethical Society, reproduite dans : Louis D. BRANDEIS, Business - A Profession, op. cit., 323.